



FACULTAD DE DERECHO

DOCTORADO EN DERECHO

TESIS DOCTORAL

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ANTE EL ORDEN PÚBLICO: UNA
REFORMULACIÓN ACTUAL EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL Y
URUGUAYO**

Autora: *María Paula Garat Delgado*

Directora: *Prof. Blanca Rodríguez Ruiz*

***Sevilla,
Curso 2018/2019***

*“No es verdadero jurista quien no participa -según sus posibilidades-
en esa búsqueda de lo propiamente jurídico,
poniendo a prueba las formulaciones históricas del Derecho”.*

*CALVO, Joaquín. Orden público y factor religioso en la Constitución Española.
Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1983, p. 39.*

AGRADECIMIENTOS

El comienzo y terminación de esta tesis fue posible gracias al apoyo de algunas personas, a quienes quiero agradecer especialmente.

A la Profesora Blanca Rodríguez Ruiz, excelente Directora de esta tesis, por su invaluable dedicación.

A mi familia y, en especial, a mi madre por su importante apoyo y compañía.

A Martín Risso por su impulso y por lo mucho transmitido; a Alicia Rodríguez por su acompañamiento; y a Leonardo Costa y Oscar Brum por su valioso apoyo y aliento.

A la Universidad de Sevilla y a quienes la componen por la muy amable acogida, además del gran aprendizaje recibido. A la Universidad Católica del Uruguay, en especial a los integrantes de la Facultad de Derecho, de quienes mucho he aprendido.

A las profesoras y profesores que tuve la posibilidad de conocer y que han sido para mí un gran ejemplo; y a las amigas y amigos que en Uruguay y en España me han acompañado durante estos años: un enorme agradecimiento.

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| ABREVIATURAS UTILIZADAS | 8 |
| INTRODUCCIÓN AL OBJETO DE LA TESIS Y ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN | 9 |
| CAPÍTULO I: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS LÍMITES | 21 |
| 1.1.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONSTITUCIONALISMO ACTUAL. DELIMITACIÓN Y LÍMITES | 22 |
| 1.1.1.- TEORÍA DE LA DELIMITACIÓN | 28 |
| 1.1.2.- LÍMITES A LOS DERECHOS: DIRECTOS, INMANENTES, ¿E IMPLÍCITOS? | 32 |
| 1.1.2.1.- Límites directos y límites indirectos o inmanentes, pero explícitos. | 35 |
| 1.1.2.2.- ¿Límites inmanentes “implícitos”? | 38 |
| 1.1.3.- LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS Y LOS “LÍMITES DE LOS LÍMITES”. APROXIMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA DEL TCE DE ESPAÑA Y DE LA SCJ DE URUGUAY | 42 |
| 1.1.3.1.- Nociones preliminares: razonabilidad, proporcionalidad, ponderación y contenido esencial..... | 43 |
| 1.1.3.2.- Criterios empleados por la jurisprudencia de España y de Uruguay.... | 46 |
| 1.2.- LOS “LÍMITES DE LOS LÍMITES” AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FRENTE AL PODER PÚBLICO: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA DOCTRINA DEL CONTENIDO ESENCIAL | 51 |
| 1.2.1.- CARACTERES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y PRINCIPALES ASPECTOS DE SU APLICACIÓN PRÁCTICA | 51 |
| 1.2.2.- LA DOCTRINA DEL CONTENIDO ESENCIAL. SU CONJUNCIÓN CON EL PARÁMETRO DE LA PROPORCIONALIDAD | 68 |
| 1.3.- ANÁLISIS CRÍTICO: LOS FINES LEGÍTIMOS COMO UN ASPECTO POCO ANALIZADO EN LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES | 74 |
| 1.3.1.- EL FIN LEGÍTIMO EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU CONFLUENCIA CON LA TEORÍA DE LOS LÍMITES INMANENTES | 75 |
| 1.3.2.- LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS Y LA INCORPORACIÓN DE FINES PÚBLICOS. | 80 |
| 1.3.3.- LA INDETERMINACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LEGITIMIDAD DE FINES Y SUS CONSECUENCIAS (PREMISA DE ESTA TESIS) | 85 |
| CAPÍTULO II: ORDEN PÚBLICO Y ÓRDENES PÚBLICOS | 93 |
| 2.1.- EL ORDEN PÚBLICO COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO | 94 |
| 2.1.1.- LA TEORÍA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA | 96 |

| | |
|---|------------|
| 2.1.2.- LA DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO: UNA OPERACIÓN DE INTERPRETACIÓN..... | 103 |
| 2.1.3.- LA ACTIVIDAD DE ESTIMACIÓN Y SU CONTROL JURISDICCIONAL: EL “HALO CONCEPTUAL” Y EL “MARGEN DE APRECIACIÓN” | 106 |
| 2.2.- EL ORDEN PÚBLICO “INTERNO”. UN ORDEN PÚBLICO MATERIAL Y UN ORDEN PÚBLICO IDEAL | 111 |
| 2.2.1.- EL ORDEN PÚBLICO COMO INTEGRANTE DE LA TEORÍA DEL ESTADO | 112 |
| 2.2.2.- LOS CONCEPTOS MATERIAL E INMATERIAL DE ORDEN PÚBLICO EN SU REFERENCIA CLÁSICA | 124 |
| 2.2.3.- EL ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO INFRA-CONSTITUCIONAL | 132 |
| 2.2.4.- LAS CONCEPCIONES ACTUALES TRAS LA AMPLIACIÓN DE LA ACTIVIDAD ESTATAL. UN ORDEN PÚBLICO “SOCIAL” Y UN ORDEN PÚBLICO “ECONÓMICO” | 140 |
| 2.3.- EL ORDEN PÚBLICO COMO EXCEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL..... | 150 |
| 2.3.1.- LA INVOCACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO POR LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL..... | 151 |
| 2.3.2.- LA SIGNIFICACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL COMO ORDEN INMATERIAL..... | 156 |
| 2.3.3.- EL INCIPIENTE VÍNCULO ENTRE EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y LOS DERECHOS HUMANOS | 165 |
| 2.4.- EL CAMBIO EN LA CONCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO. LA NECESIDAD DE UN ANÁLISIS CONSTITUCIONAL..... | 176 |
| CAPÍTULO III: EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL..... | 180 |
| 3.1.- ANTECEDENTES. EL “HISTÓRICO” CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO Y SUS CONSECUENCIAS | 180 |
| 3.1.1.- EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL Y SU EVOLUCIÓN EN LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y URUGUAYA..... | 181 |
| 3.1.2.- LAS INCIDENCIAS PRÁCTICAS DE ESTA IDENTIFICACIÓN TEÓRICA: LOS PERÍODOS DICTATORIALES | 189 |
| 3.2.- EL ORDEN PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978..... | 197 |
| 3.2.1.- EL “ORDEN POLÍTICO” EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 10 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y SU RELACIÓN CON EL “ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL” | 198 |
| 3.2.2.- LA LIBERTAD IDEOLÓGICA, RELIGIOSA Y DE CULTO | 207 |
| 3.2.2.1.- Delimitación de las libertades y estructura del análisis | 207 |
| 3.2.2.2.- España: ¿Constitución militante o defensa democrática? Sus repercusiones en el contenido del orden público constitucional..... | 209 |

| | |
|--|------------|
| 3.2.2.3.- La libertad ideológica y religiosa frente al orden público: desarrollo doctrinario y jurisprudencial. Algunos cuestionamientos en torno a su ampliación..... | 224 |
| 3.2.3.- EL DERECHO DE REUNIÓN | 242 |
| 3.2.3.1.- Caracterización del derecho de reunión en la CE: algunas precisiones sobre su ámbito de protección | 242 |
| 3.2.3.2.- La calificación del orden público del artículo 21 CE como orden material..... | 245 |
| 3.2.3.3.- La alteración al orden público conforme a la jurisprudencia del TCE | 249 |
| 3.3.- EL CONCEPTO DE “ORDEN PÚBLICO” EN LA CONSTITUCIÓN DE URUGUAY | 256 |
| 3.3.1.- LA CARACTERIZACIÓN DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL URUGUAYO. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL ORDEN PÚBLICO COMO FIN DEL ESTADO. | 257 |
| 3.3.2.- PRINCIPIO DE LIBERTAD Y ORDEN PÚBLICO. EL ORDEN PÚBLICO COMO SUPUESTO DE LIMITACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES..... | 263 |
| 3.3.2.1.- La esfera de libertad prevista por el artículo 10 de la Constitución de Uruguay: actividades ajenas al “orden público” | 263 |
| 3.3.2.2.- El orden público como límite al derecho de reunión | 267 |
| 3.3.2.3.- La Libertad de Enseñanza y la preservación de un orden público | 274 |
| 3.3.2.4.- Una norma constitucional particular que evoca al orden público: la prohibición de usura..... | 278 |
| 3.3.3.- LA SIGNIFICACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO Y SU VINCULO CON OTROS CONCEPTOS CONSTITUCIONALES: EL INTERÉS GENERAL Y EL BIEN COMÚN..... | 279 |
| 3.3.3.1.- El abordaje doctrinario del interés general. Su relación con el orden público | 280 |
| 3.3.3.2.- La caracterización de “orden público” y de “interés general” realizada por la Suprema Corte de Justicia..... | 286 |
| 3.4.- EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA Y URUGUAY. CONCLUSIONES PRELIMINARES..... | 297 |
| CAPÍTULO IV: EL ORDEN PÚBLICO EN LOS SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN. SU INTEGRACIÓN CON EL CONSTITUCIONALISMO ACTUAL... 302 | |
| 4.1.- LA RELACIÓN CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA Y DE URUGUAY CON LOS SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS..... | 303 |
| 4.1.1- EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y LOS SISTEMAS EUROPEOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS. VÍNCULO ENTRE EL TEDH, EL TJUE Y EL TCE..... | 303 |
| 4.1.2.- LA VINCULACIÓN DE URUGUAY CON EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS. EL | |

| | |
|---|------------|
| CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y OTROS CRITERIOS INTERPRETATIVOS | 311 |
| 4.2.- EL ORDEN PÚBLICO EN EL MARCO DE LAS CONVENCIONES SOBRE DERECHOS HUMANOS (CADH, CEDH, CDFUE)..... | 318 |
| 4.2.1.- LA CADH Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH. ESPECIAL REFERENCIA A LA OPINIÓN CONSULTIVA 5/1985 | 318 |
| 4.2.2.- EL ORDEN PÚBLICO EL CEDH | 327 |
| 4.2.3.- LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN ESTA MATERIA | 346 |
| 4.3.- EL ORDEN PÚBLICO ¿MÍNIMO COMÚN? SU CONFLUENCIA CON EL “IUS COMMUNE INTERAMERICANO”, EL “ORDEN PÚBLICO EUROPEO” Y LAS “TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES” | 364 |
| CAPÍTULO V: EL CONTENIDO ACTUAL DEL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO. SU NECESARIA VINCULACIÓN CON EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (CONCLUSIONES) | 374 |
| 5.2.- EL ORDEN PÚBLICO EN SU CARACTERIZACIÓN ACTUAL: UN EQUILIBRIO ENTRE DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES | 379 |
| 5.3.- UNA PROPUESTA DE REFORMULACIÓN: EL ORDEN PÚBLICO COMO GARANTÍA, MÁS QUE COMO LÍMITE | 383 |
| 5.3.1.- REFORMULAR EL ANÁLISIS DEL FIN LEGÍTIMO: OPERACIONES DE INTERPRETACIÓN Y DE ESTIMACIÓN | 384 |
| 5.3.2.- REFORMULAR EL ORDEN PÚBLICO: DOTARLO DE CONTENIDO Y CONSIDERARLO COMO UNA GARANTÍA | 387 |
| 5.3.3.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ANTE EL ORDEN PÚBLICO (CONCLUSIONES FINALES)..... | 391 |
| <i>BIBLIOGRAFÍA CITADA.....</i> | 397 |
| <i>CASOS DE JURISPRUDENCIA REGIONAL CONSULTADOS</i> | 441 |

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos

CE: Constitución española

CEDH: Convención Europea sobre Derechos Humanos

CDFUE: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CU: Constitución uruguaya

TCA: Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Uruguay

TCE: Tribunal Constitucional Español

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TUE: Tratado de la Unión Europea

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TSE: Tribunal Supremo de España

SCJ: Suprema Corte de Justicia de Uruguay

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional de España

STS: Sentencia del Tribunal Supremo de España

INTRODUCCIÓN AL OBJETO DE LA TESIS Y ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN

En el marco de una clase de Derecho Constitucional podríamos plantear diversos casos, algunos extraídos de jurisprudencia nacional o comparada, otros imaginados. Cuando estas hipótesis suponen la intervención del Estado, sea sancionando una determinada conducta particular, sea reprimiendo una actividad colectiva, la pregunta de si esta medida es acorde a Derecho, o no, podría tener distintas respuestas.

Para una parte del alumnado la intervención realizada por el Estado sería sin más conforme a derecho, en la medida en que la ley habilitase a la autoridad a llevar a cabo tal intervención. Otra parte podría reparar en cuáles son los derechos afectados y si, en definitiva, la actuación fue proporcional, cumpliéndose con los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Quizás algunos se detengan en la observación de si los fines perseguidos por el legislador o la Administración fueron legítimos, o no. En esta última línea, habría quienes aludieran a que la autoridad estaría procurando salvaguardar el “orden público”, o actuando por razones de “interés general”, aun sin especificar mayormente cuál es el significado de estos conceptos, o bien si verdaderamente se presentan en el caso.

Lo cierto es que tanto la Constitución como los instrumentos regionales e internacionales de protección de derechos humanos exigen ciertos requisitos para posibilitar la limitación de determinados derechos. Entre ellos se encuentra la necesidad de que dicha limitación responda a razones concretas. Para referirse a ellas se emplean expresiones como “interés general”, “necesidad pública”, “utilidad pública”, “orden público”. Asimismo, desde la perspectiva del Estado, son diversos los supuestos en los que estas expresiones son invocadas como fundamento para la realización de ciertos actos gubernamentales: la disolución de una manifestación en el ámbito público, pero también la prohibición de un partido político, la sanción a un acto religioso, la restricción del uso del velo islámico, la negación de la autorización a una institución educativa, la no aplicación del derecho extranjero en el ámbito de un caso de Derecho Internacional, el no reconocimiento de filiación a un hijo habido de acuerdo a normas extranjeras relativas a la maternidad por subrogación, la prohibición de

pacto en contrario por las partes a ciertas disposiciones, la elaboración de determinada regulación legal o económica, entre tantos otros. Sin embargo, y pese a lo anterior, son escasas las ocasiones en las que la jurisprudencia lleva a cabo un análisis del fin que justifica la limitación de un derecho fundamental en un caso concreto, y aún menos las que se detiene a especificar cuál es el contenido de cada uno de los términos invocados para determinar tal finalidad.

La presente tesis parte de la constatación de que ha habido una importante evolución en la teoría de los límites a los derechos fundamentales, que ha ido otorgando cada vez mayor protagonismo a la aplicación del principio de proporcionalidad como requisito y, por ende, como límite a la actuación de los poderes públicos que restringe el ejercicio de dichos derechos. Pero esta tesis parte también de la constatación de una falencia de trascendencia en la aplicación de tal principio y, en definitiva, en el control de los límites a los derechos y libertades. Se está haciendo referencia a que el test de proporcionalidad, tal fue desarrollado y es teóricamente descrito, no da suficiente relevancia al análisis de la legitimidad del fin buscado por la medida aplicada. En contrario, se centra fundamentalmente en estudiar el medio en sí mismo, no abordando, o reparando escasamente, en cuál es el fin buscado, si se presenta en el caso concreto, y si es constitucionalmente apto para limitar el derecho del que se trate.

Sostenía HABERMAS que el principio de proporcionalidad aplicado sin más aparejaba una flexibilización en la concepción de los derechos, en especial, en su papel como “barreras de cortafuegos” frente al poder público. La crítica se centra en la igual preponderancia de partida que la persona que imparte justicia o aplica el Derecho, con base en este test, puede dar a un derecho y, por la otra parte, a un interés público. Puntualizaba el autor que: *“si en caso de colisión todas las razones pueden cobrar el carácter de argumentos concernientes a fines, desaparecen esos cortafuegos que con la comprensión deontológica de las normas y principios jurídicos quedan introducidos en el discurso jurídico”*¹. El reproche, en definitiva, es que en la aplicación del principio de proporcionalidad no se repara suficientemente en el análisis del fin buscado. Todas las medidas son conducentes a un fin público, que se presupone legítimo sin más y que se

¹ HABERMAS (1992:332).

aborda como de igual importancia que los derechos. El derecho afectado y su trascendencia se compara, entonces, con cualquier otro fin, sin analizar mayormente cuál es ese fin y si, en el caso, podría y tendría suficiente significancia como para limitar ese derecho en concreto.

Lo que las teorías sobre los límites a los derechos fundamentales y, dentro de ellas, el principio de proporcionalidad, no se preguntan verdaderamente es, pues, cuáles son los fines que permitirían la restricción a un derecho, qué determinación concreta poseen y si su contenido da cabida, tal como expresa HABERMAS, a cualquier argumentación, o ésta es, por el contrario, una cuestión que tiene también que ser sometida a control.

Por tanto, esta crítica no puede ser superada sin detenernos en el análisis de los fines perseguidos por dichas restricciones. Destaca entre ellos el concepto de orden público. Las acciones llevadas a cabo en los anteriores ejemplos tienen en común que el fin que con ellas se persigue es tutelar el “orden público”. Sin embargo, no se conoce qué implica esta expresión, cómo se define, ni tampoco si encierra un solo concepto, o más bien tantos como ramas del derecho lo invocan.

Lo anterior posee una agravante más, propia de la indeterminación de los términos utilizados como fines. Se trata de lo que se conoce como conceptos jurídicos indeterminados, y que WALDRON denominó como “conceptos esencialmente controvertidos”². Tal indica CASSAGNE: *“El lenguaje del derecho se caracteriza, en ese análisis, por su vaguedad, ambigüedad y textura abierta (que admite una interpretación tanto restrictiva como extensiva). Se perfilan en esa postura, zonas de certeza y zonas de incertidumbre y ello influye en la complejidad del proceso de interpretación que conduce a que los administradores y jueces tenga[n] que crear la norma concreta aplicable al caso. Desde luego que el fenómeno se produce igualmente en la cúspide del ordenamiento, es decir, en la Constitución misma, reconociéndose la configuración de indeterminaciones constitucionales”*³.

El orden público es un “concepto jurídico indeterminado” que ha tenido una significación particular en la historia del Derecho. Se trata de una noción que

² En inglés: *essentially contested concepts*. WALDRON (1994: 529). Al respecto también puede verse: FERRERES COMELLA (1997:24-25).

³ CASSAGNE (2009:83).

obró como justificación de la creación del propio Estado, a la vez que se constituye como el fin perseguido por él⁴. Asimismo, también se le invoca como razón por la que es posible que la acción gubernamental limite un derecho. En momentos parecería invocarse como en una entelequia de categoría superior, fin que justificaría la adopción de cualquier medio restrictivo de derechos.

Nos encontramos entonces con un concepto cuyo empleo en el ámbito del Derecho ha tenido una trascendencia indudable, pero cuyo contenido y alcance no han sido, sin embargo, estudiados con exactitud, ni se ha reparado suficientemente en quién y cómo puede determinarlos. Es difícil, incluso, tomar un punto de partida para esta tarea. Decía RIPERT que: “*dar una definición general del orden público es casi imposible*”⁵. Ocurre que, si olvidamos el *casi* y entendemos a dicha tarea como *imposible*, o aun si recurrimos a una definición poco delimitada del concepto de orden público, las consecuencias pueden ser por demás graves. La indeterminación del lenguaje genera algunas ventajas, propias del dinamismo y la necesaria adaptación del derecho a los nuevos fenómenos sociales⁶, pero también una clara y negativa consecuencia: el riesgo de una ilegítima, pero aparentemente correcta, utilización de los poderes estatales⁷.

En efecto, si salteamos la tarea de detenernos en el análisis del fin, de cómo se determina, o aún si dejamos que el Estado monopolice la labor de definir los conceptos jurídicos indeterminados⁸, entonces estamos expuestos a la inseguridad propia de la ausencia de límites al poder. Prueba de ello es que el “orden público” ha sido invocado en un uso legítimo y loable, sí, pero también como justificativo de los más graves actos dictatoriales en países como España y Uruguay. “*La cláusula de orden público, que hoy tiene por finalidad en las Constituciones democráticas compaginar los derechos individuales con los derechos de los demás y el respeto a los valores jurídicos democráticos, tuvo en*

⁴ Incluso podría ser justificación del Derecho. Señala DWORKIN (1977:67), explicitando el modelo de AUSTIN, que el primer dogma es “*que el derecho es un conjunto de normas seleccionadas especialmente para gobernar el orden público*”.

⁵ RIPERT (1950:225). FUEYO LANERI (1967:433) le da la razón a RIPERT en este punto.

⁶ A este respecto: ORTEGA GUTIÉRREZ (2009:22).

⁷ Este riesgo es expuesto, por ejemplo, en STC 214/2014 (FJ 4).

⁸ Sostiene FERNÁNDEZ (2008:110), al describir un modelo de Estado anterior y opuesto al actual, que “[e]l Estado monopoliza también la propia definición del interés general y hace que de esa definición algo jurídicamente indiscutible”.

*otro tiempo la función de salvaguardar los intereses políticos de las clases en el poder*⁹.

¿Cómo un mismo “orden público” puede ser fin del Estado en períodos democráticos y dictatoriales? ¿Es posible determinar su significado? ¿Su contenido varía ilimitadamente en el tiempo y en el lugar, de acuerdo con el gobierno, o posee un constante mínimo? Encuentro de extrema trascendencia detenerme en el análisis de estos aspectos, al hilo de lo que postulaba CARRO en 1977: *“Creo que es necesario, ahora que para nuestro país se abre una etapa democrática, volver a repensar lo que la cláusula general de orden público significa y cuál ha de ser la función que debe desarrollar en un ordenamiento jurídico democrático respetuoso con los derechos fundamentales de la persona”*¹⁰.

El objetivo de esta investigación es analizar la significación actual del concepto de orden público, uno de los fines mayormente invocados en la actividad estatal, y al que pocas veces nos hemos aproximado con suficiente precisión. En concreto, su propósito es cuestionar qué se entiende por orden público, cuál es su contenido, y si obra como un límite o como una garantía del ejercicio de los derechos fundamentales. Para ello argumentaré, como tesis central de esta investigación, que el orden público es un término que engloba un mínimo común compuesto por principios fundamentales que emanan de la Constitución. En ellos, la protección a los derechos y los principios democráticos ocupan un rol central.

Los derechos y la democracia están, para algunas doctrinas, en escenarios contrapuestos, al igual que lo están las esferas de lo privado y lo público. Se trata del debate clásico entre republicanos y liberales, entre quienes otorgan primacía a la mayoría, y quienes prefieren la protección individual¹¹. Sin embargo, los derechos y la democracia no siempre se perciben como en conflicto. Señala ALEXY que existen tres formas de relación entre democracia y derechos: la ingenua, la idealista y la realista. En la primera no hay problemas entre derechos y democracia. La segunda se apoya en una reconciliación entre

⁹ SORIANO (1990:211) y TORRES MURO (1991:133).

¹⁰ CARRO (1977:623).

¹¹ Esta comparación es realizada por RODRÍGUEZ RUIZ (1999-B:315). También a esta dicotomía entre la autonomía pública y privada se refiere ALEXY (1996:227-228).

los dos conceptos como ideal. La realista, por su parte, es a juicio del autor la correcta: *“De acuerdo con ésta, la relación entre los derechos humanos y la democracia se caracteriza por dos constataciones opuestas, que rezan así: 1) Los derechos fundamentales son profundamente democráticos. 2) Los derechos fundamentales son profundamente antidemocráticos. 3) Los derechos son profundamente democráticos porque aseguran el desarrollo y la existencia de las personas gracias a la garantía de los derechos de libertad y de igualdad, capaces por lo general de mantener estable el procedimiento del proceso democrático mediante la protección de la libertad de opinión, prensa, radiodifusión, reunión y asociación, así como del derecho de sufragio y otras libertades políticas. Frente a ello, son profundamente antidemocráticos porque desconían del proceso democrático. Con el sometimiento incluso del Legislativo privan de poder de decisión a la mayoría parlamentariamente legitimada”*¹².

En esta última postura realista, y como primera apreciación, los derechos son pues democráticos, dado que sin ellos la democracia no sería posible. Ésta, entonces, requiere de ciertos derechos para ser tal. Para HABERMAS la autonomía privada y la pública; los derechos y la soberanía popular, se presuponen mutuamente¹³. El autor parte del principio discursivo que, aplicado a lo jurídico, se transforma en el principio democrático. Sin embargo, aclara que *“el principio democrático solo pued[e] aparecer como núcleo de un sistema de derechos”*¹⁴. Para HABERMAS la democracia y los derechos se relacionan co-originariamente y de forma circular, pues la primera se forma con la aplicación del principio del discurso a los derechos, requiriendo de éstos para poder desarrollarse: *“este sistema ha de contener exactamente los derechos que los ciudadanos tienen que atribuirse y reconocerse mutuamente si quieren regular legítimamente su convivencia con los medios del derecho positivo”*¹⁵.

El punto de partida de esta posición, esto es, la necesaria interconexión entre democracia y derechos, es también un aspecto importante en el

¹² ALEXY (2009-A:37-38). El autor ya lo había expuesto en ALEXY (1996:231-232).

¹³ HABERMAS (1992:149).

¹⁴ HABERMAS (1992:187). En este mismo sentido sostiene DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:36) que las libertades constituyen la expresión del orden democrático. Siguiendo a KRIELE señala: *“Los derechos fundamentales y la democracia se hallan en una relación de condicionamiento mutuo: la democracia presupone libertad individual protegida jurídicamente para todos; la libertad para todos presupone democracia”*.

¹⁵ HABERMAS (1992:188). Sobre esta teoría también puede verse: RODRÍGUEZ RUIZ (1999-A:241-243).

pensamiento de ALEXY, para quien los derechos y la democracia están inseparablemente conectados¹⁶. Por su parte, BÖCKENFÖRDE concibe que la “*democracia y [la] libertad del Estado de derecho no se anulan parcialmente, sino que se complementan recíprocamente*”¹⁷. Para HÄBERLE, el pluralismo presupone condiciones y requisitos previamente consensuados como la libertad de información y opinión, de creación de partidos políticos, entre otros¹⁸. En España, por su parte, PRIETO SANCHÍS entiende a los derechos “*como la condición que hace posible el debate acerca de las decisiones colectivas*”¹⁹; y también RODRÍGUEZ RUIZ marca a la democracia y a los derechos fundamentales como “*requisitos complementarios y recíprocamente dependientes*”²⁰.

Por otro lado, ALEXY también sostenía que los derechos son profundamente antidemocráticos, en el sentido de ser freno o límite a decisiones

¹⁶ ALEXY (1996:209 y 233). Sin perjuicio de este punto en común, el autor plantea algunas diferencias con la teoría habermasiana, que a su juicio servirían de complemento, como lo son el argumento de autonomía y el argumento de democracia. Véase ALEXY (1996:222-235) y, también sobre esta temática, ALEXY (1994:227-238) y (2016:39 y ss.).

¹⁷ BÖCKENFÖRDE (1993:71). En similar sentido, en España, PÉREZ LUÑO (2013:15) marcó la interdependencia entre Estado de Derecho y los derechos fundamentales “*ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que estos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho*”.

¹⁸ HÄBERLE (2002:107). El autor agrega luego (2002:139): “*Valores fundamentales de la democracia son, por tanto, la legitimación a través del pueblo, es decir, su libertad e igualdad, ambos valores específicamente públicos*”. FERNÁNDEZ SEGADO (2003:LVII) analizando la postura de HÄBERLE indica que “*los derechos fundamentales son, de igual forma, ‘fundamento funcional’ de la democracia, lo que les reviste de una notable relevancia para la vida pública*”.

¹⁹ PRIETO SANCHÍS (1986:311). Sobre HABERMAS indica PRIETO SANCHÍS (2014:158) que si bien se concibe cierto equilibrio, los derechos cumplen una función instrumental para la democracia, por lo que habría una cierta preferencia por ésta y, en su consecuencia, el reconocimiento de la importancia de los derechos en función de posibilitar su desarrollo. No encuentro en HABERMAS una preferencia para la democracia frente a los derechos, pues los concibe como factores co-originalmente necesarios para el principio democrático. No obstante esta observación, y a favor de lo que vengo sosteniendo, PRIETO SANCHÍS (1986:298) había indicado que “*el derecho a ser tratado con igual consideración y respeto no es propiamente un «derecho», sino un principio que legitima tanto la autoridad general de los fines colectivos como los límites que a éstos se imponen desde los derechos particulares*”.

²⁰ RODRÍGUEZ RUIZ (1999-B:316). Para esta autora, los conflictos entre derechos y bienes constitucionales se deben orientar a maximizar la igual autonomía participativa de los individuos. Sobre este punto también puede verse: RODRÍGUEZ RUIZ (1999-A:245). Asimismo, sobre el tema que vengo abordado sostuvo (2016:16) que: “*En términos sustantivos, los derechos fundamentales nos proporcionan las bases sobre las que, a nivel individual, se articula el principio democrático, el principio que afirma la titularidad popular de la soberanía. En efecto, la función constitucional de los derechos fundamentales consiste en garantizar las condiciones para que cada cual pueda articular autónomamente su participación en el espacio público y hacerse valer como co-titular de la soberanía (...) Y es este el sentido en el que son expresión de la dignidad humana, entendida como su contenido esencial, como el mínimo invulnerable común a todos los derechos fundamentales que debe permanecer inalterado cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre*”.

“democráticas”²¹. Puntualiza PRIETO SANCHÍS que: *“La tensión entre democracia y derechos encuentra así su reflejo teórico en la dimensión entre vigencia o validez formal y validez sustantiva: una ley está vigente o es formalmente válida cuando presenta la apariencia de regularidad formal en su producción, o sea, cuando cuenta con el respaldo mayoritario; pero solo es plenamente válida cuando su significado es conforme (o no es disconforme) con las normas materiales de la constitución, singularmente, cuando no viola los derechos de libertad o da satisfacción a las expectativas que generan los derechos sociales”*²². Sobre este punto, FERRAJOLI entiende que *“los derechos fundamentales sancionados en las constituciones – de los derechos de libertad a los derechos sociales- operan como fuentes de invalidación y de deslegitimación más que de legitimación”*. Los derechos, en esa postura, son derechos frente al Estado y, en definitiva, frente a decisiones mayoritarias²³.

Esta última posición parte de una noción de democracia como sinónimo de decisiones mayoritarias, organizadas a través de mecanismos de representación, lo que FERRAJOLI califica como una “democracia formal o procedimental”²⁴. Tomando ello como premisa inicial, coincido en cuanto los derechos pueden, en algunas oportunidades y, sobre todo, cuando son invocados por las minorías, contraponerse a una decisión mayoritaria. Sin embargo, encuentro que, si partimos del principio democrático antes definido según la doctrina habermasiana y también apuntado por los demás autores citados, esa confrontación es solo aparente, pues no cabe ver el caso como un conflicto entre mayoría y minoría, entre lo público y lo privado, entre lo social y lo individual. La decisión verdaderamente democrática, realmente pública y general, puede ser, en este escenario, amparar a la minoría.

²¹ ALEXY (2009-A:37-38). En este punto también GREER (2000:17) apuntaba que derechos y democracia pueden ingresar en conflicto.

²² PRIETO SANCHÍS (2013:69).

²³ FERRAJOLI (2009:37-38). El autor vincula lo anterior con una filosofía contractualista, aunque argumenta que la causa del contrato social inicial es la tutela de los derechos fundamentales. Sobre la concepción de este autor puede verse: BOVERO (2009:234 y ss.). Asimismo, FERRAJOLI (2014:79-83) profundiza luego que el control de constitucionalidad sobre las decisiones mayoritarias es concebido como una limitación o negación a la democracia. A su juicio, y al igual vengo sosteniendo, *“esta tesis debe ser rebatida”*.

²⁴ FERRAJOLI (2008:77-82). El autor opone a esta calificación la que denomina como la verdadera “democracia constitucional”, que incluye esta dimensión formal, pero también una sustancial. A esta tensión en el concepto formal y material de democracia se refiere en España DÍAZ REVORIO (2004:46).

La democracia, en efecto, no es el gobierno de las mayorías sin más. Antes bien, y como establece el TEDH, exige un *“justo equilibrio para asegurar el correcto tratamiento de las minorías y evitar cualquier abuso de posición dominante”*²⁵ y, para ello, otorga especial consideración, observando el Preámbulo del CEDH, a la conexión entre la democracia y la protección de los derechos fundamentales²⁶.

No comparto, por tanto, que exista un verdadero conflicto entre derechos y democracia, siendo que, si bien en casos concretos la relación de tensión puede ser real, en términos conceptuales la contraposición es solamente aparente. El propio Estado constitucional produce una “tensión creativa” entre estos componentes. Tal señala GARCÍA ROCA: *“Es menester conciliar dos imperativos, la defensa de la sociedad democrática y la salvaguardia de los derechos individuales, potencialmente contrapuestos”*²⁷. A mi juicio, entonces, la tensión que efectivamente existe y a la que se refieren estos autores puede resumirse en una relación de equilibrio entre derechos y democracia. Los derechos no pueden ser democráticos y antidemocráticos al mismo tiempo. Son democráticos, aunque es cierto que, en ocasiones y en casos concretos, su tutela puede parecer difícil de reconciliar con la voluntad de una mayoría social expresada a través de procedimientos democráticos.

Pensemos que los derechos fundamentales, producto de las teorías contractualistas o liberales, fueron entendidos, cada uno, como instrumento de defensa de un interés privado o particular; y por ello siempre en conflicto con otros, o bien con los intereses generales o sociales que incluso alguna doctrina entendió como “superiores” o “más trascendentes” que el derecho de uno solo (*infra* 2.2.2, 3.1.2 y 3.3.3). El problema de estas hipótesis es que niegan la

²⁵ DI PRIETO (2013:616). Los autores citan a este respecto profusa jurisprudencia del TEDH entre la que se destaca: Young, James and Webster vs. The United Kingdom, 13 de agosto de 1981, p. 63. HÁBERLE (1962:20) indica, en este sentido, que *“si no se garantizan los derechos fundamentales, la minoría no tiene ninguna posibilidad de convertirse en mayoría. Ello es, precisamente, con todo, un rasgo esencial de la democracia”*. También a este respecto apuntaba SARTORI (1988:169) que la finalidad de la democracia *“es evitar dar «todo el poder» a los muchos o a los pocos, distribuyéndolo sucesiva o al mismo tiempo entre las mayorías y las minorías”*. Por su parte, DWORKIN (2006:181) argumentó en el sentido de abandonar la regla de la mayoría para la toma de decisiones.

²⁶ TEDH. Caso United Communist Party of Turkey y otros vs. Turquía, 30 de enero de 1998, p. 45; Caso S.A.S vs. Francia, 1 de julio de 2014, p. 114 y 128, Caso Leyla Sahin vs. Turquía, 10 de noviembre de 2005, p. 108. Estos casos serán especialmente analizados en el Capítulo IV.

²⁷ GARCÍA ROCA (2002:313).

dimensión pública de los derechos y la transcendencia que tienen para la democracia²⁸.

Hay autores, por su parte, que colocan a los derechos como integrantes de la noción de orden público, y así también lo hacen algunos tribunales, como se abordará más adelante²⁹. Lo hacen de la mano de la democracia, que al ser un valor fundamental también es indicada como un ingrediente de importancia en esta noción y, con ella, sus postulados intrínsecos como el pluralismo, la igualdad y la tolerancia.

Pues bien, esta tesis parte de la propuesta de que al aproximarnos al concepto de orden público dejemos de lado la confrontación entre democracia y derechos fundamentales. Se parte, pues, de la idea de que dicho concepto no puede ser entendido desde tal contradicción, ni desde la que rige la relación entre lo público y lo privado, lo general y lo individual. Y es que esto último también integra el propio significado de orden público, pues sin lo particular no se llegaría a lo general. En igual sentido, PRIETO SANCHÍS manifestó la posibilidad de concebir una relación fluida entre libertad y consenso, entendiendo a los derechos como *“los instrumentos que abren y depuran los canales de participación democrática. Y en estas condiciones los derechos humanos no tutelan sólo intereses individuales, sino un interés público objetivo de la máxima importancia”*³⁰. Encuentro, en definitiva, que los derechos y la democracia

²⁸ BÖCKENFÖRDE (1993:49). Sostiene en igual sentido RAZ (1992:128) que entender los derechos a partir del conflicto entre lo individual y el interés general malinterpreta la visión de los derechos. PRIETO SANCHÍS (1986:300) también puntualiza que: *“los derechos fundamentales pueden representar algo más que la defensa de pretensiones individuales; pueden erigirse en elementos del propio ordenamiento objetivo de un sistema democrático, mitigando esa especie de contraposición entre derechos del individuo y objetivos colectivos que se aprecia en algunas construcciones”*.

²⁹ Entre otros: SUPERVIELLE (1956:212); HÄBERLE (1962:24); GARCÍA DE ENTERRÍA (1981-B:122); ALONSO GARCÍA (1984:353); MORALES ARROLLO (1994:293); RODRÍGUEZ ARANA (2005:98), (2010:4 y 15) y (2012:92); ÁLVAREZ ORTEGA (2003:43); BARRERO ORTEGA (2006:216). Para FRESNEDO (2016:235) los derechos humanos definen un mínimo de valores comunes no solo pertenecientes a los Estados con tradiciones comunes, sino también de aquellos diferentes. Esta noción de un mínimo de valores se integraría a la noción tradicional del orden público. En similar sentido SUPERVIELLE (1956:212) recordaba que, sin perjuicio de la flexibilidad del concepto, hay ciertos valores vinculados al respeto de derechos y libertades que son permanentes. Ello es compartido en PLA RODRÍGUEZ (1980:450). DE CORES y CAL (2007:132), por su parte, aplican este razonamiento al concepto de interés general.

³⁰ PRIETO SANCHÍS (1986:318-319). En este punto BÖCKENFÖRDE (2000:78-79) refiere a la *“metamorfosis de la libertad individual en libertad democrática”* y precisa que las libertades de opinión, de reunión y de asociación despliegan su contenido en una doble dirección: *“la protección de las libertades comunicativas contra intentos de intromisión (...), y, por otra parte, también hacia la puesta en marcha de un proceso abierto de formación de la opinión”*. Por su parte, expresa HÄBERLE (2002:99-100) que la Constitución no solo protege a lo público, sino también a lo privado, dado que esto último representa condiciones para la innovación de lo público.

conforman el mínimo común que da contenido al orden público, y que su determinación está en el equilibrio entre unos y otra. Tomando este punto de partida, y teniendo por objeto determinar el concepto de orden público, me propongo argumentar que, pese a ser categorizado como un concepto jurídico indeterminado, dicho concepto puede ser definido. Concretamente, y circunscribiendo mi análisis a los ordenamientos jurídicos de España y de Uruguay, desarrollaré el argumento de que en éstos el contenido del orden público posee un mínimo que emana de la Constitución y que, a su vez, se refleja en las Convenciones que dieron cimiento a los correspondientes sistemas regionales de protección de derechos humanos. Este contenido, a mi entender, da unidad al concepto y es entonces aplicable para todas las ramas del Derecho que lo emplean, correspondiendo al orden público obrar dentro de éste como garantía, más que como un límite, a los derechos fundamentales.

La presente investigación se estructura en cinco capítulos. En el *Capítulo I*, argumentaré, espero que convincentemente, que las doctrinas que se refieren a la limitación de los derechos y, particularmente, al principio de proporcionalidad no realizan un suficiente análisis de los fines perseguidos con dicha limitación, lo que afecta la efectividad y garantía de los derechos.

En el *Capítulo II* comenzaré la tarea de desentrañar qué es el orden público. Partiré de su calificativo como un “concepto jurídico indeterminado”, y ahondaré en las distintas nociones, materiales e ideales, así como en los diversos usos que se le ha asignado, según las distintas ramas del Derecho. Si bien todas estas concepciones eran, en sus orígenes, completamente ajenas a los derechos fundamentales y su protección, se advertirá que hoy en día se comienza a vislumbrar una innegable conexión entre todas estas áreas, si se parte de la Constitución para su análisis.

Por lo anterior, en el *Capítulo III* me concentraré en ahondar en el concepto de orden público desde una perspectiva constitucional. Estudiaré los ordenamientos de España y de Uruguay desde sus aspectos generales, pero particularmente atendiendo a aquellos supuestos en lo que las disposiciones constitucionales invocan al orden público, sea como fin del Estado o como razón que permitiría la limitación a un derecho fundamental. Se hallarán algunas discordancias, pero varias coincidencias, aspecto que se hace más latente aún con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este entendido, el análisis se perfecciona, en el *Capítulo IV*, con la integración de ambos Estados en los sistemas regionales de protección aplicables en cada uno de ellos. Se estudiará, en concreto, el orden público invocado en la jurisprudencia del TEDH, del TJUE y de la Corte IDH. Ello, con base principalmente en la CEDH, en la CDFUE, y en la CADH, respectivamente.

Finalmente, el *Capítulo V* tiene por objeto responder a las interrogantes que he planteado al inicio y exponer las conclusiones halladas, procurando una revalorización actual de los fines legítimos y, concretamente, una reformulación del concepto de orden público, como necesario articulador entre los derechos fundamentales y el sistema democrático.

Si bien hay quienes prefieren resignarse y considerar que la determinación de términos como el orden público es algo inalcanzable, esta tesis parte de mi discrepancia con dichas posturas. De ahí mi interés en embarcarme en la tarea que me he propuesto de concreción de la noción de orden público; tarea difícil, sin duda, pero que entiendo también no imposible.

CAPÍTULO I: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS LÍMITES

En este primer capítulo me propongo aproximarme a la teoría de los límites a los derechos fundamentales, a los efectos de justificar la premisa de partida de esta tesis, y proporcionarle así contexto y fundamentación. Ya en el apartado introductorio he afirmado que las actuales tesis de los límites a los derechos fundamentales y, especialmente, del principio de proporcionalidad, dejan de lado un punto primordial: el análisis de los fines que legitiman dichos límites. Se trata, efectivamente, de una cuestión escasamente abordada. La necesaria profundización en el concepto de orden público se incluye en este marco.

No haré mención aquí a los fundamentos o cuestiones ideológicas asociadas a la dogmática de los derechos humanos o fundamentales³¹, sino que me concentraré en la delimitación y limitación de los derechos, en los ordenamientos jurídicos actuales de España y de Uruguay. Tampoco haré una completa profundización en todas las teorías que hasta el momento se han desarrollado sobre los límites a los derechos fundamentales; más bien me circunscribiré a ahondar en aquellas que se aplican actualmente por los tribunales de España y de Uruguay o que, a mi juicio, debieran ser empleadas por ellos, en lo que particularmente hace al caso de la actuación estatal que limita un derecho fundamental. Por consiguiente, y si bien algunos puntos se relacionarán con el conflicto o colisión entre derechos, me concentraré en los supuestos en los que la autoridad pública con su actuar limita un derecho fundamental, puesto que son estos los casos en los que se podrá presentar el “orden público” como un límite a su ejercicio.

Abordaré, en un primer apartado (*Sección 1.1*) la diferenciación entre la delimitación y los límites a los derechos, precisando el marco teórico de esta distinción y mencionando, luego, los principales aspectos que hacen a la teoría de los límites, así como los parámetros más utilizados para resolver los conflictos. Me concentraré, en la *Sección 1.2*, en los “límites de los límites”, muy concretamente en el empleo del principio de proporcionalidad y en la cláusula del contenido esencial, teniendo especialmente en cuenta la jurisprudencia

³¹ En España se diferencia la noción de derechos “humanos” y “fundamentales”. Me detendré sobre esta distinción en la sección siguiente (1.1).

desarrollada a este respecto en España y en Uruguay. La *Sección 1.3* será reservada a profundizar en la falencia que da premisa a esta tesis y en sus consecuencias: los fines legítimos como aspectos poco analizados en la teoría y práctica de los límites a los derechos. El objetivo aquí, como mencioné al comienzo, y además de contextualizar el tema de esta investigación, es argumentar que los fines que justifican esos límites son pocas veces invocados, interpretados y aplicados, y que ello tiene relevantes efectos en lo que respecta al contenido y garantía de los derechos.

1.1.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONSTITUCIONALISMO ACTUAL. DELIMITACIÓN Y LÍMITES

Antes de abordar el contenido propuesto, realizaré una precisión respecto de la terminología que utilizaré. En lo que sigue me voy a referir a los *derechos fundamentales*. En relación con esta expresión es necesario realizar una aclaración. Y es que en España se distinguen los términos de derechos *humanos* y *fundamentales*³². No todos los derechos son fundamentales, sino únicamente aquellos reconocidos en una constitución normativa, en este caso la CE, que como tales tienen eficacia directa y son directamente vinculantes para los poderes públicos. En el marco de la CE, los derechos fundamentales son, en concreto, los previstos en el Capítulo II del Título I CE³³. A este respecto establece el artículo 53.1 CE que: “*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)*”. Fuera del concepto de derechos fundamentales quedan las provisiones que, aun pudiendo tener apariencia de derechos, se contienen en otros apartados de la CE, muy especialmente en el Capítulo III de su Título I, en relación con las cuales el artículo 53.3 CE dispone: “*El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el*

³² Sin perjuicio de realizar la distinción y precisión en concordancia con el ordenamiento constitucional español, coincido con AGUILAR CARVALLO (2010) en cuanto, actualmente, esta distinción puede ser cuestionada y debería ser superada.

³³ Respecto de la diferenciación entre las dos categorías puede verse: CRUZ VILLALÓN (1989: 37-39), JIMÉNEZ CAMPO (1999: 25-27); PÉREZ ROYO (2014: 179 y ss.) y RODRÍGUEZ RUIZ (2016: 21-23).

Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

El concepto de derechos humanos, por su parte, es una categoría de derecho natural, de un lado, en cuanto que se refiere a derechos que se consideran inherentes a la persona humana, vinculados a valores o a la moral, o de Derecho Internacional, de otro, en cuanto que derechos reconocidos en documentos internacionales³⁴.

En el ordenamiento constitucional uruguayo, por su parte, la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos no es habitualmente empleada. Ciertamente, y al igual que la CE, la CU prevé ciertos derechos que se consideran vinculantes para el legislador y los poderes públicos, y son de aplicación directa. Asimismo, y además de los derechos reconocidos en forma expresa, el artículo 72 prevé el ingreso a la CU de otros derechos que sean inherentes a la personalidad humana o derivados de la forma republicana de Gobierno. Este artículo establece: *“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”*³⁵. En la CU, por tanto, los derechos fundamentales engloban derechos que se entienden que son derechos humanos, aparezcan o no expresamente constitucionalizados. Sea esto como fuere, en lo que sigue se va a hacer referencia a *derechos fundamentales*, siempre teniendo en cuenta los matices que diferencian el concepto en España y en Uruguay.

Los derechos fundamentales tienen un rol principal, central y preponderante en el constitucionalismo actual. El cambio en la concepción

³⁴ AGUILAR CARVALLO (2010: 35). He adherido al cuestionamiento de este autor en el mantenimiento actual de esta distinción (*supra* nota al pie 32). En el Capítulo IV abordaré la vinculación de los documentos internacionales con la CE y con la CU.

³⁵ Este punto será ahondado al caracterizar el sistema constitucional uruguayo (*infra* Capítulo III, Sección 3.3.1). Asimismo, cabe agregar que dada la inspiración iusnaturalista de la CU, la doctrina distingue, no obstante, entre derechos “preexistentes”, que anteceden a la Constitución y son ilimitables, y derechos “consagrados”, creados por la Constitución. Así, por ejemplo, la Constitución reconoce el derecho a la vida (preexistente) a la vez que consagra el derecho a la protección en el goce del derecho a la vida (consagrado). Al respecto: RISSO FERRAND (2008: 42-60). Si bien considero que la distinción es técnicamente correcta de acuerdo a la CU, prefiero referir al derecho como uno solo, que posee un contenido que la CU reconoce como ilimitable, justificado en su preexistencia, asimilable a la noción de contenido esencial, y otro desarrollado por la Constitución, consagrado, limitable en función de lo por ésta previsto. Este paralelismo entre los derechos preexistentes y la noción de contenido esencial fue ya observado por RISSO FERRAND (2008:50-60) y será especificado más abajo, al estudiar la noción de contenido esencial (Sección 1.2.2).

teórica de Constitución, su valor jurídico supremo³⁶, su aplicabilidad directa, y su función interpretativa para el resto del ordenamiento³⁷, son aspectos que han acompañado a los derechos fundamentales en este proceso de adquisición de protagonismo, un proceso en el que estos derechos se han ido haciendo aparentemente más fuertes³⁸. Así, los derechos fundamentales no solo se aplican en las relaciones de la persona con el Estado, sino en todo ámbito, incluso el privado³⁹. Se ha tendido, también, a su universalización, a través de ampliaciones de su titularidad más allá de la nacionalidad, en buena medida impulsada por la integración de los Estados en distintos sistemas regionales o internacionales y mediante la suscripción de Tratados en esta materia, como profundizaré en el Capítulo IV. Pero, sobre todo, y en cuanto reconocidos en una Constitución normativa, los derechos fundamentales comenzaron a formar parte del punto de partida para el análisis de todo caso jurídico, sea de derecho público o de derecho privado, sea pues en el ámbito administrativo o en el civil, laboral o comercial⁴⁰. Algo que, para MARTÍNEZ ZORRILLA, forma parte del “neoconstitucionalismo”⁴¹, expresión a la que se le atribuye el doble contenido de referir a ciertos cambios en el Estado constitucional, pero también a la teoría que los analiza y explica⁴².

Actualmente, entonces, el reconocimiento de los derechos fundamentales, como derechos de rango constitucional y con aplicación práctica

³⁶ PORRAS NADALES (1995:111) hace mención al cambio habido en el Derecho Constitucional en este punto. MARTIN-RETORTILLO (1988:21) destaca la importancia, para la regulación de los derechos fundamentales, de la eficacia vinculante de la Constitución y su significación normativa. Este fenómeno también es advertido por FAVOREU (1991:44), por ATIENZA (2011:84) y por PÉREZ LUÑO (2013:16). Lo anterior también puede vincularse con la eficacia negativa y positiva de los derechos fundamentales según es apuntado por MEDINA GUERRERO (1996:4).

³⁷ A ello hace desde temprano especial mención GARCÍA DE ENTERRÍA (1981-A:95-105).

³⁸ BÖCKENFÖRDE (1993:128) describe que, con la eficacia objetiva de los derechos fundamentales, irradiándose a todos los ámbitos del Derecho, los derechos pasan a ser principios superiores del ordenamiento. En este sentido también se expresan autores como HABERMAS (1992:320-321), CATOIRA (1998:14) o PRIETO SANCHÍS (2002:64).

³⁹ Este fenómeno es denominado en Alemania como el *Drittwirkung der Grundrechte*. Al respecto y entre otros: PÉREZ LUÑO (2013:19); FRESNEDO (2016:147). Para ahondar en la materia puede consultarse: BILBAO UBILLOS (1997); GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (1999) y NARANJO DE LA CRUZ (2000).

⁴⁰ En este mismo sentido se pronunciaron PRIETO SANCHÍS (2007: 216) y DURÁN MARTÍNEZ (2010: 279). A los efectos de ahondar en una interpretación del derecho tributario desde la Constitución puede verse: GARAT (2014). Para una completa percepción de este fenómeno es posible consultar: GUASTINI (2009:49-73).

⁴¹ MARTÍNEZ ZORRILLA (2007:59).

⁴² PRIETO SANCHÍS (2005:420) y CARBONELL (2009:9-10). A mayor ahondamiento respecto del “neoconstitucionalismo” y sus distintas acepciones puede consultarse: PINO (2011:198-201) y PRIETO SANCHÍS (2013:23 y ss.) y (2014:101 y ss.). En Uruguay puede verse: DURÁN MARTÍNEZ (2011-B: 3 y ss.).

directa, pareciera ser un aspecto indiscutido del constitucionalismo. El centro de la cuestión pasa más bien a ser cuál es el alcance de cada uno de esos derechos y cuáles son sus límites; en definitiva, cómo hacerlos efectivos y hasta qué punto podremos hacerlo⁴³.

Las disposiciones constitucionales y convenciones que reconocen o establecen un derecho no especifican con exactitud su contenido, hasta dónde se extiende su esfera de aplicación, ni tampoco indican los casos concretos en los que se emplea. Más bien se los invoca, generalmente, en forma indeterminada⁴⁴, en línea con lo que la doctrina ha definido como una norma con estructura interna de principio, por oposición a las reglas⁴⁵. Y es que, mientras estas últimas poseen un presupuesto de hecho y una consecuencia jurídica, las primeras no tienen supuesto de hecho⁴⁶, o bien el mismo es tan amplio que no alcanza a prever toda la tipología de situaciones a que se puede aplicar⁴⁷. DWORKIN lo expresa explicando que los principios, a diferencia de las reglas, tienen una “*dimensión de peso*”⁴⁸. ALEXY los califica como “*mandatos de*

⁴³ En este aspecto sostenía ESCOLA (1989:24) que la conquista de los derechos se vio reemplazada por la efectividad, en los hechos, de los mismos. Por otra parte, y tal como precisa PECES BARBA (1999:588) es necesario puntualizar que me referiré a los límites jurídicos, pero no económicos, sociales o de otro tipo.

⁴⁴ ALONSO GARCÍA (1984:1). Algunas disposiciones sí prevén ciertas exclusiones, como veremos, a modo de ejemplo, en el marco del derecho de reunión, que tanto en España como en Uruguay ampara únicamente a las que sean pacíficas y sin armas. No obstante esta salvedad, la disposición constitucional que reconoce un derecho posee generalmente un amplio marco de aplicación, aún indefinido en forma específica.

⁴⁵ DWORKIN (1977:74-75), quien, aunque refiriéndose a principios y normas, afirma que esta distinción es “*tan válida como importante, y me interesa defenderla*”. Véase también: DURÁN MARTÍNEZ (2007:131); PRIETO SANCHIS (2008:90); RISSO FERRAND (2008:32 y ss.) y (2014:258-259); ATIENZA (2011:106); GARAT (2016:29-33); y RODRÍGUEZ RUIZ (2016: 33-34). Para FERRAJOLI (2010:33-37) la distinción no carece de fundamento, pero posee un carácter explicativo más restrictivo del que se le otorga, puesto que la mayor parte de los principios se comportan como reglas en el momento de su aplicación.

En sentido contrario encontramos que para GAMARRA ANTES (2018:158-159 y 180-181) no hay una diferencia estructural entre las reglas y los principios. Por su parte, ATIENZA y RUIZ MANERO (1991: 108-109) presentan una concepción distinta de los principios, pues solo una categoría dentro de los principios puede entenderse como mandatos de optimización. Concuerdan, entonces, en cuanto que los principios pueden ser cumplidos en diversos grados en el caso de los principios programáticos, pero no en los principios en sentido estricto. También puede verse ATIENZA (1995:12-13) y (2010:9).

⁴⁶ ZAGREBELSKY (1992:110-111). Puntualiza PRIETO SANCHÍS (2002:90) y (2014:180) que “*Estas consideraciones hablan a favor de una teoría amplia del supuesto de hecho como la planteada por Alexy, que supone una interpretación amplia de los enunciados relativos a derechos, de manera que todo comportamiento o posición individual que presente al menos una propiedad subsumible en el supuesto de hecho, debe ser considerado, en principio, como una manifestación específica de la libertad fundamental*”.

⁴⁷ MORESO (2009:112) presenta un matiz. A su criterio la distinción entre principios y reglas debe concebirse en términos de grado de apertura o concreción de las pautas: “*cuando hay una lista determinada de condiciones explícitas tendemos a hablar de reglas, cuando las condiciones de aplicación son todas implícitas tendemos a hablar de principios*”. Por su parte, MARTÍNEZ ZORRILLA (2007:71 y ss.) desarrolla otros criterios para la diferenciación.

⁴⁸ DWORKIN (1977:77). En este sentido: MARTÍNEZ ZORRILLA (2007:73).

optimización”, pues se trata de una esfera cuyos límites no están especificados y que se aplicará, en la práctica, en la mayor medida posible, en concordancia con el resto del ordenamiento⁴⁹. Las reglas, por su parte, son para ALEXY “*normas que sólo pueden ser cumplidas o no*”⁵⁰. La diferenciación reside en que las reglas contienen referencias al ámbito de lo fáctico, lo que permite delimitar su ámbito de aplicación. No así los principios, cuya aplicación, como mandatos de optimización, depende de circunstancias reales y jurídicas que no están determinadas de antemano, y que se delimitan según cuáles sean los demás principios y reglas en juego en un caso concreto⁵¹.

Entendiendo a los derechos como normas de principio y concibiendo que éstas no poseen un supuesto de hecho definido, es connatural que un mismo hecho pueda estar alcanzado por más de un derecho, esto es, por más de una norma de principio. Por su propia condición, entonces, los derechos se aproximarían entre sí, siendo inevitables las concurrencias y las colisiones⁵². En este entendido, y a modo de ejemplo, un determinado hecho podría estar amparado por el ámbito de aplicación del derecho de reunión, pero también por la esfera de la libertad religiosa, sea en concurrencia o en conflicto con el primero, correspondiendo en este último caso definir cuál de ellos da protección al hecho concreto (STC 195/2003). En la terminología empleada por BÖCKENFÖRDE, se trata de una tendencia a la *asimetría* entre los distintos derechos⁵³. Para GUASTINI, por su parte, se conforma una *antinomia* del tipo *parcial/parcial*, pues los ámbitos de validez de las respectivas normas son parcialmente coincidentes⁵⁴. La antinomia es definida por PRIETO SANCHÍS

⁴⁹ BÖCKENFÖRDE (1993:126) describe de igual modo la tesis de la ponderación. Al respecto: ALEXY (2000:295), (2007:68), (2008:14), (2011:12), (2016:17) y (2017:27); BERNAL PULIDO (2007-A:589); PRIETO SANCHÍS (2008:90-93) y (2014:180); RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2008:1190); BOROWSKI (2000:35-36); GARAT (2016:31) y RODRÍGUEZ RUIZ (2016:34).

⁵⁰ ALEXY (2007:68).

⁵¹ ALEXY (2007:68).

⁵² CATOIRA (1998:16); BARAK (2012:73); PRIETO SANCHÍS (2013:84). El TCE ha sostenido que se produce un “*régimen de concurrencia normativa*” en STC 245/19988 citada por: PRIETO SANCHÍS (2002:66). Asimismo, el TCE ha adoptado generalmente una tesis amplia del contenido de los derechos, lo que puede observarse en profusa jurisprudencia. Véase al respecto MEDINA GUERRERO (1996:94-95). En contraposición a esta postura: HABERMAS (1992:289 y 232-233). En este punto sostiene HÄBERLE (1962:16) que los derechos se protegen y se fortalecen recíprocamente. Asimismo, el autor entiende que hay otros bienes que son presupuesto de los derechos, como el orden público, la salud pública o la seguridad.

⁵³ BÖCKENFÖRDE (1993:124).

⁵⁴ El autor es citado por PRIETO SANCHÍS (2002:81), (2008:95) y (2014:184). Este autor aclara, no obstante, que también podría ensayarse la aplicación de las antinomias total/total o total/parcial, pues no siempre son antinomias circunstanciales o contingentes, sino que en algunos casos son necesarias (se

como aquella situación que se produce “*cuando dentro de un mismo sistema jurídico se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que pueden ser observadas simultáneamente*”⁵⁵. Pues bien, en el ámbito de los derechos ello quiere decir que la aplicación de algunos puede yuxtaponerse, siendo que un mismo supuesto podría estar alcanzado por la protección de más de un derecho, incluso por derechos contrapuestos, conformándose, entonces, la antinomia.

La calificación de los derechos fundamentales como principios, entonces, y el problema de su posible contraposición, podrían conducirnos a la necesidad de *delimitar* cada derecho, de fijar ya a priori su ámbito de cobertura. Para la mayoría de la doctrina, en cambio, la relación entre ellos es una cuestión, no de delimitación conceptual, sino de *límites* a su ejercicio⁵⁶. Se sostiene, en esta línea, y en consonancia con lo que analizaré más adelante, que las cuestiones relativas a la aplicación de los derechos fundamentales no pueden ser resueltas únicamente por la técnica de la subsunción conceptual⁵⁷, sino que se requieren otras herramientas, como la aplicación del principio de proporcionalidad o de la ponderación, según el caso.

En términos no exactamente coincidentes con lo anterior se expresa Klaus GÜNTHER para quien lo importante es diferenciar entre la validez y la aplicación de las normas jurídicas, siendo que en esta última la interpretación coherente posee un rol principal. El discurso de validez estará basado en el presupuesto de la universalidad de las normas; “*...la validez sólo depende de que un seguimiento general de la norma bajo las mismas circunstancias sea de nuestro interés común*”⁵⁸. El discurso de aplicación, en cambio, toma en consideración

emplea necesario como sinónimo de permanente). En similar posición se pronuncia MARTÍNEZ ZORRILLA (2007:124), al concebir la existencia de conflictos *in abstracto*. A este respecto puede verse también: GARAT (2016:31).

⁵⁵ PRIETO SANCHÍS (2014:175). Para este autor (2014: 183) estas antinomias se dan por la propia noción de principios como disposiciones carentes de supuestos de hecho, o como mandatos de optimización. A ello agrega que las normas son de igual jerarquía (constitucional), por lo que la solución debe satisfacer ambas disposiciones.

⁵⁶ BOROWSKI (2000:32) refiere a lo anterior como una teoría externa (limitación) y una teoría interna (delimitación). Para MEDINA GUERRERO (2008:1164) se trata de las concepciones estricta y amplia de los derechos fundamentales, respectivamente.

⁵⁷ Entre otros: ALONSO GARCÍA (1984:1); FERRERES COMELLA (1997:28); BERNAL PULIDO (2006:52); ALEXY (2007:69); LÓPEZ RUIF (2007:257); RISSO FERRAND (2008:32) y (2014:259); PRIETO SANCHÍS (2013:86); (2014:176); GARAT (2016:30).

⁵⁸ GÜNTHER (1995:282). Sobre este punto también puede ahondarse en GÜNTHER (1993:149).

una descripción completa de la situación, considerando todas las circunstancias, y una interpretación coherente de todas las normas relevantes, lo que asegura una aplicación imparcial⁵⁹. En este entendido, para GÜNTHER, las colisiones entre normas pueden ser de validez o de aplicación, lo que el autor identifica como colisiones internas o externas, respectivamente, siendo la resolución distinta en cada uno de estos casos. En la colisión interna, una de las normas lesionará la universalización, por lo que será inválida (discurso de validez) y, por tanto, no es considerable para el caso. En la externa, en cambio, la resolución del conflicto será una cuestión de aplicación, fundamentada ésta en la interpretación coherente del ordenamiento jurídico (discurso de aplicación)⁶⁰.

Volveré sobre este autor más adelante (*infra* 1.2.1). Antes de ello, y a continuación, me detendré en los conceptos de delimitación y de límites a los derechos, observando las diferencias que cabe hallar entre uno y otro (*Sección 1.1.1*), así como en algunos aspectos de la teoría de los límites (*Sección 1.1.2*)⁶¹, y efectuaré una sucinta enumeración de los parámetros contemplados en la jurisprudencia de España y de Uruguay para resolver los conflictos que surgen como una cuestión de límites a los derechos (*Sección 1.1.3*).

1.1.1.- TEORÍA DE LA DELIMITACIÓN

La *delimitación* implica una operación lingüística de definición. Explicaba WROBLEWSKI que algunos términos constitucionales, como “libertad”, “igualdad”, “justicia”, son abiertamente valorativos, por lo que por razones de semiótica es necesario determinar su significado cuando se emplean⁶². Dicha delimitación se opera ya en la misma Constitución, pues el reconocimiento del derecho implica ya la definición de sus contornos⁶³. La delimitación se define así como una “*actividad hermenéutica tendiente a precisar cuáles son las facultades o posibilidades de actuación que cada derecho fundamental ofrece a su titular o, dicho en otros términos, cuál es su ámbito jurídicamente protegido*”⁶⁴.

⁵⁹ GÜNTHER (1995:277-302).

⁶⁰ GÜNTHER (1989:155-166), (1993:143-156), y (1995:277-281).

⁶¹ A este respecto coincido con MEDINA GUERRERO (1996:45) en cuanto afirma que “*abordar el concepto de límite supone adentrarse en el ámbito tal vez más resbaladizo de la dogmática de los derechos fundamentales*”.

⁶² WROBLEWSKI (1988:38). A este problema también refiere ATIENZA (1987:189).

⁶³ CASAL (2002:113).

⁶⁴ DE DOMINGO (2001:95).

Para una parte minoritaria de la doctrina, los conflictos entre derechos fundamentales, o entre éstos y otros principios constitucionales, se reducen a una cuestión de delimitación. Expone DE OTTO que *“en realidad el problema de los límites de los derechos fundamentales no puede plantearse en términos de colisión entre derechos o entre derechos y bienes, aceptando que éstos estén definidos en términos tales que choquen entre sí, sino como un problema de interpretación de las normas en la que se trata de delimitar las fronteras de los derechos, de trazar los límites en los que la propia norma constitucional configura los derechos fundamentales”*⁶⁵.

Para este autor, principal exponente de esta teoría en España⁶⁶, la delimitación consistiría en dos momentos o fases: (a) una primera, de determinación del contenido del derecho, de identificación del ámbito de realidad aludida; y (b) una segunda, de delimitación de los contornos, lo que denomina como el *“tratamiento jurídico contenido en el precepto que reconoce el derecho”*, y lo traduce como la fijación del contenido y del alcance de protección⁶⁷. En puridad, el primer momento consiste en una operación negativa de excluir del ámbito del derecho aquello que éste no reconoce. Por ejemplo, la reunión que no es pacífica y no es sin armas no queda contemplada en la cobertura constitucional del derecho de reunión en España, donde la Constitución reconoce *“el derecho de reunión pacífica y sin armas”* (artículo 21)⁶⁸. Habrá, entonces, que definir dichos términos a los efectos de operar la correspondiente exclusión. El segundo, en cambio, consiste en un análisis positivo, de determinación de la realidad protegida a través de su concreción. Concluye DE OTTO: *“Si se delimita el alcance de la protección que presta el derecho fundamental, los problemas tratados como «limitación para proteger otros bienes constitucionales» muestran ser en realidad, cuando se trata verdaderamente de bienes de esa índole, problemas de interpretación sistemática y unitaria de la*

⁶⁵ DE OTTO (1988:135). En esta misma postura: SÁNCHEZ FERRIZ (1989:183-184).

⁶⁶ Para el desarrollo de esta teoría el autor se fundamentó en la obra del alemán MÜLLER (1969), titulada *Die Positivität der Grundrechte*. A este respecto: DE OTTO (1988:172).

⁶⁷ DE OTTO (1988:142). En algunos de estos aspectos pareciera coincidir el Tribunal Constitucional Italiano, citando, a su vez, a PACE. Según sostiene SÁNCHEZ FERRIZ (1989:184) el Tribunal Constitucional Italiano afirmó que: *“el concepto de límite se halla ínsito en el concepto de derecho y ello, cree Pace, sólo es exacto si se entiende que la configuración constitucional del derecho concreta se analiza en el conjunto de la disciplina constitucional. Pero bien distinto es afirmar la apriorística existencia de límites que permitiera justificar cualquier tipo de ellos”*.

⁶⁸ En este mismo sentido: JIMÉNEZ CAMPO (1993:481-482).

*Constitución en los que no es precisa ponderación alguna de bienes y valores, ni consiguientemente jerarquización de esa naturaleza, sino un examen pormenorizado del contenido de cada una de las normas*⁶⁹.

En línea similar se manifiesta MEDINA GUERRERO, para quien, según será precisado en el apartado siguiente, los llamados por el TCE “límites necesarios” y “límites directos” no son más que la tarea de delimitación del derecho, determinando el significado y la realidad protegida por el mismo⁷⁰. Precisa el autor que: *“el concepto de limitación del derecho no debe confundirse con el de delimitación del mismo; pues el límite presupone necesariamente la previa existencia de un contenido constitucionalmente protegido ya fijado -esto es, delimitado- por la Constitución, dentro del cual, proyectándose desde el exterior, opera precisamente el límite. El límite, por definición, no puede formar parte del «contenido constitucionalmente protegido». En definitiva, la Constitución delimita y el legislador limita los derechos fundamentales*⁷¹.

La delimitación sería, entonces, una operación interna, de precisión del contenido del derecho y sus contornos. Los límites a los derechos, en cambio, se conciben como algo externo⁷², que viene a intervenir en la esfera de protección del derecho tal y como éste ha sido ya previamente definido, delimitado, restringiéndola⁷³. La diferencia entre delimitación y limitación radica pues en que, en relación con la primera, nos encontramos siempre ante una

⁶⁹ DE OTTO (1988:143). Esta postura podría relacionarse con la posición de FERRAJOLI que será referida más adelante. En similar sentido, aunque con reparos: PRIETO SANCHÍS (2002:63-64). Este autor sostiene que, si bien es cierta la afirmación realizada, también es cierto que en muy pocos casos la disposición constitucional define al ámbito de protección del derecho, por lo que es necesario articularlo con los demás enunciados constitucionales y será necesario recurrir a criterios externos a la Constitución. Asimismo, luego (2014:220) puntualiza también que no es posible formular un *“catálogo exhaustivo de los supuestos de aplicación de los derechos, así como de todas sus excepciones”*. En igual sentido: BARRERO ORTEGA (2006:228).

⁷⁰ MEDINA GUERRERO (1996:20-22).

⁷¹ MEDINA GUERRERO (1996:22-23). Pese a lo anterior el autor precisa luego que al legislador también corresponde la tarea de concretizar el alcance del derecho prefijado por la Constitución. Referiré a la tarea de concretización propuesta por este autor más adelante.

⁷² DE OTTO (1988:152) lo define como *“una reducción impuesta exteriormente al contenido del derecho o libertad objeto de reconocimiento constitucional mediante la exclusión de determinados supuestos fuera del ámbito de protección en virtud de una expresa habilitación constitucional”*. En similar sentido JIMÉNEZ CAMPO (1999: 38-39).

⁷³ DE BERTOLOMÉ (2002:43). Explica JIMÉNEZ CAMPO (1993:483) que en algunas disposiciones, como el artículo 16 CE referido a la libertad ideológica y religiosa, se contemplan dos clases de normas: *“se yuxtaponen una norma de definición del objeto del derecho (el ‘límite’ necesario del ‘orden público protegido por ley’) y otra que considera -ya en un plano distinto- la legislación a la que la Constitución remite, aunque en este caso sea, a diferencia de otras previsiones constitucionales, para excluir cualquier límite legislativo distinto del que la Constitución enuncia”*.

tarea de interpretación de la disposición constitucional que reconoce los derechos, así como de su cobertura. Así, si en un caso se ve involucrado el derecho de reunión, y no la libertad religiosa, entonces no nos encontramos ante la necesidad de resolver conflicto alguno; éste es meramente aparente: la esfera de la libertad de reunión alcanzaba al hecho considerado, no así la de la libertad religiosa⁷⁴.

Para GAMARRA ANTES la diferenciación entre delimitación y limitación no es filosófico-política, sino que tiene que ver con el momento en el que se aprecia e interpreta el caso. De todos modos, para este autor, las razones que llevan a preferir una u otra teoría se apoyan en su respectiva mayor o menor idoneidad para explicar los fenómenos. Prefiere la delimitación, pues *“permite acudir a categorías interpretativas conocidas -puntualmente a la sistematicidad y vocación de coherencia del ordenamiento- y evita partir de una innecesaria pretensión amplificadora para luego realizar «recortes»*⁷⁵. Para PRIETO SANCHÍS, por su parte, la teoría de la delimitación se propone simplificar la realidad de los límites a los derechos, simplificación que a su juicio queda frustrada, pues *“si nos tomamos en serio la fuerza vinculante de los conceptos constitucionales, la tarea de justificar que una ley restrictiva constituye un límite legítimo al derecho fundamental resulta del todo semejante a la empresa de justificar que esa misma ley constituye una interpretación plausible del concepto que opera como límite interno o criterio delimitador del derecho”*⁷⁶.

Por mi parte, entiendo a la delimitación y a la limitación, no como un mismo fenómeno, mostrando cada una distintas visiones del mismo, sino como dos etapas diferenciadas y, muchas veces, concatenadas, que nos guiarán en la solución del caso concreto. Si bien concibo la delimitación como un análisis necesario, siendo, como se desarrollará en este Capítulo, una etapa previa e ineludible en el proceso de aplicación de los derechos a un determinado caso, en mi opinión el problema no se agota con esta operación, excluyendo la posibilidad de límites. Incluso si se aceptara que todo es una cuestión de delimitación se caería indudablemente en la crítica ya adelantada de

⁷⁴ A este respecto, véase MARTÍNEZ ZORRILLA (2007:63).

⁷⁵ GAMARRA ANTES (2018:270-271).

⁷⁶ PRIETO SANCHÍS (2014:226). A este respecto también sostiene en Uruguay ESTEVA GALLICCHIO (2002:50), siguiendo al español RUBIO LLORENTE que la distinción entre delimitación y limitación carece de un significado útil en el derecho español. En este punto: RUBIO LLORENTE (1998:1330).

HABERMAS (*supra* apartado introductorio), pues los derechos se encontrarían a igual nivel que todo otro bien constitucional. Y es que las cuestiones relativas a la aplicación de los derechos se reducirían, entonces, a una mera labor de determinación de su contenido, no de imposición de límites a su ámbito de protección, no estando por tanto sujeta a los requisitos de validez que pesan sobre éstos últimos. Ello redundaría en la ya apuntada flexibilización y debilitamiento de los derechos.

La delimitación es pues un aspecto dentro de la temática que no es posible evitar y cuya correcta realización puede, incluso, ahorrar ciertos conflictos. No obstante, y para los supuestos en los que la delimitación no resuelva la yuxtaposición normativa, o bien si la restricción es constitucionalmente posible, han de ser otras herramientas las que nos permitan arribar a la solución para el caso⁷⁷. Por ello, y sin perjuicio de la importancia de desarrollar una labor de delimitación previa, es necesario ahondar en la teoría de los límites.

1.1.2.- LÍMITES A LOS DERECHOS: DIRECTOS, INMANENTES, ¿E IMPLÍCITOS?

La teoría de los límites a los derechos parte de que éstos no son absolutos (STC 98/2000, FJ 5; 301/2006, FJ 2; y SCJ 101/1991, 8/1993, 58/2009, 463/2009, 588/2012)⁷⁸, sino que pueden estar sujetos a restricciones. En algunos ordenamientos, como el uruguayo, la Constitución exige que estos límites estén previstos en la ley, por lo que únicamente el legislador puede restringir derechos fundamentales⁷⁹. En otros, en cambio, no. Es el caso de España, donde el artículo 53.1 CE previó lo atinente a la *regulación* de los derechos, imponiendo una reserva de ley a la misma, pero no a su *limitación*. Antes bien, el requisito de la reserva legal para la limitación de derechos ha sido aquí incorporado

⁷⁷ En esta misma postura, BARAK (2012:86-87).

⁷⁸ En este sentido: AGUIAR (1983:28); SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (1991:97); FERNÁNDEZ SEGADO (1993:236); CATOIRA (1998:23); CASAL (2002:113); PRIETO SANCHÍS (2002:61); DE BARTOLOMÉ (2002:22); MARTÍNEZ ZORRILLA (2007:30); CATOIRA (2015:201).

A ello también refiere la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina según señalan BIDART CAMPOS y HERRENDORF (1991:151).

⁷⁹ Así, por ejemplo, el artículo 7 prevé que: “*Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general*”. Sobre este artículo *infra* Capítulo III, Sección 3.3.

jurisprudencialmente por el TCE. En efecto, el artículo 53.1 CE establece que “*sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)*”. Esta disposición, entonces, reserva al legislador la capacidad de regular los derechos. Ciertamente, el artículo 53.1 CE posibilita que, al ejercer esta habilitación para regular los derechos fundamentales, el legislador pueda restringirlos (STC 62/1982, FJ 3)⁸⁰. Pero lo que no hace este artículo es exigir una reserva de ley para su limitación⁸¹, circunscribiéndose más bien a excluir de su regulación a disposiciones jurídicas que no sean leyes, como los reglamentos⁸². Se trata, en definitiva, de una habilitación al legislador para regular los derechos fundamentales, a la vez que de un límite a la potestad reglamentaria de la Administración.

En coherencia con lo dispuesto en el artículo 53.1 CE, así como en los artículos 1.1 CE (principio de libertad), 9.3 y 103.1 CE (principio de legalidad), el TCE ha fallado que la limitación de un derecho fundamental debe tener una base legal cuando tiene origen reglamentario, (STC 83/1984, FJ 3). Sin embargo, y también en coherencia con dicho artículo, el TCE entendió inicialmente que la CE no impedía que dicha limitación pudiera proceder directamente del Poder Judicial cuando estuviera suficientemente motivada y justificada (TCE 86/1995, FJ 3; 49/1996, FJ 3). En este punto cabe apuntar, no obstante, que el TCE ha ido variando esta posición e incorporado jurisprudencialmente el requisito de la reserva de ley, ya no sólo para la regulación, sino también para todas las

⁸⁰ En este sentido: LÓPEZ GONZÁLEZ (1995:145); CATOIRA (1998:22-23) y (1999: 150 y 179); BERNAL PULIDO (2007-A:684); MEDINA GUERRERO (2008:1165); PRIETO SANCHÍS (2014:230). Este último autor también precisa, según ya fue expuesto, que en base al artículo 53.1 CE el legislador puede concretizar el contenido constitucionalmente protegido del derecho, aunque ello no supone que pueda operar constitutivamente, sino que en ello tiene una especial intensidad de sujeción a los enunciados constitucionales, lo que es puesto de manifiesto particularmente en la STC 341/1993, FJ 8. “*Desde esta perspectiva, puede decirse en efecto que «la Constitución prefigura y el legislador configura»*”. Al respecto también puede verse: MEDINA GUERRERO (1996:29-34).

CRUZ VILLALÓN (1993:423), por su parte, alude a que la labor del legislador en la normación de los derechos implica una “colaboración internormativa” que supone una operación funcional, y no topográfica, en la medida que el alcance y los límites vienen determinados por la Constitución. Respecto de todas estas tesis puede consultarse: BOROWSKI (2000: 50-56) y, para la doctrina alemana también ALEXY (2007:290-297). Asimismo, cabe apreciar que para ciertos derechos el artículo 81.1 CE prevé una exigencia mayor, ya que requiere ley orgánica.

⁸¹ RODRÍGUEZ RUIZ (2016:37). La autora agrega que el requisito sería incoherente con el carácter inmanente de los límites a los derechos fundamentales.

⁸² Esta última apreciación es remarcada por FERNÁNDEZ SEGADO (1993:240).

limitaciones a derechos (STC 49/1999, FJ 4; 70/2002, FJ 10; 184/2003, FJ 6)⁸³. Ello, como apunta la doctrina, estuvo influido por la posición del TEDH que, en base al CEDH, exige que los límites tengan una previsión legal en todos los casos⁸⁴.

Sin perjuicio de la reserva de ley, y concentrándome en los límites a los derechos, éstos pueden clasificarse en diversas categorías⁸⁵. Una primera, denominada por la doctrina como límites “internos” y por el TCE como “necesarios” (STC 5/1981, FJ 7 y 8), hace referencia a aquellos aspectos que están excluidos del ámbito de cobertura de un derecho, bien por su propia naturaleza, o bien porque así lo ha considerado el constituyente. Tomando el ejemplo ya propuesto, en el marco constitucional español, y también en el uruguayo, las reuniones en las que se portan armas no ingresan en la esfera de tutela del derecho de reunión (artículo 21 CE, artículo 38 CU). En puridad, a mi criterio y en coincidencia con lo sostenido por la doctrina, más que de “límites” se trata de un verdadero supuesto de delimitación, tal como antes fue abordado⁸⁶

⁸³ En esta última sentencia se falla: “*Por consiguiente, la injerencia en los derechos fundamentales sólo puede ser habilitada por la ‘ley’ en sentido estricto, lo que implica condicionamientos en el rango de la fuente creadora de la norma y en el contenido de toda previsión normativa de limitación de los derechos fundamentales (STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6). La necesidad de esa previsión legal ha sido afirmada expresamente por este Tribunal respecto de un amplio elenco de derechos fundamentales y libertades públicas. Así, por ejemplo, en relación con el derecho a la intimidad (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 207/1996, de 16 de febrero, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10), el derecho a la integridad física (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 7/1994, de 17 de enero, FJ 3; 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2), el derecho a la libertad de expresión (STC 52/1995, de 23 de febrero, FJ 4), el derecho a la libertad de circulación (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3), el derecho a la libertad personal (SSTC 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2; 47/2000, de 17 de febrero; 169/2001, de 16 de julio), y específicamente también, como acabamos de recordar, el derecho al secreto de las comunicaciones (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4 y Sentencias en ella citadas)*” (STC 184/2003, FJ 6).

⁸⁴ RODRÍGUEZ RUIZ (2016:37). Sobre este particular punto y su evolución cabe observar: TEDH. Caso Valenzuela Contreras vs. España, 30 de julio de 1998, p. 49 y ss. y en comentario de este fallo: RODRÍGUEZ RUIZ (1999-A:223-250). Asimismo, el fallo: TEDH. Caso Prado Bugallo vs. España, 18 de febrero de 2003, p. 28-33.

Sobre la aplicación del principio de legalidad en el ordenamiento español puede verse: DE OTTO (1988: 95 y ss.); FERNÁNDEZ SEGADO (1993:240 y ss.); CATOIRA (1998:24) y (1999:51); MEDINA GUERRERO (2008:1163 y ss.); RODRÍGUEZ RUIZ (2016:36-37).

⁸⁵ Es necesario puntualizar que la terminología y las apreciaciones no son unánimes en la doctrina. Una posición particular es la de CALVO (1983:158) quien diferencia el “límite” que sería interno a la configuración del derecho, de la “limitación” que es externa, viene desde fuera. Por otra parte, FERNÁNDEZ SEGADO (1993:237) se refiere a límites intrínsecos y extrínsecos, y dentro de los primeros a límites objetivos y subjetivos. CATORIA (1998:20) también hace mención a límites internos y externos, y luego y en estos últimos a los externos explícitos e implícitos. No analizaré todas las variables, sino las especialmente relevantes para el objeto de esta investigación, exponiéndolo del modo y con la terminología que entiendo más ajustada a lo que se pretende explicar.

⁸⁶ CATOIRA (1998:20) y (1999:133); MEDINA GUERRERO (1996:15); JIMÉNEZ CAMPO (1993:481-482); FERNÁNDEZ SEGADO (1993:237). Este último autor hace referencia a que los límites necesarios resultarían de la propia naturaleza del derecho. Asimismo, CATOIRA (1999: 135 y ss.), por su parte, explicita la diferenciación entre los límites internos y la teoría alemana de los límites inmanentes.

(*supra* 1.1.1). Sostiene así CATOIRA que los límites internos no serían “límites” en el sentido de que “*no suponen una auténtica limitación de los derechos estrictamente hablando*”, sino que contribuyen a construir su contenido en cuanto lo definen o delimitan⁸⁷.

Dejando de lado a esta noción, que no entiendo como límite sino como lo antes llamado delimitación, me concentraré en la distinción entre otras dos categorías de límites: los llamados límites *directos* y, en contraposición, los conocidos como *indirectos* o *inmanentes*. Dentro de estos últimos, asimismo, realizaré una diferenciación poco tratada en doctrina pero que entiendo de relevancia para esta investigación⁸⁸. Se trata de los límites que, siendo inmanentes, son *explícitos* y los que se entienden *implícitos* en el texto constitucional. Los abordaré todos ellos a continuación, en el orden indicado.

1.1.2.1.- Límites directos y límites indirectos o inmanentes, pero explícitos.

Las constituciones prevén límites que podríamos denominar *directos*. Tomando el ejemplo antes abordado del derecho de reunión tal y como aparece reconocido en la CE, el artículo 21.1 CE establece que las reuniones pueden ser limitadas para preservar el orden público, evitando situaciones de peligro para las personas o bienes⁸⁹. En la CU, por su parte, la reunión puede ser limitada para garantizar la salud, la seguridad y el orden públicos (artículo 38). Entiendo como límites directos, entonces, a aquellos que la Constitución prevé explícitamente en forma específica para algunos de los derechos concretos que reconoce.

En contraposición a los anteriores tenemos los llamados límites *indirectos* o *inmanentes*⁹⁰. La terminología de límites inmanentes deriva de la doctrina

⁸⁷ CATOIRA (1998:20). En similar sentido PECES BARBA (1999:589) argumenta que muchas veces se presentan como límites situaciones que no están incluidas en el supuesto de hecho del derecho, lo que sería una delimitación y no un límite.

⁸⁸ Cabe apuntar igualmente que sin perjuicio de algún matiz diferencial la distinción sí es tratada por CATOIRA (1998:20) al referir, dentro de los límites externos, a los expresos y a los implícitos.

⁸⁹ Para PRIETO SANCHÍS (2014:197) este es un caso típico de límite a un derecho, a la vez que de colisión entre la protección al orden público y el principio de libre manifestación ciudadana.

⁹⁰ MEDINA GUERRERO (1996:45) y FERNÁNDEZ SEGADO (1993:238) prefieren la terminología de límites “indirectos” a la de límites “inmanentes”.

alemana⁹¹, habiendo surgido como modo de justificar las restricciones a aquellos derechos no sometidos a reserva de ley para su limitación⁹². Conforme aclara RODRÍGUEZ RUIZ: *“La Ley Fundamental (LF) sólo autoriza al legislador a restringir el ejercicio de algunos de los derechos que reconoce. Lo cual no convierte a los demás en ilimitables, pero sí en una categoría distinta de derechos, en la medida que sus límites son necesariamente distintos de los de los primeros”*⁹³. Dentro de la primera de estas dos categorías se encuentran, por ejemplo, los derechos reconocidos en el artículo 2.2 de la Ley Fundamental de Bonn, sobre el derecho a la vida y la integridad física⁹⁴, en el artículo 8.2 sobre derecho de reunión⁹⁵, o en el artículo 14.1 sobre derecho de propiedad⁹⁶. En relación con ellos, el artículo 19.1 de la Ley Fundamental de Bonn establece: *“Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta debe tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley debe mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente”*.

Por su parte, la segunda categoría de derechos sólo está sujeta a los denominados *límites inmanentes*. Se trata de límites que no están previstos en forma expresa y para cada derecho, sino que más bien derivan del texto constitucional y son, por tanto, aplicables a todos los derechos, en una necesaria confluencia de éstos con los demás derechos y bienes constitucionales. Los

⁹¹ Respecto de la teoría de los límites inmanentes en Alemania véase HÄBERLE (1962:52 y ss.) y BÖCKENFÖRDE (1993:102 y ss.). Sobre este punto en España véase SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (1991:99) y MEDINA GUERRERO (1996:45 y ss.).

⁹² CATOIRA (1998:23) señala que esta teoría surge en Alemania para *“justificar las inevitables limitaciones que se establecen respecto a los derechos constitucionalizados sin reserva específica de limitación que, si bien, se reconocen constitucionalmente como absolutos, en la práctica se manifiestan como categorías jurídicas limitadas”*. No obstante lo anterior, la misma autora (1999: 94, nota el pie 43) cita un caso en el que el Tribunal Constitucional Federal alemán aplicó la teoría de los límites inmanentes aún para derechos sometidos a reserva de ley. Por su parte, GÓMEZ CORONA (2008:226) también alude a que se origina como único modo de justificar la imposición de límites que no se prevén expresamente. Respecto de las características del régimen alemán en este punto y su diferenciación con el español puede verse: CATOIRA (1999:89-94) y RODRÍGUEZ RUIZ (2016:37).

⁹³ RODRÍGUEZ RUIZ (1999-A:234).

⁹⁴ Este artículo establece: *“Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley”*.

⁹⁵ Este artículo prevé: *“Para las reuniones en lugares abiertos, este derecho puede ser restringido por ley o en virtud de una ley”*.

⁹⁶ Este artículo establece: *“La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes”*.

límites inmanentes o indirectos, entonces, proceden de la conjunción del derecho en cuestión con las demás disposiciones constitucionales⁹⁷.

El TCE ha asumido la categoría de límites inmanentes. En las STC 11/1981 (FJ 7), 110/1984, (FJ 5), o 14/2003 (FJ 9), entre otras, este Tribunal ha puntualizado que: *“En otras ocasiones el límite de los derechos deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”*⁹⁸. Para JIMÉNEZ CAMPO se trata de una consecuencia lógica de la aplicación coherente de la totalidad de la Constitución, vertiendo en el legislador la necesidad de acreditar que la medida tomada es *“el medio necesario para asegurar la integridad del interés o del bien, en riesgo por el ejercicio mismo del derecho cuyo objeto así ha de considerarse constitucionalmente delimitado”*⁹⁹.

En este entendido, los derechos fundamentales, como normas de principio, poseen límites derivados de su necesaria aplicación en coherencia con el resto de los derechos y disposiciones constitucionales¹⁰⁰. Así entonces, y volviendo una vez más al ejemplo del derecho de reunión, su límite indirecto se hallaría en su confluencia con otros derechos constitucionalmente reconocidos, como la libertad religiosa o de culto¹⁰¹, o bien con otros bienes que se entiendan constitucionalmente protegidos. En doctrina española, y en este punto, se cita al

⁹⁷ RODRÍGUEZ RUIZ (1999-A:234) aclara que la teoría de límites inmanentes implica una interpretación sistémica, pues la inmanencia de los límites no se relaciona *“con el carácter natural de los derechos fundamentales, el cual permitiría que estos derechos, pero sólo ellos, se limitasen recíprocamente, sino en su reconocimiento junto con otros intereses en un texto constitucional”*. En igual sentido: BARRERO ORTEGA (2006:220).

⁹⁸ En similar consideración se había pronunciado el Tribunal Constitucional Federal alemán según la cita realizada por MEDINA GUERRERO (1996:49) de la Sentencia *BVerfGE28,243,261*: *“Sólo los derechos fundamentales de terceros que entre en colisión y otros valores jurídicos de rango constitucional, en consideración al a unidad de la Constitución y al orden general de valores por ella protegido, son susceptibles de limitar también, en determinadas relaciones, los derechos fundamentales reconocidos como ilimitables”*.

⁹⁹ JIMÉNEZ CAMPO (1993:485).

¹⁰⁰ Para MAIHOFER (1968:84) los límites inmanentes derivan de la confluencia con los demás derechos, con el orden constitucional y con la ley moral. Para otros autores, como MATIA PORTILLA (1997:245) no es necesario que la Constitución prevea como límites al orden público, pues siempre es un límite a los derechos.

¹⁰¹ Para BERNAL PULIDO (2007-A:660) se trata de *“restricciones directamente constitucionales a los derechos fundamentales”*. El caso de confluencia entre libertad religiosa y derecho de reunión fue abordado en STC 195/2003 y será tratado en la Sección 3.2.3.3.

artículo 10.1 CE¹⁰² como disposición general habilitadora para limitar cada derecho, en función de los derechos de los demás¹⁰³. En Uruguay, el artículo 10 de la CU¹⁰⁴ podría similarmente ser citado para dar igual justificación. El fundamento igualmente y a mi juicio deviene del entendimiento de los derechos como principios, según lo antes abordado (*supra* 1.1). Por tanto, que los derechos puedan limitarse recíprocamente no presenta mayores dudas. Tampoco que los derechos se limiten en función de otros principios que se encuentran explícitos en la Constitución¹⁰⁵. Se hace necesario, con todo, añadir otra distinción, pues dentro de los límites inmanentes entiendo inevitable diferenciar entre aquellos que son *explícitos* y los que se entienden *implícitos* al texto constitucional.

1.1.2.2.- ¿Límites inmanentes “implícitos”?

Tal como fue observado, los límites inmanentes surgen en forma explícita cuando la Constitución protege, por igual, a otros derechos o principios. Es el ejemplo antes apuntado de la confluencia del derecho de reunión con la libertad religiosa. Pero también se hace alusión a que existen límites inmanentes que no están previstos en forma explícita, sino implícita. Es a estos a los que refiero con la terminología de límites inmanentes *implícitos*.

Tomaré el siguiente ejemplo sobre el derecho de reunión en la CU para explicar los tres límites que he diferenciado. El artículo 38 CU¹⁰⁶ prevé que el derecho de reunión está sujeto a límites impuestos por ley y que persigan razones de salud, seguridad u orden públicos. Las razones de “salud, seguridad

¹⁰² Este artículo establece: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Será especialmente estudiado en la Sección 3.2.1 del Capítulo III.

¹⁰³ CATOIRA (1998:20) y (1999:164); RODRÍGUEZ RUIZ (2016:34).

¹⁰⁴ Este artículo establece: “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Será especialmente estudiado en la Sección 3.3.2 del Capítulo III.

¹⁰⁵ En el Capítulo IV desarrollaré lo que se entiende, en Uruguay, como el “bloque” de derechos, constitucional con fundamento en el artículo 72 CU. Cabe puntualizar en este aspecto que, a los únicos efectos de la clasificación realizada, estos derechos se entienden como límites indirectos explícitos.

¹⁰⁶ Este artículo establece: “Queda garantido el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no podrá ser desconocido por ninguna autoridad de la República sino en virtud de una ley, y solamente en cuanto se oponga a la salud, la seguridad y el orden públicos”. Será especialmente abordado en la Sección 3.3.2.2 del Capítulo III.

y orden públicos” son límites directos, según lo antes analizado, pues derivan directamente del texto y son aplicables a ese derecho en concreto. Pero el derecho de reunión está también sujeto a límites inmanentes o indirectos, dada su confluencia con otras disposiciones constitucionales. Así, por ejemplo, en un caso concreto podría ocurrir que se limitara el ejercicio del derecho de reunión para salvaguardar la vida o el derecho al trabajo de las personas. Se trata de límites indirectos explícitos, pues surgen en forma explícita de la Constitución, al estar expresamente reconocidos en el texto (el artículo 7 CU salvaguarda los otros derechos mencionados).

Ahora bien, la SCJ entendió que, además del orden público -límite directo-, y de los derechos de los demás -límite indirecto explícito-, el derecho de reunión estaba limitado por otros bienes constitucionales, como las buenas costumbres y la moral, bienes que no son objeto de reconocimiento explícito en la CU, al menos en relación con dicho derecho (SCJ 73/1996 y 342/1996). Las buenas costumbres y la moral no son pues bienes que, sea directa o indirectamente, vengan explícitamente a limitar el derecho de reunión. Nos encontramos más bien ante una categoría de límites indirectos que se entienden *implícitos*.

También en España se han incorporado límites implícitos cuya fundamentación derivaría del texto constitucional, o bien del Derecho Internacional que se integra en derecho interno por vía del artículo 10.2 CE (STC 62/1982, STC 154/2007, FJ 13). Este último punto será especialmente abordado en la Sección 1.3 de este Capítulo y en el Capítulo III, y allí profundizaré sobre otros ejemplos aplicables a este supuesto. A modo de adelanto, no obstante, MEDINA GUERRERO señala que la moralidad y el orden público han sido empleados como límites implícitos, esto es, para justificar limitaciones a derechos que no aparecen contempladas expresamente en la regulación constitucional¹⁰⁷. También la buena fe se ha entendido como límite implícito a los derechos. A este respecto sostuvo DE OTTO que: *“Junto a los límites constitucionales expresos y en el mismo plano que ellos viene a situarse un nuevo límite, la buena fe en el ejercicio de los derechos, exigencia general del tráfico jurídico que a todas luces carece por completo de reconocimiento o protección constitucional”*¹⁰⁸.

¹⁰⁷ MEDINA GUERRERO (1996:87-88).

¹⁰⁸ DE OTTO (1988:113).

Hasta aquí abordé, entonces, los distintos límites, según cada una de las categorías halladas: límites directos e indirectos o inmanentes y, en estos últimos, explícitos e implícitos. Pero también hay autores que vinculan la teoría de los límites inmanentes con la delimitación del derecho¹⁰⁹. La similitud entre estas dos teorías se podría encontrar en cuanto los límites inmanentes circunscriben un derecho concreto en el conjunto de los demás derechos y bienes constitucionales, y esta operación podría parecer igual a una delimitación. Para JIMÉNEZ CAMPO *“no se trata (...) de que los demás bienes constitucionalmente protegidos sean «fundamento» para la limitación legislativa de los derechos. Se trata, más sencilla y estrictamente, de que aquellos «bienes» son, en sí, límites frente al despliegue de los derechos en el sentido de que a éstos no podrá reconocérseles un ámbito de ejercicio tal que lleve a la abolición práctica de los demás intereses y bienes objeto de protección constitucional”*¹¹⁰. Para este autor se trata de *“articular expresamente, en la unidad de sus disposiciones, una delimitación normativa de los derechos que está latente en todo el entramado constitucional”*¹¹¹. En este entendido, y sin perjuicio de la postura de DE OTTO antes comentada (*supra* 1.1), podríamos vincular también esta relación con lo expuesto en Alemania por HÄBERLE para quien, el contenido del derecho se configura al analizar los distintos derechos entre sí, y con otros principios constitucionales, mediante la técnica de la ponderación a la que se hará referencia más adelante¹¹².

Sin embargo, en lo postulado por MEDINA GUERRERO hay una particularidad que me parece destacable a los efectos de diferenciar estas dos teorías. Para este autor, la identificación entre los límites inmanentes y la delimitación es únicamente aparente y ficticia. Explicita MEDINA GUERRERO, a mi juicio con acierto, que la técnica de la ponderación presupone una esfera

¹⁰⁹ El punto es señalado por MEDINA GUERRERO (1998:46) al preguntarse si los límites inmanentes podrían ser categorizados dentro de los límites internos.

¹¹⁰ JIMÉNEZ CAMPO (1993:485).

¹¹¹ JIMÉNEZ CAMPO (1993:485). El autor aclara también luego (1999:40) que los casos que abordo como límites indirectos implícitos serían, a su juicio, una “delimitación indirecta” que *“supone el resultado necesario de la inserción del derecho en el sistema que es la Constitución, si bien la misma norma constitucional, en ocasiones, se ha cuidado de hacer explícita esa delimitación del derecho (art. 20.4, en su referencia al honor, a la intimidad y a la propia imagen), delimitación que, en todos los demás casos, entraña el reconocimiento de lo que a menudo se denominan -con terminología, sin embargo, vacilante- «límites intrínsecos» o «inmanentes» del derecho”*.

¹¹² HÄBERLE (1962:33, 40, 52 y 67-68). A esta doctrina también refiere CATOIRA (1999:137).

de protección prima facie dada, por lo que lo que realiza el otro derecho o el bien contrapuesto es limitar ese contenido. *“No hay tal integración entre los límites inmanentes en el contenido del derecho, sino que aquéllos conservan su condición de límite”*¹¹³.

Considero, en base a lo anterior, que la delimitación y los límites inmanentes o indirectos son nociones distintas. La primera es una operación positiva de definición y determinación del contenido y de la cobertura del derecho. La segunda, en cambio, es una operación negativa, de reducción -limitación- de dicho ámbito de aplicación. De cualquier modo, y sea entendido como un límite o como parte de la delimitación, lo verdaderamente trascendente es que en base a la teoría de los límites indirectos o inmanentes se podría fundamentar la facultad del legislador de restringir derechos, no solo cuando así se encuentra expresamente previsto, de acuerdo al fin establecido en cada disposición (límite directo), y ya no solo tampoco cuando el límite derive del propio texto constitucional (límite indirecto explícito), sino también cuando su previsión pueda considerarse constitucionalmente implícita, en la medida en que tiene por objeto salvaguardar otro bien o valor que se entienda constitucional aunque no aparezca recogido en la Constitución (límite indirecto implícito)¹¹⁴.

Las teorías de la delimitación y de los límites indirectos implícitos a los derechos antes analizadas proponen, entonces, la existencia de reducciones correspondientes con su propia definición, de un lado, o bien de límites, de otro, pero no ya dados por el propio texto constitucional en forma expresa, sino derivados del contexto y de la necesidad de salvaguardar otros bienes que se entienden constitucionalmente implícitos; otros bienes que, como algunos autores especifican, son cambiantes y varían de acuerdo con cada sociedad y en función del momento¹¹⁵.

Lo anterior suscita ya una doble interrogante. Por una parte, cabe preguntarse si corresponde admitir la teoría de los límites indirectos implícitos en los ordenamientos jurídicos de España y Uruguay; esto es, si las Constituciones

¹¹³ MEDINA GUERRERO (1996:53).

¹¹⁴ CASAL (2002:116) expresa a este respecto que: *“El Tribunal Constitucional Federal alemán ha admitido que estos derechos pueden ser limitados cuando sea necesario para la protección de derechos fundamentales de terceros o de otros bienes jurídicos de rango constitucional que entren en colisión, correspondiendo al legislador la precisión o concreción de estos límites”*.

¹¹⁵ BARAK (2012:260).

permiten limitar los derechos fundamentales, no ya en aras de la protección del interés general, el orden público, la salud o la moralidad, según esté permitido en cada disposición normativa, sino en tutela de éstos y otros bienes que, según el momento, se entienden como constitucionalmente relevantes y, como tales, implícitos en la Constitución. Me pregunto, concretamente, si es aconsejable aceptar que existan los límites antes abordados como límites indirectos *implícitos*. En mi opinión la respuesta es negativa. Pero igualmente, y a modo de crítica adicional, o bien dejando de lado mi posición y tomando la postura de quienes responderían en forma afirmativa, sería preciso ahondar en cómo se determinan estos “otros bienes”, así como quién y cuándo los delimita, si es que esto es posible. Tal como seguirá siendo desarrollado a lo largo de este Capítulo, entiendo que nos encontramos ante una pieza clave en la teoría de los límites a los derechos fundamentales, que pareciera pasarse por alto en los principales principios y herramientas propuestas para resolver cuestiones relacionadas con su aplicación.

1.1.3- LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS Y LOS “LÍMITES DE LOS LÍMITES”. APROXIMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA DEL TCE DE ESPAÑA Y DE LA SCJ DE URUGUAY

La cuestión de los límites de los derechos plantea, de la mano, la de los límites de esos límites (*Schranken-Schranken*, en terminología alemana¹¹⁶). Asomarnos a los criterios para determinar la constitucionalidad de los primeros nos obliga a asomarnos a los segundos. Realizaré en este apartado una presentación de las nociones necesarias para entender a estos “límites de los límites” (1.1.3.1), para luego adentrarme en cuáles son los criterios en esta materia empleados por la jurisprudencia del TCE en España y de la SCJ en Uruguay (1.1.3.2).

¹¹⁶ Conforme narra BERNAL PULIDO (2007:524) la noción de “límite de los límites” se empleó en la conferencia de K.A. Betterman llevada a cabo en la sociedad jurídica de Berlín, en el año 1964.

1.1.3.1.- Nociones preliminares: razonabilidad, proporcionalidad, ponderación y contenido esencial

De acuerdo a la teoría que se viene exponiendo, la propia condición de los derechos como principios conduce a situaciones de colisión con otros derechos o bienes constitucionales en el momento de su aplicación¹¹⁷. En ello, y como la Constitución no determina cuál de los derechos o bienes debe aplicarse en cada caso concreto, es necesario invocar una fundamentación que permita determinarlo¹¹⁸. En la medida en que nos hallamos ante principios, las operaciones lógicas o la subsunción son insuficientes¹¹⁹, siendo preciso recurrir a otras herramientas. Preliminarmente y antes de ahondar en la aplicación de éstas por la jurisprudencia contemporánea, es necesario definir, al menos sintéticamente, el contenido de los términos a los que haré mención en estos apartados: razonabilidad, proporcionalidad y ponderación. A ellas se le adiciona la cláusula del contenido esencial¹²⁰, así como el principio de legalidad o reserva de ley, principio este último que no me detendré en analizar, pero que es necesario tomar en consideración como primera constatación en la comprobación de la constitucionalidad de la limitación a un derecho por la autoridad estatal¹²¹.

¹¹⁷ Cabe apuntar que algunos autores no admiten la existencia de conflictos constitucionales; es la posición ya desarrollada de DE OTTO. No me detendré en su particular análisis puesto que escapa al objeto de este Capítulo. MARTÍNEZ ZORRILLA (2007:63 y ss.) realiza una síntesis de estas posiciones, presente también en la postura de HABERMAS (1992:289 y 332-333). Por su parte, FERRAJOLI (2011:72 y 2014:119) entiende que, en la concepción que vengo desarrollando, con frecuencia se entienden como conflictos supuestos que no lo son, por lo que se afecta la fuerza normativa de los derechos. Respecto de esta posición puede también consultarse el análisis que hace PRIETO SANCHÍS (2013:87-102). Asimismo, en esta misma postura se afilia DE BARTOLOMÉ (2002:24). En similar sentido, BARAK (2012:86-87) prevé que hay algunos conflictos que no son genuinos, sino aparentes (*imagined conflicts*). Se trata de casos a los que el proceso interpretativo podría dar solución, bien porque el derecho en juego, o uno de ellos, no lo protege, o bien por ser una excepción contemplada en su definición. El autor propone, a mi juicio con acierto, que el conflicto se suscita únicamente en caso de que luego del proceso interpretativo no podamos resolver el caso en cuestión.

¹¹⁸ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (1991:97) parte de que no es posible la prevalencia incondicionada o absoluta de un bien sobre otro, sino que afirma la “vigencia debilitada de todos”.

¹¹⁹ FERRERES COMELLA (1997:28); RISSO FERRAND (2008:32) y (2014:259); PRIETO SANCHÍS (2013:86); (2014:176); GARAT (2016:30).

¹²⁰ No me detendré sobre otras teorías que se han pronunciado para resolver los conflictos, como las morales. A este respecto: BERNAL PULIDO (2007-A:257 y ss.); y BEADE (2017:210-211).

¹²¹ Al respecto se puede consultar CASAL (2002:118 y ss.). Respecto del régimen español cabe realizar la apreciación ya expuesta en el apartado anterior (*supra* 1.1.2) y retirada *infra* nota al pie 141, y cabe también remitirse a la nota al pie 84. En Uruguay: CASSINELLI MUÑOZ (1988:197) y RISSO FERRAND (2008:61 y ss.).

La *razonabilidad* tiene origen en la jurisprudencia anglosajona. Hace referencia a un examen empleado desde las cortes de Estados Unidos y que describe el análisis del objeto y motivos por los que la autoridad toma una medida que implica la limitación de cierto derecho. En sus comienzos, tal relatan MARTÍNEZ y ZÚÑIGA URBINA, aparece vinculada al debido proceso y al principio de igualdad, siendo que surge como freno a la actividad regulatoria estatal, exigiendo el respeto a los derechos. Con mayor o menor nivel de exigencia, en función del derecho de que se trate, la jurisprudencia reconoce que el Estado debe demostrar los motivos, objetivos y fines de su accionar, justificarlos, en suma, no pudiendo realizar una limitación arbitraria a los derechos fundamentales¹²².

Con similar objeto, aunque con un mayor detalle en el contenido, en Alemania se hacía paralelamente mención al principio de *proporcionalidad*. Tal sostiene BARNÉS: “*el principio de proporcionalidad está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio*”¹²³. Si bien tuvo origen en el derecho de policía o derecho administrativo, fue desarrollado luego por el Tribunal Constitucional Federal alemán, y aplicado en los casos en los que la autoridad estatal, con su accionar, limita un derecho fundamental. En este marco, y cuando el límite deriva de una disposición legislativa, el principio de proporcionalidad se utiliza para analizar la regularidad constitucional de dicha ley. Dedicaré la sección siguiente (*Sección 1.2.1*) a ahondar en ello.

Las nociones de razonabilidad y de proporcionalidad son pues distintas entre sí, como lo es lo que se conoce como *ponderación*¹²⁴ o, en doctrina

¹²² MARTÍNEZ y ZÚÑIGA URBINA (2011:206-208) y RISSO FERRAND (2016-B:147). El autor también contrasta la imprecisión en el contenido respecto del detallismo que, por el contrario, presenta el principio de proporcionalidad. En aplicación del criterio de la razonabilidad al Derecho Administrativo, expone SÁNCHEZ MORÓN (1994:69-70) que: “*El concepto de irrazonabilidad (unreasonableness) de la decisión comprende una pluralidad de supuestos que en el derecho continental se concretan en figuras específicas, pero que no siempre la doctrina británica sustantiviza: wrong motive (motivos erróneos), improper purposes (equivalente a nuestra desviación de poder), mala fe o intención dolosa (muy raramente admitida), abuso y exceso de poder; incluso el principio de proporcionalidad puede entenderse comprendido en aquel otro concepto*”.

¹²³ BARNÉS (1998:16).

¹²⁴ La ponderación es un criterio desarrollado principalmente en doctrina y jurisprudencia alemana. Al decir de HÄBERLE (1962:33, 40, 52 y 67-68) es un principio inmanente a la Ley Fundamental de Bonn, y es el

anglosajona, *balancing*. Con estos últimos términos se alude, tal explicita PORAT, a un proceso de toma de decisiones, en el que se pesan y miden determinados argumentos de uno y otro lado. En lo que atañe a las limitaciones de derechos por la autoridad, el balancing se emplea para sopesar los objetivos gubernamentales, por una parte, y los derechos afectados, por la otra¹²⁵. COHEN-ELIYA y PORAT señalan a este respecto que se trata de una comparación entre el derecho y la importancia del interés gubernamental¹²⁶. Se trata de cuestionar y comparar la finalidad perseguida con la limitación y su importancia, con la afectación al derecho fundamental y su implicancia, *“ponderando, pues, su importancia relativa en el contexto del caso concreto”*¹²⁷. En la doctrina española sostiene PÉREZ LUÑO: *“La ponderación de bienes tiende a sopesar o mediar el respectivo peso o relevancia de cada uno de los derechos en conflicto, la doctrina y jurisprudencia anglosajona, alude para ello al balancing test, ya que evoca la imagen de una balanza con la que se comprueba el peso de cada derecho”*¹²⁸. También ATIENZA define a la ponderación en este sentido como *“la operación consistente en «balancear» las diversas razones concurrentes en un caso para determinar cuál(es) es(son) la(s) que deben(n) prevalecer”*¹²⁹.

La garantía del *contenido esencial*, por último, criterio que también se utiliza en materia de límites a los derechos, posee definiciones divergentes. Para

que permite determinar el contenido y los límites a los derechos fundamentales. Luego, la proporcionalidad posibilitaría definir el modo y la medida de los límites admisibles a dichos derechos. Cabe destacar que la ponderación no es igual a la proporcionalidad. El autor entiende ponderación como equilibrio y ordenación conjunta y es un paso primero y previo a la proporcionalidad.

¹²⁵ PORAT (2014:397).

¹²⁶ COHEN-ELIYA y PORAT (2010:267). El texto original en inglés es el siguiente: *“the comparison between the burden on the right and the importance of the governmental interest”*.

¹²⁷ RODRÍGUEZ RUIZ (1999-A:239). Esta definición de ponderación es dada en doctrina uruguaya por GAMARRA ANTES (2018:228). Para BOROWSKI (2000:43), citando doctrina alemana, la ponderación es entre el fin de la intervención y la “drasticidad de la restricción”, lo que lo vincula con el tercer subprincipio de la proporcionalidad. En esta última posición se manifiesta GONZÁLEZ BEILFUSS (2015:84) y a ésta también refiere LEÓN BASTOS (2010:53).

Para los casos de conflictos entre derechos, en Uruguay, RISSO FERRAND (2008:35-36) y (2011:47) propone realizar una armonización como paso previo a la ponderación, y así resolver la mayoría de los conflictos. Propone respetar el contenido esencial de éstos, agotar toda posibilidad de análisis del caso concreto, evitar la visión parcial del problema, actuar en defensa del sistema de derechos humanos, y buscar, con ello, un punto de equilibrio entre los derechos.

Aunque con divergencia en el contenido, RODRÍGUEZ RUIZ (2016:34) también refiere a una *“armonización de todos los derechos y principios constitucionales que están en juego en dicho supuesto”*, aplicando la teoría del juicio de adecuación de GÜNTHER, ya abordada.

¹²⁸ PÉREZ LUÑO (2017:670).

¹²⁹ ATIENZA (1995:23).

algunos se trata de un contenido mínimo y absoluto del derecho, el cual no podría ser limitado; para otros su contenido es relativo. También dedicaré un apartado especial a su análisis y al desarrollo de estas teorías (*Sección 1.2.2*). No obstante, es igualmente necesario presentarlo en esta descripción preliminar, dado que, según se analizará a continuación, tanto la jurisprudencia de España y de Uruguay lo toman en consideración, sea en forma independiente o generalmente como añadido a otro criterio de los nombrados.

1.1.3.2.- Criterios empleados por la jurisprudencia de España y de Uruguay

En esta materia, la jurisprudencia constitucional de España y la de Uruguay presentan algunos aspectos coincidentes. Ambas parten de una mención al criterio de la “razonabilidad”, de orígenes anglosajones. Luego, y además de la cláusula del contenido esencial, fueron acogiendo al principio de proporcionalidad en forma paulatina, hasta aplicarlo definitivamente como único o como uno de los límites a los límites.

En Uruguay, la SCJ es quien posee asignada la competencia del control de la regularidad constitucional de los actos legislativos (artículos 256 y siguientes de la Constitución). Generalmente esta Corte es reticente a declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, presentando una serie de premisas o puntos de partida que restringen su actividad¹³⁰. Entre ellas se aplica una presunción de constitucionalidad de las leyes, según la cual:

- (i) las leyes se consideran en principio arregladas al mandato constitucional (SCJ 10/1989, 152/1991, 525/2000, 205/2002, 61/2005, 95/2008, 588/2012, 104/2015, 79/2016, 102/2016, 526/2016, 443/2017);
- (ii) la constitucionalidad de la ley es el principio y la ilegitimidad la excepción, por tanto, sujeta a una estricta y limitada interpretación (SCJ 234/1995, 95/2008, 79/2016, 180/2016, 525/2016, 528/2016, 443/2017);

¹³⁰ No abordaré todos los puntos de partida, sino únicamente el referido a la presunción de constitucionalidad, procurando con éste mostrar la posición autorre restrictiva de la Corte. Asimismo, en la Sección 3.3.3.2 serán abordados también otros. A este se le agregan otros como criterios de prudencia, no ingreso a determinados ámbitos de control, entre otros. En doctrina puede consultarse: RISSO FERRAND (2016-B:163-181).

- (iii) se debe demostrar de forma acabada y clara que existe una real e inequívoca inconciliabilidad entre el texto legal y la Constitución (SCJ 61/2005 y 588/2012)¹³¹;
- (iv) solo procede la inconstitucionalidad cuando *“la ley impugnada admite una sola, única, clara interpretación, y esta por lo privativa, viola norma de la Carta (SCJ 137/2004); en suma, la incompatibilidad entre la Constitución y la ley debe ser manifiesta”* (SCJ 79/2016, 180/2016, 528/2016, 443/2017)¹³².

Por lo tanto, y como primer aspecto, se debieran sortear estas posiciones y premisas para arribar a un control de constitucionalidad. Sin perjuicio de ello, y más allá también del cumplimiento con la reserva legal u otras cuestiones formales, la SCJ fue empleando un criterio de “razonabilidad” para analizar las medidas legislativas tomadas y que restringen un derecho fundamental (SCJ 234/1995, 564/2012, 696/2014)¹³³.

En Uruguay el principio de proporcionalidad fue primeramente mencionado en forma reciente (SCJ 104/2015)¹³⁴. Luego, se desarrolló finalmente en el fallo SCJ 79/2016 que, a mi juicio, marca un hito en la jurisprudencia de los límites a los derechos fundamentales, al emplear una serie de teorías que, hasta el momento, parecían ser desconocidas por la Corte. En esta última sentencia, la Corte expuso una completa doctrina de los límites a los derechos fundamentales, aunque no sin algunas apreciaciones a realizar. Con fundamento en los artículos 7 y 72 de la Constitución¹³⁵, se señalan requisitos formales y materiales para poder limitar un derecho fundamental, citándose a

¹³¹ A este respecto en la Sentencia SCJ 102/2016 la Corte refiere a que se debe acreditar en forma “contundente”.

¹³² Sin perjuicio de ello, algunos magistrados como Ricardo Pérez Manrique se habían manifestado discordantes con esta posición. Al respecto véase discordia de Pérez Manrique en Sentencia SCJ 528/2016 reiterada en Sentencia SCJ 443/2017. Más recientemente, la actual ministra Bernadette Minvielle también se manifiesta en contra, por ejemplo, en Sentencia 271/2018.

¹³³ La aplicación del criterio de razonabilidad es citada por PÉREZ MANRIQUE (2000:68) en otros casos, como la Sentencia SCJ 418/1998 que entendió injustificada la negativa de realizar un examen para determinar la identidad de un hijo menor. Respecto de la definición de la “razonabilidad” y su aplicación por la jurisprudencia véase: RISSO FERRAND (2008:122). Asimismo, en España puede verse su invocación en las Actas del Congreso del 19 mayo 1978: Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:2255).

¹³⁴ GARAT (2016:45, nota al pie 113). El caso será especialmente abordado en el Capítulo III.

¹³⁵ Estos artículos establecen: “Artículo 7º.- Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general”.

“Artículo 72.- La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

este respecto a CASAL¹³⁶. Los requisitos formales son: la reserva legal, la determinación o precisión de la regulación y el carácter orgánico de la ley, esto es, que esté establecido en una ley en sentido orgánico-formal (principio de legalidad). Como requerimientos materiales se incluyen: la legitimidad del fin perseguido, el principio de proporcionalidad, la intangibilidad del contenido esencial del derecho y la compatibilidad con el sistema democrático.

Cabe advertir, igualmente, que el empleo de estos parámetros es aún incipiente y muchas veces dudoso. Por ejemplo, en la Sentencia SCJ 576/2017 se los entiende a todos como integrantes del “test de proporcionalidad”¹³⁷. Por su parte, aún se desconoce con exactitud a qué se refiere la SCJ con el requisito de la compatibilidad con el sistema democrático¹³⁸. En el fallo SCJ 576/2017 se encuentra a *“la democracia como parámetro para medir la licitud de las limitaciones o restricciones de los derechos humanos”*. La exigencia es extraída de CASAL para quien las limitaciones a los derechos deberán cumplir, además del contenido esencial y además de la proporcionalidad, con un “test democrático”¹³⁹.

En España, por su parte, la jurisprudencia utilizó originariamente el criterio de la “razonabilidad”, que fue paulatinamente dejándose de lado y viéndose sustituido por el principio de proporcionalidad. Actualmente, la razonabilidad se mantiene solo en algunos casos, fundamentalmente en el marco del examen de los derechos a la igualdad y no discriminación, en relación con los cuales se indica que *“sólo se considera inconstitucional una desigualdad no razonable o de carácter discriminatorio”*¹⁴⁰.

¹³⁶ CASAL (2002:117-136).

¹³⁷ Tampoco resulta claro si estos parámetros se emplean como integrantes del requerimiento de las “razones de interés general” o son independientes a dicho elemento. A ello me referiré especialmente en el Capítulo III, Sección 3.3.

¹³⁸ En similar punto había explicitado en doctrina RISSO FERRAND (2002:93) que cuando se invocare el “orden público” o el “bien común” para limitar un derecho, se debiera interpretar en forma estricta y ceñida a las *“justas exigencias de una `sociedad democrática` que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Constitución”*.

¹³⁹ CASAL (2002:135). Se trata de analizar la finalidad de la ley, la que debe acompañarse con los principios democráticos, y la ponderación, esta última que corresponde fuera realizada *“a la luz del orden de valores propios de una democracia”*. El autor también relaciona lo anterior con la exigencia de que la limitación sea concordante con el “orden público democrático”. Me detendré sobre este último punto en los Capítulos IV y V, pues la noción se construye a través del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, más particularmente, por la jurisprudencia de la Corte IDH.

¹⁴⁰ CARRASCO PERERA (1984:46). En igual sentido: MEDINA GUERRERO (1996:124-125); BERNAL PULIDO (2007-A:691); RODRÍGUEZ RUIZ (2016:34).

Analizando la jurisprudencia actual del TCE, RODRÍGUEZ RUIZ diferencia según la limitación del derecho provenga del poder público, del poder empresarial o de conflictos entre derechos. En el primer ámbito, y además de analizarse el principio de legalidad¹⁴¹, es en el que se desarrolló el juicio de proporcionalidad. En el supuesto del poder empresarial, del criterio de razonabilidad basado en la buena fe se pasó a un análisis de necesidad, que posee dos requisitos alternativos: la limitación debe estar implícita en la naturaleza de las tareas contratadas¹⁴² o, alternativamente, debe ser necesaria para satisfacer algún interés organizativo o empresarial legítimo (STC 99/1994, FJ 7). En este último punto el análisis se vincula con el segundo subprincipio de la proporcionalidad, dado que se requiere *acreditar “que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra”* (STC 99/1994, FJ 7). En los conflictos entre derechos en su ejercicio por particulares, la recurrencia es hacia la ponderación (STC 171/1990)¹⁴³.

Debe señalarse que el TCE no siempre es todo lo estricto que debiera al recurrir a uno u otro criterio, al menos en su nomenclatura, hallándose fallos en los que la “proporcionalidad” se utiliza como sinónimo de la “razonabilidad” o aún de la “ponderación” antes aludida (STC 62/1982, FJ 5; 3/1983, FJ 4)¹⁴⁴. Pese a ello, puede afirmarse que, en general, esta clasificación de criterios es la que rige su jurisprudencia, por lo que ante los casos en los que es la autoridad pública la que limita un derecho fundamental, el TCE realizará una aplicación del principio de proporcionalidad. Este principio, y sin perjuicio de haberse invocado con anterioridad (STC 62/1982, FJ 5; 3/1983, FJ 4 y 196/1987, FJ 5), se asienta

¹⁴¹ Tal como fue comentado en el apartado anterior, la CE no prevé, como la de Uruguay, una reserva legal para la limitación, sino para la regulación. No obstante, como también entonces se comentó, la Administración igualmente está sujeta al principio de legalidad (artículos 9.3 y 103.1 CE) y el requerimiento de la previsión legal para las limitaciones fue incorporado por el TCE. Sobre el punto, véase *supra* 1.1.2.

¹⁴² El TCE analiza a este respecto “*si, por la naturaleza del trabajo contratado en este caso, podemos considerar que las tareas encomendadas al trabajador implicaban la necesaria restricción de su derecho de tal suerte que pudiera entenderse que era la propia voluntad del trabajador -expresada al celebrar el contrato- la que legitimaba las que pudieran exigírsele en el futuro, dentro de los márgenes que se acaban de exponer*” (STC 99/1994, FJ 7).

¹⁴³ RODRÍGUEZ RUIZ (2016: 36-38).

¹⁴⁴ Tal sostiene PRIETO SANCHÍS (2014:189) a veces se habla de “*razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad*”.

en el TCE con las STC 66/1995 (FJ 2 y 3) y STC 55/1996 (FJ 6). A partir de allí se desarrolla, siendo utilizado asiduamente en la actualidad (STC 207/1996, FJ 4, 37/1998, FJ 8; STC 49/1999, FJ 7; 136/1999, FJ 22 50/2015, FJ 5; 45/2018, FJ 4). Su fundamento parte de la concepción del Estado de Derecho y del valor de la justicia (STC 85/1992, FJ 4, 50/1995, FJ 7, 55/1996, FJ 3, 49/1999, FJ 7)¹⁴⁵. Sin embargo, y a pesar de haber incorporado el test de proporcionalidad, la jurisprudencia del TCE no deja de lado a la razonabilidad, integrándola en algunas de las sentencias con el examen de proporcionalidad (STC 3/1983, FJ 4; 196/1987, FJ 5; 207/1996, FJ 4; 14/2003, FJ 9). Sostiene la doctrina que: *“Probablemente, ello se deba a que la razonabilidad cuestiona los fines perseguidos, por lo que la conjunción razonabilidad/proporcionalidad analiza también la relevancia de los mismos, poniéndolos en relación con la medida limitadora”*¹⁴⁶.

En líneas generales, al analizar la posible violación de un derecho fundamental por el poder público el TCE distingue un triple examen: la legitimidad en el fin, el test de proporcionalidad y el respeto del contenido esencial¹⁴⁷. La medida debiera superar los tres aspectos para resultar legítima (STC 98/2000, FJ 5; 14/2003, FJ 9). Las particularidades del análisis de proporcionalidad que presenta el TCE serán abordadas en la sección siguiente.

De lo anterior, por lo tanto, podemos extraer algunas coincidencias en lo que respecta a la resolución de conflictos o límites a los derechos fundamentales en España y en Uruguay. Concentrándonos en las hipótesis de límites a los derechos por la autoridad pública, y dejando de lado otras situaciones de conflicto, se observa que el principio de proporcionalidad es indiscutiblemente

¹⁴⁵ MEDINA GUERRERO (1996:118) y (2008:1169). RUBIO LLORENTE (1998:1342) también lo vincula con el mandato de optimización y con la idea de justicia, esto último que surge de la STS 111/93, FJ 9, citada por GÓMEZ CORONA (2008:249). Por su parte, para BARNÉS (1998:19) también se relaciona con la naturaleza de los derechos fundamentales, tal como vengo abordando. Para ALEXY (2007:95) y si bien el principio de proporcionalidad deriva de la propia noción de principios, ello no excluye otros fundamentos como el Estado de Derecho o el concepto de justicia. A todos ellos refiere BERNAL PULIDO (2007-A:599 y ss.). Por su parte, PRIETO SANCHÍS (2014:189) agrega que la ponderación podría fundarse en el artículo 9.3 CE (interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos). Para GONZÁLEZ BEILFUSS (2015:25) lo anterior es descartado, no obstante, por el TCE (STC 66/1985). A los efectos de ahondar, en general, sobre los fundamentos del principio de proporcionalidad véase: GARAT (2016:43-47).

¹⁴⁶ GÓMEZ CORONA (2008:261). La autora cita como ejemplo de lo anterior la STC 76/1996. En igual sentido se había pronunciado RODRÍGUEZ RUIZ (1999-A:239).

¹⁴⁷ El contenido esencial será objeto de precisión en el apartado siguiente. Para RODRÍGUEZ RUIZ (1999-A:236) y GÓMEZ CORONA (2008:248) la relevancia práctica de este requisito es escasa.

empleado en uno y otro ordenamiento. A éste precede, en algunos fallos y en ambos países, una invocación del fin legítimo, como requisito que debe ser satisfecho. Este estudio del fin se vincula en algunas oportunidades con el requisito de la razonabilidad, en otras es meramente un primer paso previo al verdaderamente definidor: el principio de proporcionalidad. También se observa una recurrencia al requisito del respeto del contenido esencial. Corresponde por ello profundizar ahora en si el contenido esencial posee un papel tan relevante como el principio de proporcionalidad o, por el contrario, es un parámetro que acompaña con un rol cuasi secundario el análisis de los límites. En estas cuestiones se profundizará en el apartado siguiente.

1.2.- LOS “LÍMITES DE LOS LÍMITES” AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FRENTE AL PODER PÚBLICO: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA DOCTRINA DEL CONTENIDO ESENCIAL

Habiendo realizado un análisis general de los derechos y sus límites, me concentraré a partir de aquí en los casos en los que es la autoridad pública quien limita un derecho. En el apartado anterior fue observado que la jurisprudencia constitucional en España y en Uruguay recurre al principio de proporcionalidad y, luego, a la garantía del contenido esencial, como herramientas para analizar la constitucionalidad de estos límites que la autoridad estatal impone. Corresponde ahora, en esta Sección, profundizar en estos dos conceptos, en cuanto que “límites de los límites” de los derechos, ahondando en su contenido y empleo práctico. Me referiré primeramente al principio de proporcionalidad (*Sección 1.2.1*) y, luego, a la garantía del contenido esencial (*Sección 1.2.2*).

1.2.1.- CARACTERES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y PRINCIPALES ASPECTOS DE SU APLICACIÓN PRÁCTICA

Conforme a lo ya adelantado (*supra* 1.1.3.1), el principio de proporcionalidad tiene origen en el derecho de policía alemán¹⁴⁸, y deriva de la

¹⁴⁸ GONZÁLEZ ENCINAR (1995:25); RODRÍGUEZ RUIZ (1999-A:236); COHEN-ELIYA y PORAT (2010:271); YOWELL (2014:101 y ss.). Las doctrinas alemanas que vengo comentando tuvieron un influjo trascendente en España y, a través de ésta, en Uruguay. En este sentido, CRUZ VILLALÓN (2006-A:84-

propia noción de principios, según fue descripta¹⁴⁹. Dicho principio es concebido, en concreto, como un límite a la actividad de los poderes públicos, que restringe derechos¹⁵⁰, a fin de moderar el sacrificio realizado¹⁵¹. Es empleado actualmente por una gran cantidad de tribunales y cortes, no solo en el ámbito alemán, español, o europeo, sino también latinoamericano¹⁵². Este principio permitiría arribar a la solución de un caso en el que un poder público restringe, con su actividad, derechos fundamentales.

Ante un caso concreto lo primero que se debe dilucidar es cuáles son las disposiciones aplicables y, en ello, cuáles son los derechos que estarían afectados. Previo al principio de proporcionalidad, y como necesario a los efectos de decidir si aplicarlo o no, se debiera hacer pues, ante todo, un análisis de *delimitación* de los derechos¹⁵³. A modo de ejemplo, en el fallo *Blinkfüer*, el Tribunal Constitucional Federal alemán entendió que la actividad de exhortación a un boicot llevada a cabo por un periódico no se encontraba cubierta por la libertad de opinión y vulneraba la libertad de prensa del otro medio¹⁵⁴. Lo mismo ocurrió en lo que refiere a la publicidad comercial, que el TCE no entendía amparada por la libertad de expresión, siendo que la posición del TEDH fue luego la contraria¹⁵⁵.

85) indica que la concepción básica de los derechos fundamentales de la CE se encuentra marcada por la Ley Fundamental de Bonn. En igual sentido: MEDINA GUERRERO (1996:46).

Respecto de la historia sobre el postulado de la proporcionalidad véase: BERNAL PULIDO (2007-A:44 y ss.); BARAK (2012:174 y ss.); GONZÁLEZ BEILFUSS (2015:34 y ss.).

¹⁴⁹ Para ALEXY (2000:297), (2007:92-94), (2008:15) y (2017:28) la propia caracterización de los derechos fundamentales como principios implica que se requiera del principio de proporcionalidad para resolver las colisiones. En tanto mandatos de optimización serán efectivizados de acuerdo con las posibilidades fácticas (necesidad e idoneidad) y jurídicas (ponderación) existentes. Sostiene el autor que: “*el carácter de principio implica el principio de proporcionalidad, y este implica aquél*”.

¹⁵⁰ Cabe puntualizar que ALEXY (2007:244) reserva el verbo “restringir” para cuando la actividad es legítima y constitucional, y el de “intervenir” o “intervención” para aludir a una limitación ilegítima en el derecho fundamental.

¹⁵¹ BARRERO ORTEGA (2006:192).

¹⁵² ATIENZA (2010:3); GONZÁLEZ BEILFUSS (2015:14). Respecto del empleo del principio de proporcionalidad en la Corte IDH y en el TEDH puede verse: GARAT (2016:57-81). Respecto de su aplicación en el TJUE puede verse: FERNÁNDEZ NIETO (2008:43 y ss.) y GALETTA (1998). Respecto del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de Estados Unidos véase: YOWELL (2014).

¹⁵³ Algunos tribunales emplean un análisis de dos pasos (*two-stage process*). Primero, determinan si se restringieron derechos, y cuáles derechos. Segundo, se aplica el principio de proporcionalidad. A este respecto: BARAK (2012:78-79); YOWELL (2014:88). He coincidido previamente con esta posición en: GARAT (2016:33-34 y 102-104).

¹⁵⁴ Refiero al caso *BVerfGE 25, 259* citado por: SCHWABE (2009:210-215).

¹⁵⁵ GARAT (2016:34, nota al pie 43) en referencia al caso: TEDH. Caso Casado Coca vs. España, 24 de febrero de 1994. El mismo razonamiento es aplicado por PRIETO SANCHÍS (2014:193), aunque refiriéndose a la ponderación. Para este autor la subsunción y la ponderación no son discordantes, sino que previo a toda ponderación es necesaria una subsunción: “*el paso previo a toda ponderación consiste en*

Entiendo a esta etapa como de significativa importancia, pero coincido también con la doctrina en tanto este paso es cada vez menos trascendente para los tribunales, pues estos últimos prefieren tomar una definición amplia de los derechos, sin detenerse mayormente en su contenido y delimitación¹⁵⁶. La atención se centra más bien directamente en la aplicación del principio de proporcionalidad.

En su formulación clásica, realizada por el Tribunal Constitucional Federal alemán y que en doctrina desarrolla ALEXY¹⁵⁷, el principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹⁵⁸.

La idoneidad se avoca a analizar la adecuación del medio hacia el fin; esto es, que el medio sea apto para alcanzar el fin propuesto¹⁵⁹. Para CASAL *“la idoneidad es un criterio fáctico en virtud del cual debe existir un cierto grado de probabilidad de que mediante la medida o previsión legal va a ser logrado el objetivo establecido expresa o implícitamente en la ley”*¹⁶⁰. Lo cierto es que el examen de idoneidad es fácilmente superado, pues es difícil enfrentarse a un caso en el que el medio utilizado no sirva para satisfacer, de alguna manera, el fin buscado¹⁶¹. De todos modos, el análisis se realiza y se excluirían aquellas

constatar que en el caso examinado resultan relevantes o aplicables dos principios en pugna”. El autor aclara que el análisis es *“siquiera sea en el sentido débil”*, pues se aplicaría una noción amplia de cada uno de los principios. A este paso también refiere LOPERA (2005:392).

¹⁵⁶ En igual sentido: MÖLLER (2014:31).

¹⁵⁷ Respecto de la teoría de los derechos fundamentales de ALEXY véase el análisis introductorio realizado por BERNAL PULIDO (2007-B: XXV-XXXI).

¹⁵⁸ La terminología empleada por MEDINA GUERRERO (1996:120 y ss.) es diversa, aunque el contenido es esencialmente el mismo: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto. Para BARNÉS (1998:25) el primer examen es el de “utilidad”.

¹⁵⁹ MEDINA GUERRERO (1996:120); GONZÁLEZ BEILFUSS (2015:50).

¹⁶⁰ CASAL (2002:125). El autor aplica, asimismo, una suerte de fórmula del peso a este análisis: *“cuanto mayor sea ésta, tanto mayor será la aptitud exigible a la medida respectiva en orden a la realización del fin previsto”*.

¹⁶¹ Ello incluso es reconocido por ALEXY (2011:14). El cuestionamiento de idoneidad es realizado, no obstante, en la STC 207/1996 en la que se resuelve un amparo planteado contra la orden de cortar cabellos de diferentes partes de la cabeza y la totalidad del vello de las axilas con el fin de determinar si la persona era consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes. Ello, por cuanto el TCE expresa que: *“el resultado a obtener de llevarse a la práctica la intervención corporal cuestionada -el de acreditar si el recurrente en amparo ha consumido o no cocaína o alguna otra droga- no sería suficiente por sí solo, ni para sostener su falta de participación en los hechos que se le imputan, ni para fundamentar en su día una sentencia condenatoria por los delitos de prevaricación y cohecho por los que ha sido procesado. Dicho en otras palabras, un acto instructorio que limite un derecho fundamental no puede estar dirigido exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir la prueba de los hechos que integran el objeto del proceso penal”* (STC 207/1996, FJ 6). El caso puede consultarse en: RODRÍGUEZ RUIZ (2016:180-182).

medidas que sean “*gratuitas o claramente ineficaces*”¹⁶². En realidad, lo que este subprincipio excluye es la actuación arbitraria de los poderes públicos. Al decir de BARNÉS, el criterio permite constatar que “*el medio elegido no sea desde todo punto de vista y a priori absolutamente incapaz o inidóneo. Por pequeña que sea la restricción de una libertad, si ésta resulta manifiestamente inútil, deviene absurda y carente de sentido en un Estado de Derecho*”¹⁶³.

Por otra parte, y respecto de la necesidad, se trata de la aplicación de la idea de óptimo de Pareto¹⁶⁴. Se examina si la medida empleada es la única que permite alcanzar el fin o si, por el contrario, existe otra medida que posibilitaría obtener igual fin, aunque sin injerencia o con menor implicancia en el derecho afectado o en algún otro¹⁶⁵. Se exige, asimismo, un “*mismo grado de efectividad*” de la medida alternativa¹⁶⁶, lo que también dificulta en la práctica este examen¹⁶⁷. Tal sostiene BARNÉS: “*Un acto o resolución del poder público y, con mayor razón, una norma jurídica no es inconstitucional por desproporcionada por el mero hecho de que pudiera haber sido más moderada o desequilibrada, menos restrictiva o más útil. Lo será exclusivamente si resulta absoluta, radical y manifiestamente inútil, excesiva o desequilibrada*”¹⁶⁸.

Asimismo, esta etapa se vio también relativizada con la doctrina del TEDH sobre el margen de apreciación, pues su determinación se remite al Tribunal nacional¹⁶⁹. Aplicado ello a una esfera interna, también se cuestiona que sea el Tribunal Constitucional quien esté en posición de decidir si existe otra medida con igual eficacia, pues ello le correspondería en todo caso al poder público responsable de la limitación del derecho¹⁷⁰. En este punto el TCE sostuvo que: “*En rigor, el control constitucional acerca de la existencia o no de medidas*

¹⁶² PRIETO SANCHÍS (2014:200).

¹⁶³ BARNÉS (1998:25).

¹⁶⁴ ALEXY (2007:526) y (2017:29).

¹⁶⁵ ALEXY (2011:14); GARAT (2016:37).

¹⁶⁶ BARNÉS (1998:26).

¹⁶⁷ ALEXY (2017:29-30). Luego de varias lecturas sobre este principio, los únicos ejemplos que la doctrina halla son los referidos a las prohibiciones -generalmente vinculadas a alimentos o conexos- las que podrían salvaguardarse con un completo etiquetado que advirtiera al consumidor. Por su parte sostiene BILCHITZ (2014:46) a este respecto que: “*Such a presumption in favor of the necessity test having been met means that a court can avoid going through this reasoning process unless convincing evidence is presented to establish that alternative means exist*”.

¹⁶⁸ BARNÉS (1998:29).

¹⁶⁹ PORRAS RAMÍREZ (2006:92, nota al pie 171). El punto será especialmente abordado en el Capítulo IV.

¹⁷⁰ GÓMEZ CORONA (2008:266).

alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada, tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza (SSTC 66/1985, fundamento jurídico 1º; 19/1988, fundamento jurídico 8º; 50/1995, fundamento jurídico 7º), de modo que sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento” (STC 55/1996, FJ 8 y 136/1999, FJ 23).

No obstante lo anterior, es posible citar como ejemplo el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre dulces de chocolate y arroz inflado (*BVerfGE* 53,135). En éste se analizó la prohibición de los dulces con dicho contenido, con el fin de proteger la salud de los consumidores. El Tribunal entendió que, si bien el fin era legítimo y el medio idóneo para alcanzarlo, había otros medios para hacerlo: *“por lo general, un peligro de ese tipo puede conjurar en forma igualmente efectiva y menos restrictiva mediante la obligación de etiquetar el producto adecuadamente”*¹⁷¹. La jurisprudencia también nos da otros supuestos en los que se reparó en problemas de necesidad de una medida limitadora de un derecho, o en que incluso se entendió a la medida como innecesaria¹⁷². Si bien en algunos el análisis concluye en esta etapa respecto de la ilegitimidad de la medida, en varios, y pese a haber establecido su carácter innecesario, se continúa igualmente al tercer subprincipio: proporcionalidad en sentido estricto.

En este último paso se determinará finalmente cuál de los derechos o bienes tiene una *precedencia condicionada, preferencia relativa, posición preferente, o preferencia móvil*, para el caso concreto¹⁷³. Para ello, habremos de

¹⁷¹ SCHWABE (2009:346).

¹⁷² Algunos de los casos serán analizados detalladamente en los Capítulos III y IV de este trabajo. En el caso del TJUE puede citarse el Caso C-352/85.

¹⁷³ Todos los vocablos se refieren al mismo fenómeno. ALEXY (2000:296), (2007:73) habla de “precedencia condicionada”, seguido así por otros autores como BARRERO ORTEGA (2006:223). Por su parte, PRIETO SANCHÍS (2002:76) y (2014:191) se refiere a una relación de “preferencia relativa”, o “preferencia condicionada”, y a la “jerarquía móvil” (2008:98-100). La “posición preferente” fue la

tomar en consideración tres elementos que conforman la estructura de este subprincipio: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación¹⁷⁴.

La ley de ponderación se expresa del siguiente modo: *“Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”*¹⁷⁵. ALEXY propone dividir el razonamiento en tres pasos: primero, definir el grado de la afectación de uno de los principios; luego, determinar la importancia de satisfacer el principio contrapuesto; y, finalmente, concluir si la importancia de satisfacer el principio justifica la restricción en el derecho¹⁷⁶. Dicho de otro modo, se debiera lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios de la medida limitativa de los derechos¹⁷⁷. Para ello, ALEXY propone recurrir a una escala numérica o tríada, calificando cada una de las importancias e intervenciones como leve, media o grave¹⁷⁸. Luego, el citado autor perfecciona la teoría recurriendo a la fórmula del peso.

Mientras la ley de la ponderación implica un examen en concreto, en la fórmula del peso se agregan a éste otros dos análisis más: uno en abstracto, contraponiendo la importancia abstracta de cada uno de los principios contrapuestos, y otro que refiere al grado de seguridad de las premisas consideradas¹⁷⁹. Ello puede sintetizarse bajo una fórmula que manifiesta el examen a ser realizado¹⁸⁰:

terminología utilizada por el TCE en varios de sus fallos y expuesta también por DE DOMINGO (2001:69). Por mi parte, preferí utilizar el término de “preferencia móvil” en GARAT (2016:32).

¹⁷⁴ ATIENZA (2010:3) y (2011:99). En este punto cierta doctrina propone también asimilar la etapa ponderativa al *balancing* anglosajón, lo que dotaría de mejores resultados: COHEN-ELIYA y PORAT (2010:269).

¹⁷⁵ ALEXY (2003:436) y (2007:138 y 529). En igual sentido: PRIETO SANCHÍS (2002:75).

¹⁷⁶ ALEXY (2007:529).

¹⁷⁷ MEDINA GUERRERO (2008:1171).

¹⁷⁸ ALEXY (2003:440), (2007:535), (2008:28), (2011:16) y (2017:33)

¹⁷⁹ En esto último ALEXY (2007:552) afirma que: *“cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención”*. Al respecto también puede verse: BERNAL PULIDO (2006:63).

¹⁸⁰ ALEXY (2003:443 y ss.), (2007:554) y (2008:39). Cabe aclarar que si se afectara más de un derecho ALEXY (2008:40-41) propone también una fórmula extendida. Respecto de la explicitación de la fórmula véase: GARAT (2016:40-41). Siguiendo a ALEXY (2008:30 y ss.), aunque simplificándolo en su explicitación, lo he puntualizado del siguiente modo: *“En primer lugar, se realizará un examen en concreto (“C”) contraponiendo el grado de intervención del derecho fundamental (“Int. P₁ C”) con la importancia del principio perseguido en el caso concreto (“Imp. P₂ C”), lo que equivale a la fórmula del peso antes detallada.*

Luego, ingresan en consideración otros dos aspectos: por un lado, la atención al peso abstracto de los principios en cuestión (“PP₁ A” y “PP₂ A”) y, por último, la seguridad o certeza de las apreciaciones

$$\text{Ponderación } (P_1; P_2) = \frac{\text{Int. } P_1 C . PP_1 A . SP_1 C}{\text{Imp. } P_2 C . PP_2 A . SP_2 C}$$

Lo anterior es calificado por ATIENZA como una fórmula matemática que daría el resultado de cuál de los derechos es el preferente. Para este autor el uso de estos términos y la complejidad del análisis son contraproducentes¹⁸¹. Para PRIETO SANCHÍS, por su parte, lo anterior podría suscitar el problema de introducir un análisis meramente económico, de “costes y beneficios”, lo que no corresponde a este estudio¹⁸². Por mi parte, y respecto de la fórmula del peso, entiendo necesario realizar dos observaciones: una primera vinculada al peso en abstracto de los principios; la segunda relacionada con aquellos supuestos que la doctrina denomina como de “empate”¹⁸³.

En el análisis en abstracto, si bien teóricamente los derechos tendrían igual importancia, la jurisprudencia otorga una mayor preponderancia a algunos. Es lo que ocurre con el derecho a la vida¹⁸⁴. Para PRIETO SANCHÍS, y si bien es discutible que pueda haber un principio de jerarquía en las libertades, hay una cierta prioridad en los derechos que satisfacen valores íntimamente relacionados con la dignidad y la personalidad¹⁸⁵. También en la doctrina italiana comenta CERVATI que la Corte Constitucional de su país ha hallado un núcleo esencial de “*valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana*”, que debieran ser considerados inviolables cuando son vinculados al respeto de la persona y su dignidad¹⁸⁶. Asimismo, cabe constatar que, seguramente como producto de la teoría democrática de los derechos fundamentales¹⁸⁷, ciertos

empíricas concernientes al grado en que la medida analizada implica fácticamente la afectación del principio P₁ y la satisfacción de P₂ en las circunstancias del caso concreto (“SP₁ C” y “SP₂ C”).

¹⁸¹ ATIENZA (2010:7) y (2011:100).

¹⁸² PRIETO SANCHÍS (2014:202). A esta misma crítica hace mención HABERMAS (1992:333).

¹⁸³ Realicé antes apreciaciones similares en: GARAT (2018-B).

¹⁸⁴ CAÑAMARES ARRIBAS (2005:29); BERNAL PULIDO (2006:63). En este sentido el primer autor cita las STC 53/1985, 104/1986 y 108/1988.

¹⁸⁵ PRIETO SANCHÍS (1986:300).

¹⁸⁶ CERVATI (1991:54-55).

¹⁸⁷ Lo anterior también se puede vincular con la teoría liberal, en lo que respecta a los derechos de libertad de opinión, prensa y asociación como lo hace BÖCKENFÖRDE (1993:49). Respecto de esta teoría también puede verse: BERNAL PULIDO (2007-A:259-313). Asimismo, y para la descripción de la teoría democrática véase: BERNAL PULIDO (2007-A:313-349).

derechos vinculados a la esfera de participación son considerados por los tribunales como de una importancia primordial¹⁸⁸. En este sentido, el TCE entiende como de mayor trascendencia a la libertad de expresión e información, tendencia hallada en otras cortes (STC 20/1990, FJ 3 y 4, SCJ 79/2016)¹⁸⁹. En Uruguay también se otorga un tratamiento preferencial al derecho a la vida (SCJ 588/2012) y a la salud, en su vinculación con el primero (SCJ 396/2016). Más recientemente la consideración especial también se tuvo con la libertad de expresión al ser un derecho esencial en la democracia (SCJ 180/2016).

Lo anterior demuestra que, en la práctica, el principio de proporcionalidad se ve aplicado en conjunción con otras consideraciones ajenas a su teoría, como la preponderancia que frente a otros se otorga a ciertos derechos, como la vida o los derechos vinculados a lo democrático, según lo observado.

Por otra parte, la teoría de la proporcionalidad que se viene exponiendo considera que es posible hallar casos de “empate”. Tal sostiene la doctrina se trataría de hipótesis en las que *“considerados todos los argumentos que fundamentan los principios que colisionan en la ponderación, tienen el mismo peso concreto, y ninguno de ellos puede preceder sobre el otro”*¹⁹⁰. En estos supuestos, tal como señala BERNAL PULIDO, hay dos maneras de resolver este empate, según las apreciaciones de ALEXY: o bien aplicar el principio *pro libertad*, y preferir la libertad y la igualdad; o bien preferir el principio democrático y, en él, la labor del legislador considerando a la medida como no desproporcionada. ALEXY sostuvo, en un inicio, la primera de las variables; lo que luego modificó dando lugar a un mayor margen al legislador¹⁹¹. Para algunos autores, estos criterios se entienden como compatibles y dependerá del caso concreto el optar por uno o por otro¹⁹². Otros, no obstante, proponen introducir apreciaciones dentro de la ponderación, como la *“prohibición de no exigencia de*

¹⁸⁸ BERNAL PULIDO (2006:71); GARAT (2016:42). Sobre este punto en el TEDH puede verse: GARCÍA ROCA (2005: 39-41) y BUSTOS GISBERT (2005:532).

¹⁸⁹ Sostiene BARRERO ORTEGA (2006:233) que esta apreciación es matizada en otros fallos. Para MARTIN-RETORTILLO (1975:18) la mayor importancia que se le da los derechos vinculados al sindicalismo, libertad de información y de expresión, entre otros, es debido a que hay un serio complejo de inferioridad, esto es, se cae en la cuenta de que estos derechos deberían ser mejorados, reconociendo lo menguado de sus posibilidades. Respecto de este fenómeno en los tribunales regionales puede verse GARAT (2016:42). También respecto de la Corte IDH puede consultarse CASAL (2011: 427-428).

¹⁹⁰ LÓPEZ RUIF (2007:260).

¹⁹¹ BERNAL PULIDO (2006:64-65); LÓPEZ RUIF (2007:262-263).

¹⁹² LÓPEZ RUIF (2007:266).

lo insoportable” que propugna BEADE. Ello permitiría “considerar si bajo las circunstancias especiales y relevantes que rodean al afectado puede ser exigido que soporte esa restricción del derecho”¹⁹³. Para ATIENZA, por su parte, ingresaríamos en lo que se denomina como las “cargas de la argumentación”, lo que supone recurrir a otras reglas que asignen la prioridad: “por ejemplo, una regla que establece una prioridad en favor de la libertad o (si se enjuicia un caso de posible inconstitucionalidad de una ley), en favor de la ley, de considerar que esta última es constitucional”¹⁹⁴.

En este punto coincido con LOPERA en cuanto que los casos de empate no están definitivamente resueltos en la teoría de la proporcionalidad, pues las soluciones dadas son diversas, según lo antes analizado¹⁹⁵. A mi juicio cabe agregar, asimismo, que es cuestionable la propia existencia de estos supuestos de empate, pues si estamos considerando al principio de proporcionalidad como una herramienta de la argumentación jurídica, entonces no parecería concebible que el propio recurso discursivo no permita dar una solución. Entiendo que bajo el parámetro examinado la razón y el medio para la limitación deben estar suficientemente justificados; siendo que en los casos que se denominarían como empate no lo están y, entonces, no superarían el principio de proporcionalidad¹⁹⁶.

Además de lo anterior, y de especial trascendencia a los efectos de este examen, algunos autores -e incluso cierta jurisprudencia- agregan un cuarto elemento al principio de proporcionalidad, a ser analizado previamente a los demás: la legitimidad del fin perseguido con la limitación. Este aspecto es propuesto en un examen previo al ingreso del test de proporcionalidad, como un primer subprincipio que se adiciona a los siguientes tres (STC 207/1996, FJ 4;

¹⁹³ BEADE (2017:227-229).

¹⁹⁴ ATIENZA (2011:100).

¹⁹⁵ LOPERA (2005:405).

¹⁹⁶ En igual solución se manifiesta LOPERA (2005:403-405) y esta misma posición es la aludida por el Ministerio Fiscal según se relata en los antecedentes de la Sentencia STC 37/1998. La posición la he expuesto previamente en GARAT (2018-B).

98/2000, FJ 3, y SCJ 79/2016)¹⁹⁷, o bien como parte del análisis de idoneidad¹⁹⁸. Para ALEXY, sin embargo, agregar un cuarto componente -como primer paso- que requiera el análisis del fin y su legitimidad “*es superfluo e incluso puede representar un peligro para la racionalidad del test de proporcionalidad*”¹⁹⁹.

La posición de ALEXY es concordante con la Ley Fundamental de Bonn, que no establece fines concretos para la limitación de cada derecho. Es concordante, en concreto, con la existencia de derechos cuya limitación la Constitución remite a una ley; la cual puede limitarlos para satisfacer los fines que considere oportunos, quedando sólo sujeta en sus medios a los demás “límites de los límites”, esto es, al principio de proporcionalidad y a la garantía del contenido esencial. A esta categoría de derechos hay que sumar otra cuya limitación, como vimos, está en el origen de la teoría de los límites inmanentes, (*supra* 1.1.2)²⁰⁰. Hoy, con todo, la teoría de la proporcionalidad alemana se ha visto extrapolada a otros sistemas que, a diferencia de la Ley Fundamental de Bonn, no delegan en el legislador el establecimiento de los fines que pueden legitimar la limitación de derecho fundamental alguno. De ahí la exigencia, como requisito previo, de que el fin perseguido tiene que ser constitucionalmente legítimo, es decir, previsto en la Constitución o reconducible de algún modo a ella. En este punto, y como ya fue adelantado y será precisado en la Sección siguiente (*infra* 1.3.2), tanto la CE como la CU prevén en forma expresa ciertos fines que habilitarían la limitación, fines que son distintos según el derecho del que se trate. ALEXY parte, entonces, de un sistema divergente en aspectos esenciales a los que aquí son objeto de análisis y, consecuentemente con ello, defiende la incoherencia de agregar un previo análisis del fin de los límites de los

¹⁹⁷ En este último sentido sostiene PRIETO SANCHÍS (2002:78): “*primero, un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de los derechos, pues si no existe tal fin y la actuación legal es gratuita, o si resulta ilegítimo desde una perspectiva constitucional entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación*”. En esta postura también se manifiesta MEDINA GUERRERO (1996:127-128) y más recientemente BARAK (2012:244); MÖLLER (2014:33); YOWELL (2014:88 y 90); y lo he expuesto en GARAT (2016:34-35). Esta posición fue adoptada por el TCE según releva GONZÁLEZ BEILFUSS (2015:48-49). También fue mencionada por la SCJ siguiendo a CASAL (2002) según fue antes apuntado. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México también lo agrega como paso previo, según surge del fallo 234/2014.

¹⁹⁸ LOPERA (2005:393); BERNAL PULIDO (2007-A:693); MARTÍNEZ ZORRILLA (2007:240); CLÉRICO (2008:129-130); MÖLLER (2012:711-712). El autor refiere a que en la etapa de la idoneidad es necesario definir si se persigue, o no, un fin legítimo; y ello, para él, es cuestión de un argumento moral.

¹⁹⁹ ALEXY (2017:28). El autor responde a la crítica pronunciada por BARAK (2012:249) y a la que referiré especialmente en la Sección 1.3 de este análisis, pues es a la que me afilio.

²⁰⁰ Sobre el régimen alemán puede verse RODRÍGUEZ RUIZ (1999:234-235).

derechos fundamentales, pues este no es exigido en la Ley Fundamental de Bonn, al menos no para todos los derechos como fue expuesto, -este fin no es exigido para los derechos cuya limitación está sujeta a reserva de ley conforme a la Ley Fundamental de Bonn-. Para este autor, además, el punto ya está contemplado en la proporcionalidad en sentido estricto, por lo que implicaría introducir un parámetro que se superpone con los demás²⁰¹.

En relación con esto último, introduciré ahora una apreciación que retomaré en la sección siguiente. Pues, si bien ALEXY afirma que el estudio del bien jurídico protegido se encuentra incluido en la tercera etapa (proporcionalidad en sentido estricto), luego aclara que lo único a dilucidar, en puridad, es *“si la Constitución excluye el propósito perseguido por el legislador”*²⁰². Lo anterior no es más que la acreditación de que en el examen de proporcionalidad lo que se analizará es que el fin no esté prohibido, pero no que el fin esté expresamente contemplado como un posible limitador del derecho, ni tampoco que sea aplicable al caso concreto. Reitero que la posición es concordante con lo postulado en la Ley Fundamental de Bonn al menos para algunos de sus derechos, en un aspecto no coincidente con la CE o con la CU. Por ello, y a pesar de que cierta doctrina y jurisprudencia agregan un análisis del fin legítimo, sea como un límite de los límites independiente o dentro del principio de proporcionalidad, o sea en la primera etapa de éste o en la final, el estudio no es profundo sino, por el contrario, superficial. En los hechos, cualquier fin, salvo uno claramente prohibido, serviría para superar rápidamente esta etapa, pues se reconduce a un anclaje constitucional sin un mayor detenimiento en su análisis, lo que se corresponde con una teoría alemana, basada en la Ley Fundamental de Bonn.

Los problemas, como se adelantó, surgen al extrapolar esta teoría a otros ordenamientos que sí imponen fines legítimos a los límites de los derechos, según el derecho del que se trate, como el ordenamiento español o el uruguayo. En éstos, y a pesar de que un análisis del fin sería constitucionalmente necesario, no se vierte trascendencia a dicho examen. Así, en Uruguay, y pese a que en determinados casos consideró ilegítimo un fin concreto, la SCJ continuó

²⁰¹ ALEXY (2017:35). Cabe puntualizar que MEDINA GUERRERO (1996:131) y CASAL (2002:126) habían apreciado que el análisis del interés protegido está en la proporcionalidad en sentido estricto.

²⁰² ALEXY (2017:36).

el análisis hacia la proporcionalidad, dándole una importancia escasa a ese primer aspecto (SCJ 104/2015; 576/2017)²⁰³. En España, por su parte y según será precisamente detallado, resulta difícil encontrar en la jurisprudencia del TCE un bien o fin que no sea constitucional o, peor aún, que no sea legítimo, porque, en última instancia, todos han sido hasta ahora reconducibles a la CE²⁰⁴. Por tanto, y si bien la legitimidad del fin forma parte del primer análisis que el TCE realiza, cabe advertir que dificultosamente se repara en un análisis de la legitimidad del mismo. Incluso hay casos en los que, tras reparar en la falta de legitimidad constitucional del fin en cuestión, el TCE no detiene el análisis, sino que continúa examinando la razonabilidad o la proporcionalidad (STC 9/1990, FJ 2-5)²⁰⁵.

En aplicación del principio de proporcionalidad, entonces, los dos primeros análisis -el de delimitación preliminar del derecho en juego antes visto, y la legitimidad del fin perseguido por la limitación del mismo- presentan una trascendencia escasa. En este entendido, cabe adicionalmente notar que estos aspectos, si bien destacados por algunos críticos, no forman parte del principio de proporcionalidad propiamente dicho, que se compone únicamente de tres

²⁰³ Las sentencias serán especialmente analizadas en el Capítulo III, Sección 3.3 y en la Sección 1.3 de este Capítulo, respectivamente.

²⁰⁴ Un buen ejemplo de ello es el caso de la STC 215/1994 sobre esterilización de deficientes mentales. En ésta se resolvió la cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición legal que declaraba como no punible a “*la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal o del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, del Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz*”. Como fines para la limitación del derecho de la persona incapaz que será esterilizada se señala el no tener que estar sujeto a una vigilancia constante y poder así ejercer su sexualidad “*sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prever ni asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica*”. Se añade la imposibilidad de cumplir adecuadamente las obligaciones y derechos atinentes a la patria potestad y, en el caso de la mujer incapaz, la intención de evitar un mayor daño a su estado psíquico por las consecuencias físicas que produce el embarazo (STC 215/1994, FJ 4). La finalidad legítima implícita en estos argumentos es impedir que las personas con graves deficiencias psíquicas se reproduzcan, sin que el Tribunal realice de ello mayor análisis, ni justifique por qué esta finalidad se aplica por encima de la obligación de los poderes públicos de proteger a los hijos e hijas con independencia de su filiación, así como a sus madres (artículo 39.2 CE). El caso puede consultarse en: RODRÍGUEZ RUIZ (2016: 187-190). Asimismo, cabe puntualizar que, actualmente, el artículo 156 del Código Penal español sobre esta materia dispone: “*No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil*”.

²⁰⁵ En el mismo sentido sostiene GÓMEZ CORONA (2008:233-234) que: “*resulta llamativo, cuanto menos, que el Tribunal Constitucional, una vez identificado que el fundamento de la restricción de la tutela judicial efectiva carece de cobertura constitucional para la norma, no declare su inconstitucionalidad (...) Con este proceder el Tribunal Constitucional demuestra el peso meramente relativo que la necesidad de fundamento constitucional juega en el juicio de constitucionalidad de la ley desde la perspectiva de los derechos fundamentales*”. Por su parte, similares conclusiones son aplicadas por BRAGE CAMAZANO (2009: 138) para la jurisprudencia del TEDH.

elementos: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, elementos los tres que vierten el foco en el medio empleado, pero no en el fin buscado.

Las críticas al principio de proporcionalidad, no obstante, no se suelen centrar en estas carencias, sino en la ley de la ponderación como elemento que integra su tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto. Se argumenta, en concreto, que faltan reglas que aseguren una mínima objetividad a la labor del órgano decisor²⁰⁶. A esta crítica se adiciona la objeción democrática, cuestionándose el rol que posee el juez, ya no como mero aplicador del Derecho, sino como su desarrollador. Se discute que sea el juez quien determine lo que es “razonable” o “proporcionado”, quitando el margen de actuación al legislador democrático, cuando debiera ser éste quien opte entre una u otra opción de concretar la Constitución²⁰⁷. En este sentido, la siguiente pregunta de BÖCKENFÖRDE sirve para resumir estos argumentos: “¿Qué significa ‘razonable’ o ‘no razonable’?”, concluyendo que “*resulta que ponderamos, pero no tenemos ningún criterio para la ponderación, salvo la propia razonabilidad*”²⁰⁸.

A este punto también refiere DE OTTO, al afirmar que la determinación del alcance de los derechos ya no se realiza mediante datos jurídico-positivos, sino a través de una ponderación cuyos criterios no son reconocibles y que aparejan inseguridad, dada su fundamentación en juicios de valor subjetivos. El autor es más enfático aun cuando afirma que ello pone en peligro la unidad de la Constitución y su misma prioridad jerárquica²⁰⁹.

En este orden, y aunque afirmando que la actividad del juez no podría salirse del marco constitucional, ESCOLA reconoce que la ponderación “no es

²⁰⁶ WROBLEWSKI (1988:63) menciona que la valoración es el segundo factor que justifica toda decisión interpretativa, luego de las directivas interpretativas. Respecto de las críticas y la contracritica puede consultarse: HABERMAS (1992:326-340); BERNAL PULIDO (2006:53-75) y (2007-A:163 y ss.); (2007:XXXVIII-LVI); ALEXY (2007:511 y ss.), (2008) y (2011:20 y ss.); PRIETO SANCHIS (2008:112 y ss.); FERRAJOLI (2010:44 y ss.); y GARAT (2016:47-55). También puede verse: SERNA y TOLLER (2000); KLATT y MEISTER (2012); GUIBOURG (2017:193 y ss.).

²⁰⁷ Respecto de la objeción democrática hacia una mayor actividad judicial puede verse esta crítica y su contracritica en: DWORKIN (1985:36 y ss.). También he ahondado en esta crítica en: GARAT (2016: 51), y pueden consultarse, entre otros: BÖCKENFÖRDE (1993:129 y ss.); BERNAL PULIDO (2006: XLII); GÓMEZ CORONA (2008:259 y 266).

²⁰⁸ GONZÁLEZ ENCINAR (1995:26). Similar pregunta realiza NOVAK (2010:103): “...we must ask ourselves a difficult question about balancing, namely, whether such tests were invented (and are thus applied) with the sincere intentions of their inventors, or ‘are indeed intended to cover the reasons of a judicial decision, or whether they would like to create an impression of objectivity in a decision which was reached before such a test was selected and applied’”.

²⁰⁹ DE OTTO (1988:121).

matemática ni inmutable, ni está sujeta a cartabones generales de aplicación indiscriminada". El autor admite que *"depende de datos objetivos, como la opinión pública y jurídica vigente en la comunidad sobre el tema de la ley, y de datos subjetivos del propio intérprete, como ser su sensibilidad jurídica, sus ideas sobre el régimen político deseable, el conocimiento de la situación social existente y otros semejantes"*²¹⁰.

Adicionalmente a lo anterior se señala que la aplicación del principio de proporcionalidad trae aparejada una nueva y más amplia función en la esfera jurisdiccional y, como contrapartida, un cada vez menor ámbito de actuación del legislador²¹¹. Prueba de ello es el peso que se le asigna a cada principio en abstracto, según fue antes apuntado, lo que resulta a primera vista un contrasentido de la teoría de la proporcionalidad. Pues, mientras que se parte de que no hay derechos jerárquicamente superiores a otros²¹², luego se propugna la asignación de un peso abstracto diferenciado. La crítica señala que no es posible dotar de un peso a cada principio, pues dado que la jerarquía normativa es la misma, todos tendrían el mismo peso. Por tanto, toda asignación o adecuación a una escala es subjetiva, y no se corresponde con las disposiciones aplicables²¹³, conllevando a una inseguridad jurídica²¹⁴.

Para superar esta crítica, MORESO propone *"pensar en un modo de configurar la ponderación que la considera un paso previo a la subsunción"*²¹⁵. Sostiene el autor que una primera etapa de la ponderación debiera consistir en la delimitación del problema normativo, lo que se traduce en la determinación del

²¹⁰ ESCOLA (1989:193).

²¹¹ BÖCKENFÖRDE (1993:136). Al finalizar su obra (1993:138), el autor plantea como cuestión decisiva la determinación de si, bajo el punto de vista de la democracia y del Estado de Derecho, es el legislador parlamentario el que determina el contenido constitucional sustancial, o se lo confía al Tribunal Constitucional.

²¹² Por ejemplo, de esta premisa parte SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (1991:98) al afirmar que *"el orden o sistema de valores constitucional no se encuentra jerarquizado axiológicamente"*. En igual sentido PRIETO SANCHÍS (2002:76) también alude al igual peso abstracto de todos los principios, entre los demás autores.

²¹³ MORESO (2011:345 y 347). El autor vierte énfasis en el ejemplo varias veces propuesto por ALEX Y (2003:439) y (2007:533) del caso Titanic. Nada nos indica, según la crítica del autor, que el calificativo de "asesino nato" deba ser tomado como una interferencia moderada o leve, y que el de "tullido" sea grave. Este caso también es citado por ATIENZA (2010:4-5). A esta crítica también refiere MENDOCA (2011:8), entre otros.

²¹⁴ LÓPEZ GONZÁLEZ (1995:147); MORESO (2011:346). Para CATOIRA (1998:29) la ponderación judicial, como obedece a la casuística, dificulta la fijación de elementos seguros en la limitación de los derechos.

²¹⁵ MORESO (2011:347).

conjunto reducido de acciones que abarca ese problema: “*ya no nos referimos al conjunto de todas las acciones humanas posibles, sino sólo a un conjunto mucho más reducido de acciones humanas*”²¹⁶. La segunda etapa supone la identificación de las pautas *prima facie* aplicables a ese ámbito de acciones, y la tercera, la consideración de determinados casos pragmáticos para delimitar el ámbito de aplicación del derecho en cuestión, lo que recuerda a la *delimitación* antes estudiada. Luego, la cuarta etapa consiste en la extracción de propiedades relevantes para el discurso, las cuales serán finalmente aplicadas, como subsunción, en la quinta y última etapa²¹⁷. Esta propuesta se corresponde con la posibilidad que mencionan otros autores de hallar un “*sistema coherente de relaciones de precedencia*” a partir de los diversos casos concretos ya pronunciados²¹⁸, los que generarán reglas de actuación que generalmente se seguirán, recordando así al sistema de precedente obligatorio. En este sentido, ALEXY incluso desarrolla la “ley de colisión”, esto es, la fórmula expresada en una relación condicional de precedencia: determinado derecho precederá a cierto interés, bajo determinadas condiciones²¹⁹. Se trata, en puridad, de formular reglas a partir de casos concretos ya fallados, que permitirían aproximar las argumentaciones y crear un sistema coherente, que rebata la crítica de la inseguridad jurídica.

Otro de los cuestionamientos al principio de proporcionalidad y, en general, a la teoría que le da sustento, lo construye la teoría de la adecuación de Klaus GÜNTHER. Habiendo ya mencionado algunas de sus preposiciones (*supra* 1.1), es importante destacar que el autor rechaza la resolución basada únicamente en el caso concreto, como así lo desarrolla ALEXY y el principio de proporcionalidad. Partiendo de la diferencia entre la fundamentación de validez y de aplicación (*supra* 1.1), es en esta última en donde el argumento de adecuación tiene un sentido preponderante. Se parte de que, ante un caso

²¹⁶ MORESO (2011:347).

²¹⁷ MORESO (2011:347-348). ATIENZA (2010:8-9) critica la proposición de MORESO en tanto la entiende como igual a la de ALEXY.

²¹⁸ BOROWSKI (2000:47); ALEXY (2007:534). Para PRIETO SANCHÍS (2014:194) también es posible definir ciertas reglas a partir de casos precedentes, y de dicha generalización podría devenir innecesaria la ponderación para casos reiterados. En este punto cabe introducir, asimismo, el examen realizado por GARCÍA AMADO (2005) respecto de los derechos al honor y libertad de información. El autor halla elementos coincidentes en las STC analizadas (STC 54/2004, 158/2003, 61/2004) encontrando una serie de reglas de preferencia de cada derecho y descartando la ponderación.

²¹⁹ ALEXY (2017:44-45). También sobre este punto se había expresado en ALEXY (2016: 19-20).

concreto, serán varias las disposiciones con estructura interna de principios que podrían ser aplicables. Descartando las cuestiones sobre validez, y suponiendo que dichas normas son válidas según la teoría de GÜNTHER, este conflicto no se resolvería con la aplicación del principio de proporcionalidad, ni aún con la ponderación de bienes en el caso concreto. Para GÜNTHER adquiere relevancia el argumento de la adecuación. Es este último el que permitiría asegurar la aplicación imparcial y que se obtiene considerando, por una parte, una descripción completa del caso, que tenga en cuenta todas las normas potencialmente aplicables, y, por otra parte, una interpretación coherente de todas dichas normas relevantes en el caso²²⁰. Sostiene GÜNTHER que la prioridad que adquiere una determinada norma en su aplicación al caso “*no vale como expresión de decisión de preferencias o como el resultado de una ponderación de bienes, sino como el resultado de la mejor teoría de estos principios aplicables. Esta teoría debería explicitar detalladamente el significado de estos principios. La norma que ofrece aquella relación de prioridad no debería aparecer como la realización óptima de los fines que concurren en referencia a todas las posibilidades, sino como el agotamiento óptimo del sentido normativo de ambos principios bajo la consideración de todas las circunstancias*”²²¹. En la teoría de este autor, entonces, y tal señala la doctrina, el resultado se obtendrá a través de un discurso de adecuación que consistirá, por una parte, en tomar todas las normas válidas y pertenecientes al sistema y, por la otra, confrontarlas con todas las cuestiones atinentes a la situación particular que puedan ser relevantes para la aplicación de dichas normas, todo ello de cara a obtener la solución que sea coherente con el sistema y, por tanto, la más apropiada²²².

Lo interesante de la teoría de GÜNTHER, para el análisis que realizo sobre los fines legítimos, es que, para ser legítimo, todo fin que sirva de límite a

²²⁰ GÜNTHER (1989:155-166), (1993:150-151) y (1995:277-302). A mayor ahondamiento sobre esta teoría puede verse: RODRÍGUEZ RUIZ (2001:115-117). Sobre la posición de ALEXY respecto de esta teoría puede verse: ALEXY (1993:157-170).

²²¹ GÜNTHER (1995:291).

²²² RODRÍGUEZ RUIZ (2001:115). Sobre este punto, tomando como fuente en la obra de GÜNTHER (1988: *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral and Recht*), la autora señala: “...a norm is presumed valid and must prove to be appropriate, that is the most suitable one for the situation of a case all circumstances considered. In particular, discourses of application must take account of all the norms within a system and confront them with all the features of a particular situation that can be relevant for the application of those norms. Which norm best fits a situation is then decided with a view to the coherence of the normative system: it will be the one whose application is in accord with all other norms applicable to the situation and with the variety of meanings the given situation enshrines”.

un derecho debiera ajustarse a un análisis de adecuación, de forma que su aplicación permitiera dar coherencia al sistema constitucional. La cuestión de la validez de la limitación de un derecho se resolvería, entonces, de acuerdo con lo anterior, atendiendo a la solución que, una vez reunidas todas las disposiciones válidas y aplicables, mejor permitiera mantener la coherencia entre las mismas.

No obstante lo anterior, para BERNAL PULIDO la teoría de GÜNTHER no propone una estructura argumentativa que permita ordenar los argumentos discursivos, esto es, un razonamiento estructurado, lo que a su juicio sí presenta el test de proporcionalidad²²³. Lo que ocurre, entiendo, es que se trata de propuestas divergentes en lo que atañe al contenido mismo, por lo que el razonamiento empleado en el principio de proporcionalidad no puede ser exigido a la teoría de la adecuación. Entiendo a las dos posiciones como dos formas de justificar y fundamentar una respuesta, siendo que no propenden a la subjetividad del decisor, sino, por el contrario, son guías para la argumentación²²⁴.

En este sentido, y en lo que respecta al principio de proporcionalidad, ha sostenido recientemente ALEXY que: *“Es, esencialmente, una cuestión de argumentación. Así, si la argumentación jurídica racional es posible, la ponderación racional también es posible”*²²⁵. Cabe advertir igualmente que el empleo del principio de proporcionalidad se realiza muchas veces, en lo empírico, sin dotar de fundamento a la decisión. En algunos casos, y dada la relevancia que adquirió este principio, se argumenta que la medida no es legítima por no haberlo superado o, por el contrario, que se encuentra justificada por ser proporcional. Sin embargo, no conocemos el verdadero motivo o razón que hace concluir en el fallo final, es decir, el por qué es ilegítimo o por qué es proporcional²²⁶. En este entendido, el empleo del principio de proporcionalidad debiera ser perfeccionado, concibiéndolo como una herramienta que guía lógicamente una argumentación, la que debe necesariamente estar en la sentencia o en la decisión pronunciada. En ello hallo la única forma de evitar la

²²³ BERNAL PULIDO (2007-A:484).

²²⁴ Respecto de la aplicación de esta conclusión al principio de proporcionalidad: PRIETO SANCHÍS (2002: 82) y (2014:190); BARRERO ORTEGA (2006:229); GARAT (2016:52-55).

²²⁵ ALEXY (2017:42).

²²⁶ He expuesto esta crítica en: GARAT (2016:98-101).

crítica de la subjetividad del decisor, o bien de la inseguridad jurídica antes comentada²²⁷.

En mi opinión, por tanto, el principio de proporcionalidad es una herramienta que permite un razonamiento racional, lógico y una argumentación concordante con ello. Sin embargo, observo en su formulación teórica una cierta complejidad que podría obstaculizar su correcta puesta en práctica, a la vez que correspondería reforzar ciertos aspectos intrínsecos y esenciales para mantener su nota de racionalidad.

En este marco, encuentro que un análisis de la delimitación del ámbito de cobertura del derecho y del fin legítimo que persigue su limitación es necesario, y que debiera realizarse con carácter previo a la aplicación de la proporcionalidad. Ello será profundizado en la Sección siguiente. Antes, no obstante, dedicaré un apartado a completar el principio de proporcionalidad con la cláusula del contenido esencial, para acercarme a cómo aquél es empleado por los tribunales.

1.2.2.- LA DOCTRINA DEL CONTENIDO ESENCIAL. SU CONJUNCIÓN CON EL PARÁMETRO DE LA PROPORCIONALIDAD

El contenido esencial es el límite de todos los límites: un contenido mínimo en el que la ley no puede ingresar²²⁸. Se trata, al menos teóricamente, de un reforzamiento de la protección del derecho, articulada a modo de límite al legislador²²⁹. En España se reconoce en forma expresa que el legislador no puede vulnerar el contenido esencial del derecho (artículo 53.1 CE)²³⁰. Sin embargo, y dado el carácter declarativo que le es asignado a esta cláusula, aun cuando no estuviera a texto expreso, dicho límite de los límites sería igualmente

²²⁷ Un desarrollo más extenso de los hallazgos del uso empírico del principio de proporcionalidad y de lo que a mi juicio debiera ser perfeccionado en la práctica lo he realizado en GARAT (2016:83-116).

²²⁸ DE OTTO (1988:126); CRUZ VILLALÓN (1993:417). Diversos autores establecen el necesario respeto al contenido esencial como núcleo irreductible, entre ellos: SÁNCHEZ FERRIZ (1989:185); JIMÉNEZ CAMPO (1993:486); LÓPEZ GONZÁLEZ (1995:142); CAÑAMARES ARRIBAS (2005:26). Asimismo, para PRIETO SANCHÍS (2014:232) el contenido esencial es una garantía frente al legislador, pero no en casos concretos de aplicación individual.

²²⁹ CATOIRA (1998:26).

²³⁰ Indica la doctrina que el artículo 53.1 CE somete a todos los derechos a la regulación del ejercicio por el legislador y, al mismo tiempo, establece el límite del contenido esencial. Al respecto: DE OTTO (1988:106).

aplicable²³¹. Ello es lo que ocurre en Uruguay, pues si bien no se establece literalmente, igualmente el contenido esencial es invocado como límite a la restricción, integrándose al ordenamiento constitucional mediante el artículo 72 de la CU²³².

La teoría del contenido esencial nace, originariamente, de la Ley Fundamental de Bonn²³³. Para CRUZ VILLALÓN el artículo 53 CE es menos exigente que su correspondiente alemán, pero está igualmente influido por este último, pues la noción de contenido esencial es la misma, esto es, el establecimiento de una prohibición al legislador, a la vez del erguimiento de un contenido absoluto al derecho fundamental²³⁴. Ello sin perjuicio de la existencia de teorías relativas del contenido esencial, según desarrollaré seguidamente.

Se trata, entonces, de hacer referencia a parte del contenido de un derecho. Para algunos, ese contenido se corresponde con el enunciado constitucional en su aspecto sustancial; el núcleo “duro” que no admitiría restricción alguna²³⁵. Se caracteriza pues por ser una esfera concéntrica y menor a la definición del derecho en su totalidad, sin la cual éste estaría desnaturalizado, pues se produciría su vaciamiento o supresión²³⁶ (teoría absoluta). Para otros, en cambio, el contenido esencial alude a la significación del derecho luego de su confluencia con otros valores constitucionales que

²³¹ La tesis del carácter declarativo de la cláusula del contenido esencial es sostenida por HÄBERLE (1962:219) y (1991:123) y, en España, por ejemplo, por SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2001:119). Para CASAL (2002:128) en los ordenamientos en los que no está prevista a texto expreso, la cláusula del contenido esencial es útil únicamente si adoptamos la teoría absoluta. Asimismo, apunta luego (2002:128-129) que en la jurisprudencia venezolana fue invocado inicialmente con el error de concebirlo como el único límite a la labor del legislador. También sobre este punto y en doctrina uruguaya puede verse: GAMARRA ANTES (2018:263).

²³² En la Constitución italiana tampoco hay referencia al contenido esencial, sin embargo y tal relata PACE (1991:77) la Corte Constitucional también lo ha invocado.

²³³ El artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn expresa: “*En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial*”.

Cabe recordar, como lo hace CASAL (2002:128), que esta cláusula se incorporó luego de “*haberse vivido durante la vigencia de la Constitución de Weimar una tendencia al vaciamiento del contenido de los derechos por las normas legales*”. Asimismo, a los efectos de ahondar en todas las menciones constitucionales expresas del contenido esencial véase: HÄBERLE (1962:LZVII).

²³⁴ CRUZ VILLALÓN (2006-A:86). En similar sentido: PAREJO (1981:170).

²³⁵ PRIETO SANCHÍS (2002:67); CRUZ VILLALÓN (2006-A:259); RISSO FERRAND (2008:53). En esta teoría: DE OTTO (1988:129-132). Cabe apuntar con PAREJO (1981:187) que el contenido esencial no puede ser asemejado a todo el contenido del derecho, pues se pierde la nota de esencialidad. Señala este autor que: “*sólo aquella parte de los elementos integrantes del contenido que sean absolutamente indispensables para la reconocibilidad jurídica de derecho en cuanto tal, tanto en su aspecto interno (haz de facultades) como en su aspecto externo (protección de que goza), puede considerarse constitutiva del contenido esencial*”.

²³⁶ CASAL (2002:127).

justifican su limitación²³⁷ (teoría relativa). Esta teoría, tal explica PRIETO SANCHÍS, equipara contenido esencial y exigencia de justificación²³⁸. Lo entiende como un mínimo intangible de la libertad²³⁹ que se halla luego de la contraposición con los demás valores y bienes constitucionales. Para los que propugnan la aplicación del principio de proporcionalidad, sería lo que queda luego de su aplicación²⁴⁰.

Si bien las anteriores (absoluta y relativa) se podrían calificar como las dos doctrinas clásicas²⁴¹, cabe destacar que determinados autores, como HÄBERLE, permiten su conjunción, identificando que, en puridad, dichas teorías desarrollan puntos de vista que no se excluyen ni son irreconciliables²⁴². Conforme a este autor, y si bien su doctrina se vincula mayormente a la calificada como relativa, sería posible una relación entre ambas, pues el contenido esencial se determinaría con la ponderación, pero su resultado es absoluto, es sustantivo, precisando que los aspectos más importantes y los objetivos de la teoría absoluta deben siempre y en todo caso ser respetados²⁴³.

Asimismo, MEDINA GUERRERO perfecciona lo anterior, y defiende una tercera postura, mixta, que en otra ocasión denominé como “*absoluta solamente respecto de este contenido esencial*”²⁴⁴, y que PRIETO SANCHÍS menciona

²³⁷ Ello es lo que propugna HÄBERLE (1962:61 y 64) y (1991:120). El autor precisa, incluso, que así definido el contenido esencial no pierde “sustancialidad”, dado que los bienes y valores con los que se lo determina tienen sustancia a determinar. Por otra parte, en este punto y aplicando el razonamiento a la “razonabilidad” CARRASCO PERERA (1984:55) asimila a la justificación de razonable con el respeto al contenido esencial (“*lo razonable (...) es aquello que respeta el contenido esencial*”). En contraposición, DE OTTO (1988:129-132) critica en forma enfática a la teoría relativa del contenido esencial, en cuanto demuestra que no se parte del derecho como un valor incondicional frente al límite, sino como “*algo cuya virtualidad jurídica consiste más bien en la prohibición del límite arbitrario*”.

²³⁸ PRIETO SANCHÍS (2014:233).

²³⁹ Así lo expresa HÄBERLE (1962:65) y (1991:120). Podríamos trazar el vínculo de esta noción con la teoría liberal de los derechos fundamentales, a este respecto: BÖCKENFÖRDE (1993:50).

²⁴⁰ ALEXY (2007:259); BERNAL PULIDO (2007-A:436 y 568-569). A esta concepción se afilia BARRERO ORTEGA (2006:236), advirtiendo que cuanto más se sacrifica un derecho, se hace más exigente el juicio de ponderación. A esta tesis también refiere: RUBIO LLORENTE (1998:1341).

Para PRIETO SANCHÍS (2002:71) esta concepción podría vaciar de contenido a la garantía, pues podría incluso conllevar al “*sacrificio completo del derecho si la protección de algún bien constitucional en conflicto así lo recomendase*”.

²⁴¹ A esta clasificación refieren, entre otros: RUBIO LLORENTE (1998:1340); MEDINA GUERRERO (1996:146 y ss.) y (2008:1168); PRIETO SANCHÍS (2014:232 y ss.). Respecto de su desarrollo véase especialmente: BERNAL PULIDO (2007-A:406 y ss.).

²⁴² HÄBERLE (1962:65).

²⁴³ HÄBERLE (1962:65-67). No obstante ello, y a diferencia de la teoría absoluta, precisa luego (1962:203) que el contenido esencial es variable.

²⁴⁴ GARAT (2016:45). BERNAL PULIDO (2007-A:426) denomina a esta teoría como la teoría mixta del contenido esencial.

como de “*doble barrera protectora*”²⁴⁵. Esta teoría entiende que el contenido esencial es un núcleo intangible -por lo que se emparenta con la teoría absoluta-, pero deja igualmente espacio para otras restricciones, como el principio de proporcionalidad: “*la garantía del contenido esencial que el artículo 53.1 Ce proclama («en todo caso...»), no es la garantía de la ley proporcionada, sino la garantía frente a la ley proporcionada*”²⁴⁶.

MEDINA GUERRERO estructura su teoría en la existencia de dos zonas del derecho: “*una central, absolutamente intangible para el legislador (el contenido esencial); y otra externa, que en alguna ocasión hemos dado en denominar «contenido inicialmente protegido» dado que sus integrantes, de carácter claudicante, pueden ser sacrificados por el legislador al objeto de preservar otros derechos o bienes constitucionales siempre que el límite sea proporcionado (el contenido normal en la terminología del Tribunal Constitucional)*”²⁴⁷. El contenido esencial no es lo que queda luego de la ponderación o de la proporcionalidad, sino, justamente, el límite de todo límite, aquello que no se puede vulnerar incluso aplicando el principio de proporcionalidad²⁴⁸.

En Uruguay, y si bien el límite del contenido esencial es mencionado en la Sentencia SCJ 76/2016, es recién en el fallo SCJ 576/2017 en el que puede advertirse una aplicación de este, circunscribiéndose a esta tesis mixta que vengo desarrollando, pues la aplica luego de otros límites, pero le da una significación absoluta: aquel contenido sin el cual se caería en una desnaturalización, en un vaciamiento o supresión.

²⁴⁵ PRIETO SANCHÍS (2014:233). Sostiene el autor (2002:71 y 83) y (2014:203) que “*toda limitación debe estar justificada y además respetar su contenido esencial o, dicho de otro modo, aun cuando una disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultaría ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo o esencial de un derecho*”.

²⁴⁶ MEDINA GUERRERO (1996:171).

²⁴⁷ MEDINA GUERRERO (1996:170).

²⁴⁸ Esta propuesta es sostenida por HÄBERLE (1991:120-121) como posible. En España se adhieren: CATOIRA (1998:26); BARNÉS (1998:42) y PECES BARBA (1999:593). En Uruguay pareciera adherirse: ESTEVA GALLICCHIO (2002:56); DURÁN MARTÍNEZ (2007:133) y RISSO FERRAND (2008:50-60). Este último autor identifica la noción de contenido esencial con lo que en Uruguay se ha entendido como el “derecho preexistente”, en esencia ilimitable (véase *supra* nota al pie 35). En esta tesis también se pronuncia GAMARRA ANTES (2018:280-281). En Venezuela puede verse CASAL (2002:127). Esta tesis, por otra parte, puede vincularse con la propia noción de contenido esencial en algunas de las doctrinas desarrolladas desde los orígenes de este concepto, en relación asimismo con la tesis absoluta, pues propugnaría un contenido abstracto, preexistente y, por tanto, ilimitable.

En la jurisprudencia española, el desarrollo es mucho más profundo y tiene ya varias décadas. El contenido esencial es definido por el TCE con un doble matiz²⁴⁹, no alternativo ni antitético, sino complementario. Por una parte, se entiende como *“aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose”*. Por otra parte, se lo refiere como *“aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”* (STC 11/1981, FJ 4; 196/1987, FJ 5). A ello se agrega que el contenido dependerá del momento histórico, de cada caso, y de las condiciones inherentes a la sociedad democrática (STC 161/1987, FJ 5). El TCE se afilia, entonces, a una teoría absoluta, otorgándole una sustancia al contenido esencial de los derechos fundamentales, pero también empleándolo como último límite, esto es, núcleo irreductible que no podría ser quebrantado incluso con el principio de proporcionalidad²⁵⁰.

Encuentro que el contenido esencial se define, en sustancia, de igual forma en las tres teorías: absoluta, relativa y mixta. Lo que las diferencia es su modo de determinación²⁵¹. Mientras que en la absoluta o en la mixta se parte de una delimitación propia del derecho, convocando una tarea de interpretación constitucional (lo que antes se abordó como delimitación)²⁵², la relativa lo identifica con la ponderación, esto es, el contenido se definirá una vez realizada la ponderación y no podría ser determinado a priori²⁵³. Este último punto es criticado por DE OTTO, pues sostiene que, si bien el contenido esencial

²⁴⁹ En igual sentido: RODRÍGUEZ RUIZ (2016:35)

²⁵⁰ En este sentido: MEDINA GUERRERO (1996:159).

²⁵¹ Cabe agregar que la doctrina señala otras teorías en las que no me detendré, como la subjetiva. Al respecto: RISSO FERRAND (2008:53-54); MEDINA GUERRERO (1996:158). Asimismo, por ejemplo, GÓMEZ CORONA (2008:243-247) sostiene que el contenido esencial es el contenido inicialmente protegido del derecho, el que puede restringirse en la tarea de armonización concreta con los demás derechos. Ello a su juicio lo ha vuelto inoperativo en la práctica.

²⁵² En este punto sostiene PRIETO SANCHÍS (2014:234-236) que esta tarea solo puede ser realizada por el Tribunal Constitucional, pues no es posible determinar el contenido esencial de un derecho en abstracto. Ello conlleva a que la cláusula del contenido esencial se convierta en un “argumento en blanco”. No obstante, el autor señala como positivo que la cláusula del contenido esencial pueda tener una fortaleza adicional en la etapa de ponderación; y que pueda ser contrapunto de argumentos meramente económicos.

²⁵³ En ello incluso cabe apuntar lo que señala FERNÁNDEZ SEGADO (2003:LVIII) respecto de la obra de HÄBERLE, pues en este último la teoría de los límites inmanentes y el contenido esencial confluyen, y el contenido dependerá del conjunto de la Constitución y los bienes jurídicos reconocidos por la misma. Respecto de esta última puede verse: HÄBERLE (1962:59).

aparecería como el límite de los límites, en realidad podría conllevar al debilitamiento de los derechos, configurándose de hecho como el único límite²⁵⁴. Por su parte, CRUZ VILLALÓN también alude a la posibilidad de una lectura negativa del contenido esencial, aunque con menor énfasis. Y es que hablar de un contenido esencial implica, por contrapartida, aludir también a un contenido “no esencial”²⁵⁵, también llamado una parte “blanda” en la que el legislador podría imponer cualquier restricción²⁵⁶. En este punto, y de forma similar a lo manifestado, en las STC 9/1981 y STC 11/1981 el TCE distingue un contenido esencial del derecho, que vincularía a los poderes públicos y al legislador; de un contenido “adicional”, creado por el legislador y que obligaría a todos los demás poderes²⁵⁷.

En la práctica, por lo tanto, la recurrencia a este límite es escasa, pues no solamente vendría dado luego de los otros límites, como el principio de proporcionalidad, sino que, adicionalmente, plantea una dificultad en su concreta determinación. Tal sostiene CATOIRA, y más allá de la tesis a la que se afilia el TCE, muchas veces el límite del contenido esencial -como noción absoluta- no llega a aplicarse en la práctica, pues se emplean antes otros parámetros²⁵⁸. En Italia, por su parte, MASALA indica que son pocas las decisiones de la Corte Constitucional italiana en las que se entiende vulnerada la noción de contenido esencial²⁵⁹.

Pese a lo anterior, y a la discutida trascendencia práctica de esta cláusula, entiendo de importancia mantener este límite a todo límite, circunscribiéndolo a una teoría absoluta o al menos mixta. Teóricamente, entender el contenido esencial como algo más estricto que el contenido total de un derecho no implica

²⁵⁴ DE OTTO (1988:129-132).

²⁵⁵ CRUZ VILLALÓN (1991:130) y (1993:417). En este mismo punto PACE (1991:77) explica que en Italia no hay previsión de contenido esencial como la española o la alemana, lo que es señalado por la doctrina como algo positivo, puesto que el legislador no puede distinguir entre lo esencial y no lo esencial.

²⁵⁶ A este respecto: RUBIO LLORENTE (1998:1340); PRIETO SANCHÍS (2002:73); GÓMEZ CORONA (2002:241). En este punto cabe citar como ejemplo el Voto Particular del Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, al que se le adhiere el Magistrado don Fernando García- Mon y González-Regueral, respecto de la STC 161/1987. En el mismo se expone que: *“A mi juicio lo que ha de analizarse no es la razonabilidad de la medida, sino exclusivamente su compatibilidad con el contenido esencial del derecho a la objeción de conciencia”*.

²⁵⁷ Al respecto: CRUZ VILLALÓN (1991:133).

²⁵⁸ CATOIRA (1998:27). En este mismo sentido: RUBIO LLORENTE (1998:1341); RODRÍGUEZ RUIZ (1999-A:236) y GÓMEZ CORONA (2008:248).

²⁵⁹ MASALA (2016:240).

necesariamente debilitar a éste, sino reforzarlo, introduciendo un parámetro adicional que debe ser cumplido por toda limitación de un derecho.

El contenido esencial, asimismo, puede darnos la pauta de hasta dónde articular o equilibrar el marco constitucional vigente, cuando más de un principio es el aplicable al caso concreto. Tal sostiene PRIETO SANCHÍS: *“de lo que se trata más bien es de comprobar si al final de la regulación legislativa el derecho puede seguir siendo reconocible como un derecho constitucional, es decir, como aquel derecho que, en equilibrio y en tensión nunca del todo resuelta con otros derechos o principios, fuera tutelado por la Constitución”*²⁶⁰. En este entendido, PECES BARBA también argumentaba la dificultad de definir el contenido esencial en abstracto, aunque a la vez propugnaba una ventaja en su formulación y mantenimiento, respecto de su carencia²⁶¹.

En todo caso, el contenido esencial, si bien trascendente como vengo mencionando, no hace relación con los fines, que tampoco se examinan en este parámetro aplicable a los límites.

1.3.- ANÁLISIS CRÍTICO: LOS FINES LEGÍTIMOS COMO UN ASPECTO POCO ANALIZADO EN LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En la Sección 1.1 de este Capítulo se cuestionó, como problemática asociada a la teoría de los límites a los derechos fundamentales, si las Constituciones de España y de Uruguay permiten extraer límites indirectos o inmanentes *implícitos* y, bajo este parámetro, cómo se determinarían los “otros bienes o valores” que, entendidos como implícitos en el texto constitucional, obrarían como fines que restringen derechos fundamentales. A su vez, en la Sección 1.2 se expuso que, en los últimos tiempos y tras el impulso del principio de proporcionalidad, se ha erigido una crítica a la que me afilio, en el sentido de que el principio de proporcionalidad, y los demás criterios y conceptos que actúan como límites de los límites de los derechos fundamentales, como el

²⁶⁰ PRIETO SANCHÍS (2014:237). En este punto cabe notar que la noción de contenido esencial es tomada en cuenta para la tarea de armonización propuesta en Uruguay por RISSO FERRAND (véase *supra* 1.1.3.1, nota al pie 127).

²⁶¹ PECES BARBA (1999:597-598).

concepto de contenido esencial, carecen verdaderamente de un análisis del fin que se persigue con la medida limitadora de dichos derechos.

El objeto de esta Sección es profundizar en el análisis del papel que el fin legítimo desempeña en el marco del principio de proporcionalidad, y cómo la aplicación de éste confluye con la cuestión antes abordada de los límites inmanentes implícitos (*Sección 1.3.1*). Luego me concentraré en analizar cuáles son los fines que las Constituciones de España y Uruguay prevén expresamente en sus respectivos textos y cómo ello ha sido ampliado más allá de su tenor literal (*Sección 1.3.2*). Por último, verificaré que la jurisprudencia sobre límites a los derechos fundamentales carece de un verdadero análisis del fin que con ellos se persigue y de su legitimidad, lo que repercute en la fuerza normativa de los derechos (*Sección 1.3.3*).

1.3.1.- EL FIN LEGÍTIMO EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU CONFLUENCIA CON LA TEORÍA DE LOS LÍMITES INMANENTES

En lo que antecede de este Capítulo, he profundizado en algunos aspectos de la teoría de los límites, analizando el concepto de aquellos límites que denominé indirectos o inmanentes pero *implícitos*, primero, y el principio de proporcionalidad, después. Encuentro en lo anterior una cierta confluencia. Por un lado, la teoría de los límites inmanentes implícitos supone que los límites no solamente derivan del texto expreso de la Constitución, sino que pueden hacerlo de forma implícita. De similar modo, en el marco del principio de proporcionalidad, tanto su origen alemán como su aplicación práctica y la tendencia a su flexibilización han conllevado a que el fin legítimo sea un aspecto que o bien no integra el examen, o bien se analiza de un modo superficial. Como fue adelantado, en los hechos, cualquier fin, salvo que esté claramente prohibido por el ordenamiento constitucional o convencional, parece ser suficiente para aplicar el test de proporcionalidad.

Con base en el principio de proporcionalidad, y para BÖCKENFÖRDE, únicamente se cuestiona si el fin, en líneas generales, es razonable, si tiene una

finalidad pública²⁶². En este mismo punto, en la narración que realiza PRIETO SANCHÍS, se explicita que la restricción a un derecho estará justificada cuando “*aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo*”²⁶³. Para CLÉRICO el fin legítimo es “*un fin que no esté prohibido por la Constitución en forma definitiva*”²⁶⁴. Se trata de una finalidad que “*quepa dentro de las posibilidades de actuación que permite la Constitución*”²⁶⁵. Asimismo, sostiene BERNAL PULIDO que: “*El fin que fundamenta la intervención legislativa en el derecho fundamental debe ser considerado como un fin legítimo, cuando no está prohibido explícita o implícitamente por la Constitución*”²⁶⁶. Para este autor, una interpretación más restrictiva de los fines legítimos implicaría una visión “*demasiado estricta*” del principio democrático, pues negaría que “*el legislador dispone de una competencia para fijarse objetivos propios, diversos de aquellos que aparecen en el texto de la Constitución*”²⁶⁷. Se agrega asimismo un fundamento adicional: su concepción sobre los fines deriva directamente del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, que aplica de esta forma: “*que se disponga de evidencias suficientes de que la Constitución prohíbe expresa o tácitamente el objetivo que el Parlamento persigue*”²⁶⁸.

En definitiva, el principio de proporcionalidad es un principio que relaciona a los medios con el fin²⁶⁹, pero no examina el fin en sí mismo, no restringe las

²⁶² GONZÁLEZ ENCINAR (1995:25).

²⁶³ PRIETO SANCHÍS (2002:75). El mismo autor (2014:199) cuestiona que no queda claro, en el marco del principio de proporcionalidad, si el fin debe coincidir con un principio o valor constitucional o basta que no esté proscripto. Respondiendo a lo anterior, afirma que en la práctica “*puede existir una deferencia hacia el legislador*”.

²⁶⁴ CLÉRICO (2008:130). La autora aclara que el examen de la legitimidad de fines es dificultoso, pero en el marco del principio de proporcionalidad es amplio, puesto que únicamente los casos “claros” y en los que el hecho no se subsuma en una disposición constitucional limitativa al efecto se detendrá el análisis.

²⁶⁵ GONZÁLEZ BEILFUSS (2015:49).

²⁶⁶ BERNAL PULIDO (2007-A:696). En este mismo sentido concluye GÓMEZ CORONA (2002:234) que es más sensato exigir un fin legítimo, que no contradiga la Constitución. En igual punto se pronuncia MARTÍNEZ ZORRILLA (2007:240).

²⁶⁷ BERNAL PULIDO (2007-A:698). Agrega el autor que en esta tesitura: “*Mientras el Constituyente es proclamado como el señor de los fines, el Parlamento se degrada en la categoría de siervo de medios*”.

²⁶⁸ BERNAL PULIDO (2007-A:699 y 704). Concluye este autor que: “*Un fin sólo puede ser catalogado como un fin ilegítimo, cuando está prohibido definitivamente por la Constitución. Cuando se presenta un caso dudoso acerca de la legitimidad del fin legislativo, porque existe una prohibición prima facie del fin, debe aplicarse la presunción de constitucionalidad de la ley. De este modo, el fin legislativo de cuya legitimidad se duda, debe ser considerado como un fin prima facie legítimo y, correlativamente, la ponderación de los principios constitucionales que jueguen a favor y en contra de su legitimidad, debe desplazarse y diferirse hasta la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto*”.

²⁶⁹ BARNÉS (1998:17).

limitaciones a fines realmente habilitadores de intervenciones a derechos, ni estudia si efectivamente se presenta en el caso concreto. Tal sostiene BARNÉS: *“La finalidad de la injerencia constituye un dato externo y ajeno al principio de proporcionalidad, en su término fijo. El fin representa el parámetro a través del cual enjuiciar la medida, una constante que no puede cuestionar y que queda fuera de su campo de tiro”*²⁷⁰.

Lo anterior se corresponde, a mi juicio, y como ya vimos, con el origen alemán de la teoría, basado en la Ley Fundamental de Bonn. En efecto, y en relación con algunos derechos, ésta permite que sea el legislador quien determine los fines a los que pueden responder sus límites, siempre que no sean inconstitucionales, limitándose sólo a analizar los medios para alcanzarlos. Sólo respecto de los demás derechos entraría en aplicación la doctrina de los límites inmanentes. Por consiguiente, si bien ALEXY o CASAL argumentan que la importancia del fin se considera en la fórmula del peso²⁷¹, cabe igualmente apreciar que, dada la complejidad de dicho enunciado, cuasi matemático, su puesta en práctica es dificultosa. Asimismo, lo que se *pesa* en la fórmula es la relevancia de esa finalidad, partiéndose, justamente, de que todas o casi todas las finalidades serán legítimas, siempre que sean públicas. Pues, en la Ley Fundamental de Bonn y en los derechos cuya limitación se prevé por reserva de ley, el legislador tiene libertad en este punto, siempre que actúe dentro del marco constitucional²⁷².

Por lo tanto, el principio de proporcionalidad analizaría únicamente que el fin no esté prohibido por la Constitución, lo que es consecuente con el régimen alemán según lo explicitado. En consecuencia, el fin tendría que ser claramente contrario al ordenamiento constitucional para que este aspecto sea reparado. Me refiero a que el fin no se estudia, excepto si fuera manifiestamente discordante con la Constitución. En síntesis y tal sostiene RODRÍGUEZ RUIZ: *“El objetivo perseguido por el legislador simplemente se asume como un punto de referencia inmutable e incuestionable durante el desarrollo de este test, que sólo cuestiona,*

²⁷⁰ BARNÉS (1998:25).

²⁷¹ Esta es la posición defendida por ALEXY (2017:28) en respuesta a BARAK (2012:249). Asimismo, sostuvo CASAL (2002:126) que en esta etapa corresponderá definir la importancia del fin y si es lo suficientemente trascendente como para justificar la limitación que se realiza.

²⁷² ALEXY (2007:521-522) menciona, incluso, un margen de fijación de fines por parte del legislador, citando diversos ejemplos de la práctica en los que el legislador escoge los fines que habilitan a su intervención.

*pues, los medios empleados para alcanzarlo*²⁷³. Para esta autora esta es la diferencia esencial entre la proporcionalidad (aplicada en Alemania a los derechos cuya limitación se deja en manos del legislador) y la técnica alemana de la ponderación (aplicable en supuestos en que entren en juego límites inmanentes), en la que sí se analizan la importancia relativa del bien limitado y del que impone la limitación.

Como fue desarrollado, la crítica al principio de proporcionalidad se centra generalmente en otros aspectos del examen, como la subjetividad o la escala tríada. Sin embargo, BARAK argumenta la falta de análisis del fin. Sostiene este autor que la legitimidad del fin debe ser un paso previo al principio de proporcionalidad, y corresponde realizar este examen prescindiendo del medio o medida a ser adoptada²⁷⁴.

De similar modo, en otra ocasión he propuesto que: *“La legitimidad en la finalidad resulta un aspecto de necesario análisis a los efectos de concluir respecto al conflicto. Si el fin buscado no es protegido por la norma constitucional -o convencional- entonces no hay razón jurídica para restringir el derecho fundamental. Únicamente nos encontraremos ante un conflicto, al cual habremos de aplicar el principio de proporcionalidad, si el fin es legítimo, de lo contrario, la intervención sería una vulneración sin requerir un ulterior análisis*²⁷⁵.

CASAL, por su parte, también propugna un examen de la licitud del fin perseguido como aspecto previo al principio de proporcionalidad, exigiendo que el fin sea lícito y compatible con los tratados internacionales de derechos humanos. Sin embargo, también afirma que la posición que restringía la limitación a los fines que fueran dirigidos a proteger derechos -y no otros bienes o valores- no fue acogida por la jurisprudencia constitucional²⁷⁶. En efecto, y como ya fue desarrollado, tanto el Tribunal Constitucional Federal alemán, como el TCE y la SCJ de Uruguay permiten la restricción cuando se tienda a tutelar un bien lícito o no prohibido.

El TCE destaca la importancia de que el fin esté determinado y que los destinatarios lo conozcan (STC 52/1995, FJ 5, 37/1998, FJ 8). Sin embargo, si

²⁷³ RODRÍGUEZ RUIZ (1999-A:236).

²⁷⁴ BARAK (2012:249). Sostiene el autor que: *“Rather, we should first examine the legality of the law’s purpose, while ignoring the means used to achieve that purpose”*.

²⁷⁵ GARAT (2016:104)

²⁷⁶ CASAL (2002:123).

bien dicho TCE y la SCJ de Uruguay advierten que el análisis del fin debiera ser un primer paso, previo a la proporcionalidad, cabe concluir igualmente en la importancia relativa de este examen, tanto por entenderse que casi todos los fines son legítimos, como por igualmente continuarse con la proporcionalidad en caso de advertir un problema en el mismo. En este sentido, en Sentencia de la SCJ 576/2017 se declara la inconstitucionalidad de una disposición legislativa que difería el cobro de algunas condenas frente al Estado (artículo 733 de la Ley 19.355²⁷⁷). Pese a ser observado que *“no se advierte la licitud del fin perseguido por la disposición impugnada, que no es otro que el de diferir en forma irrestricta el pago de las obligaciones del Estado derivadas de condenas judiciales”*, el análisis continúa igualmente hacia el principio de proporcionalidad, siendo que lo primero pareciera ser insuficiente para declarar, por sí solo, la inconstitucionalidad de la ley objeto de examen. Algo similar sucede en la jurisprudencia del TCE, tal y como se analizó en las Secciones anteriores.

Coincido, de hecho, con lo sostenido por MÖLLER, en el sentido de que el principio de proporcionalidad ha tendido, en la práctica, a derivar el análisis hacia el último subprincipio (proporcionalidad en sentido estricto), flexibilizando los anteriores pasos²⁷⁸. En lo que respecta al fin, y tal lo ya sostenido, sólo se considera ilegítimo si es claramente discordante con la Constitución, algo de escasa aplicación²⁷⁹.

No caben dudas, luego del análisis realizado, de que el fin perseguido no es examinado profundamente en el principio de proporcionalidad, tomándose como parámetro no cuestionado. Aun cuando estuviera considerado por los Tribunales como un primer paso, agregado a los otros tres, o bien dentro de la proporcionalidad en sentido estricto, no dejo de advertir que el foco de análisis es el medio y no el fin. Es en este punto en el que debemos empezar a plantearnos la importancia de introducir los conceptos de orden público o de interés público como fines legítimos a perseguir por los límites de los derechos fundamentales. A la luz de lo recién analizado, algunos autores definen como un sinsentido dar significancia al contenido de estos conceptos, ya que, bien su

²⁷⁷ Esta disposición se encuentra actualmente derogada por el artículo 16 de la Ley 19.535.

²⁷⁸ MÖLLER (2014:34).

²⁷⁹ En este punto: GÓMEZ CORONA (2002:234). Asimismo, coincido también con las apreciaciones que realiza esta autora (2008:232) en cuanto resulta incluso dificultoso definir cuáles son los *“bienes y valores de rango constitucional”* y descartar, en los hechos, que uno no lo sea.

importancia desaparece ante el análisis de la legitimidad de los medios articulados para alcanzarlos, o bien su determinación se realiza en cada caso concreto, a través de la ponderación: *“la evaluación de la intensidad de ese interés público con el peso del derecho o interés privado que se deba sacrificar para satisfacer aquél”*²⁸⁰.

No comparto dicha posición. Tal como se analizará seguidamente, tanto la Constitución española como la uruguaya prevén fines que habilitarían a la limitación de derechos, por lo que este punto del examen debe tener un destaque inicial y primordial, y corresponde realizar algunas precisiones, aplicables tanto al principio de proporcionalidad como a la teoría de los límites inmanentes o indirectos.

1.3.2.- LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS Y LA INCORPORACIÓN DE FINES PÚBLICOS

La CE prevé expresamente algunos fines por los que se habilitaría la restricción a derechos fundamentales concretos, sin perjuicio del empleo de otros parámetros que harían legítima o vulneradora dicha restricción, según lo antes observado. Así, y entre otros, la CE se refiere específicamente al orden público protegido por ley (artículo 16 CE); a la protección de la juventud y de la infancia (artículo 20 CE); a la alteración del orden público, con peligro para personas o bienes (artículo 21 CE); a la utilidad pública o interés social (artículo 33 CE). La CU, por su parte, incluye referencias a las razones de interés general (artículo 7, 28, 32, 36 y 47), al orden público (artículo 10, 38 y 68); a la necesidad o utilidad públicas (artículo 32), o a la moralidad o seguridad (artículo 68), (*infra* 3.3.3). También así lo hacen las Declaraciones internacionales o Convenciones regionales de protección de derechos, como la CADH y el CEDH.

La característica de todos estos fines, aquello que poseen en común, es que el vocabulario utilizado es esencialmente indeterminado. Para FERRERES COMELLA la ambigüedad semántica se presenta cuando la palabra tiene más

²⁸⁰ BAKMAS (2001). Este autor, más adelante, ejemplifica que para dictar una ley de orden público - limitativa de la autonomía de la voluntad- el legislador debe seguir los pasos del principio de proporcionalidad: evaluar el grado del interés en juego, valorar los distintos medios y ponderar. A este resultado también llega el razonamiento realizado por MATIA PORTILLA (1997:246).

de un significado. A ello se agrega la vaguedad de los términos empleados. Siguiendo al mismo autor, una palabra es vaga cuando puede dudarse de si es aplicable a un determinado objeto o caso²⁸¹. Para WALDRON, por su parte, son conceptos “controvertidos” (*contestables*), pues las personas no pueden dar una definición uniforme e igual de los mismos, aunque los califica como positivos, pues garantizan que en la sociedad se den determinados debates²⁸².

En este mismo sentido, en Uruguay, a propósito de la constituyente de 1934, el ponente STEWART VARGAS observó la imprecisión del vocabulario utilizado por la Constitución, dado que en algunos artículos se hacía referencia a la limitación de derechos fundamentales por razones de interés general, en otros casos por el orden público, la seguridad o la salubridad. Proponía armonizar estos criterios, reduciendo al mínimo estos términos²⁸³.

Como fue antes adelantado, los fines citados conforman lo que la doctrina denomina límites “directos”. No caben dudas de que éstos constituyen fines legítimos cuando así está expresamente previsto en la disposición constitucional que reconoce el derecho en cuestión, y cuando se presentan en el caso concreto, aunque su concreción posea las dificultades propias de su indeterminación. Sin embargo, además de estos, y como también fuera precisado, la doctrina incluye otros límites a los derechos que se entiende que la Constitución les impone, no ya directamente, sino en forma indirecta y, mayor aún, en forma implícita. Se trata de fines que deben “*ser de un modo u otro reconducible[s] al texto constitucional*”²⁸⁴.

Es importante volver a diferenciar aquí, dentro de los límites inmanentes o indirectos, los que califiqué como *explícitos*, de los que se entiendan *implícitos* (*supra* 1.1.2.2). En este punto, el TCE ha enfatizado que los derechos solo pueden ceder frente a los límites que la Constitución imponga “*o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos*” (STC 57/1994, FJ 6). Por tanto, el TCE exigiría, para limitar un derecho, la salvaguarda

²⁸¹ FERRERES COMELLA (1997:19-20).

²⁸² WALDRON (1994:513 y 526) y FERRERES COMELLA (1997:24-26).

²⁸³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:220, Tomo I). Lo sostenido por el ponente puede observarse en: Constitución de la República anotada con la indicación de los debates de la Comisión de Constitución de la Convención Nacional Constituyente (1934:56), Acta No. 27, del 12 de diciembre de 1933.

²⁸⁴ RODRÍGUEZ RUIZ (2016:36) y en igual sentido (1999-A:245).

de otro derecho o bien jurídicamente protegido y lo exige en un análisis positivo -de inferencia del texto constitucional- lo que permite desde ya cuestionar las doctrinas antes señaladas que consideran la legitimidad de todos los fines, siempre que no estuvieren prohibidos, y lo que parecería afiliarse a la exigencia de que los límites sean *explícitos*, y no *implícitos*.

Pero, tal apunta MEDINA GUERRERO sintetizando las palabras del TCE, los límites podrían derivar de: “«*el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente*» (STC 154/2002, FJ 7), o en la satisfacción de «*principios y valores asumidos constitucionalmente*» (STC 22/1981, FJ 9), de un «*fin constitucionalmente legítimo*» (STC 99/1991, FJ 2), o de «*finalidades [...] adecuadas al espíritu constitucional*» (STC 3/1983, FJ 4), o, en fin, se ha sostenido que los derechos sólo pueden limitarse «*en aras de otro interés o libertad fundamental constitucionalmente protegido*» (STC 46/1983, FJ 7)²⁸⁵. Por tanto, de lo anterior surge que, además de los fines indirectos *explícitos*, la jurisprudencia se ha flexibilizado para recibir también a los *implícitos*. En este punto, el Tribunal Constitucional Federal alemán también admite restricciones sobre “intereses de terceros”, o sobre la “prevalencia del interés general”, ello respetando el principio de proporcionalidad²⁸⁶. Lo anterior se condice con lo postulado por la Corte IDH y por el TEDH, en tanto no solo aquellos fines expresamente previstos permiten la injerencia en un derecho, sino también los que sean compatibles con la CADH o con el CEDH, respectivamente²⁸⁷.

La ampliación de los fines se desprende de forma evidente de lo antes detallado. Si bien en las primeras sentencias el TCE enfatizaba que los fines podrían ser indirectos, pero siempre con asidero constitucional, ello no queda del todo claro en el desarrollo posterior, lo que a mi juicio resulta grave, puesto que se admitirían límites sin respaldo constitucional explícito, y hasta en ocasiones, entiendo, ni siquiera implícito²⁸⁸. Asimismo, y aún bajo el postulado de exigir un mediato amparo constitucional, cabe notar que es difícil encontrar un fin que no

²⁸⁵ MEDINA GUERRERO (2008:1165).

²⁸⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán BVerfGE 96, 56, citada en: SCHWABE (2009:69).

²⁸⁷ GARAT (2016:84). Este punto será profundizado en el Capítulo IV.

²⁸⁸ En este punto GÓMEZ CORONA (2008:229 y 231) señalaba que el Tribunal Constitucional requería que el fin a ser protegido con la restricción fuera un derecho o bien de naturaleza constitucional, citándose a este respecto las STC 5/1981 y 11/1981, en la práctica ello se fue flexibilizando.

pueda ser llevado, abstractamente, a la protección de un bien constitucional. Tal sostiene la doctrina española, el TCE ha otorgado una “excesiva amplitud” a la noción de derechos, bienes o valores con capacidad habilitadora para las restricciones²⁸⁹.

En similar sentido, puntualiza MEDINA GUERRERO que los límites inmanentes son los que la propia Constitución prefigura, y ello subyace a la jurisprudencia del TCE. Ello no quita, según precisa el autor, la crítica a la justificación de los límites en algunos bienes cuyo fundamento constitucional es dudoso, o bien la dificultad de identificar cuáles son los bienes constitucionales²⁹⁰. A modo de ejemplo, al “orden público protegido por ley” al que alude el artículo 16 CE (libertad religiosa), y que será objeto de análisis específico en el Capítulo III de este estudio, se le añaden las nociones de seguridad, salud y moralidad públicas, lo que a mi juicio amplía el límite hacia otros conceptos. PECES BARBA, si bien expresa esta crítica, luego la matiza, pues entiende que: *“En realidad esos límites exceden del concepto de orden público, pero no exceden a mi juicio al respeto debido al contenido esencial del derecho, y son especificación de límites generales, aplicados al caso concreto de la libertad religiosa”*²⁹¹. Asimismo, MEDINA GUERRERO también advierte algunos casos en los que el TCE ha basado limitaciones en bienes que no encuentran un asidero constitucional, como es el caso del abuso de los derechos fundamentales -basado en principios de buena fe, el deber de lealtad, entre otros-²⁹²; o bien de los límites que se entienden implícitos, porque, si bien no previstos en la CE, derivan del derecho supranacional regional europeo e ingresan en el derecho interno a través del artículo 10.2 CE (STC 62/1982, STC 154/2007, FJ 13)²⁹³.

²⁸⁹ BARRERO ORTEGA (2006:230).

²⁹⁰ MEDINA GUERRERO (1996:73).

²⁹¹ PECES BARBA (1999:603).

²⁹² MEDINA GUERRERO (1996:79-80). El autor precisa igualmente que no es un tema de “límites” sino de “delimitación”.

²⁹³ MEDINA GUERRERO (1996:87). A favor de esta posición se manifiesta MATIA PORTILLA (1997:237) y BARRERO ORTEGA (2006:232).

No comparto esta posición, pues entiendo que el optar por aplicar la disposición más favorable al derecho (directriz de preferencia) impide ampliar sus límites en base al CEDH. En igual sentido al que propongo se manifiesta, entre otros, DE OTTO (1988:115), para quien el artículo 10.2 CE no puede conllevar a agregar límites inexistentes en la CE. En este sentido se pronuncia también MEDINA GUERRERO (1996:88-89). Por su parte, CARRILLO (1995:72) se pregunta si en relación con los límites para el derecho de reunión prevalece el CEDH o la CE, y concluye enfáticamente que es la CE la que ha de aplicarse *“por establecer un criterio más favorable al ejercicio del derecho fundamental en cuestión”*. En igual sentido, LÓPEZ

Cabe, entonces, cuestionar la potestad del Tribunal Constitucional y, más aún, del legislador para desarrollar estos límites, en el caso de este último dentro del ámbito de lo previsto en el artículo 53.1 CE. La cuestión se pone de manifiesto en el anterior ejemplo relativo a la libertad religiosa. Cabe preguntarse si es posible ampliar las finalidades legítimas que restringirían los derechos fundamentales: en el caso de la libertad religiosa, ésta se limitaría ya no solamente con base en el “orden público protegido por ley” y a la tutela de otros derechos y principios regidos en la Constitución de forma expresa, sino también en otros bienes como la seguridad, salud y moralidad públicas. En este sentido, la interrogante se centra en si es posible justificar que esos otros bienes se extraigan implícitamente del texto constitucional, esto es, que sean límites inmanentes implícitos y, mayor aún, hasta dónde se podría extender este aumento de las finalidades.

Se parte aquí por tanto de la constatación de una ampliación de los fines legítimos que justifican la limitación de un derecho. Tanto la teoría de los límites inmanentes o indirectos y, especialmente, de aquellos que he denominado como *implícitos*, como la doctrina del principio de proporcionalidad, parten de la confluencia natural de los derechos con otros bienes que se reputan constitucionales, siendo que no se detienen a examinar las dos cuestiones que antes he planteado: si la Constitución permite extraer límites indirectos o inmanentes, a modo de fines que legítimamente permitirían la restricción de derechos, aun cuando no se los incluya a texto expreso; y cómo se determinan esos fines, sobre todo cuando la doctrina indica su esencia cambiante y temporal. En esta última hipótesis, los fines pueden ser cualesquiera y no necesariamente los que las disposiciones constitucionales prevén en forma expresa. El derecho de reunión podría pues ser limitado por la consecución de otra finalidad, y no solo del orden público al que alude la norma en forma específica como límite directo, y no sólo la protección de otros derechos o principios recogidos en la Constitución y que actúan también como límites explícitos, si bien indirectos. Ya no se trata entonces de las habilitaciones expresas y directas que incorporó la Constitución, sino de fines indirectos y, además, implícitos que se entienden constitucionales y, como tales, legítimos.

GONZÁLEZ (1997:190-191) y (1995:122). Asimismo, aunque no en forma categórica, se manifiesta EMBID IRUJO (1983:603).

Un análisis de cuáles son los fines legítimos, de su caracterización y componentes y, en definitiva, una profundización en estos aspectos es necesaria en la teoría de los derechos fundamentales. Tal sostiene BARAK: *“Una sociedad que lucha por proteger derechos humanos -una sociedad que toma en serio los derechos humanos- no debe aceptar que toda consideración de interés público justifique una limitación a un derecho constitucional”*²⁹⁴.

1.3.3.- LA INDETERMINACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LEGITIMIDAD DE FINES Y SUS CONSECUENCIAS (PREMISA DE ESTA TESIS)

En esta aproximación al tema que se aborda se han comprobado tres premisas:

- (a) Las herramientas y parámetros que la jurisprudencia de España y de Uruguay comúnmente emplean en la temática de los límites a los derechos fundamentales, sea que les llamemos limitación, principio de proporcionalidad o contenido esencial, entre otros, no realizan un suficiente reparo en la finalidad de la limitación y en si la misma es legítima.
- (b) Por tanto, y si bien los instrumentos normativos incorporan fines que la Constitución expresamente considera legítimos para la restricción de derechos fundamentales, éstos no son objeto de profundización en los casos concretos.
- (c) Más aún, además de los fines directos, la doctrina y la jurisprudencia permiten la confluencia de fines indirectos y, dentro de ellos, de límites además implícitos, esto es, que se entienden, de un modo u otro, protegidos por el ordenamiento constitucional y que permitirían limitar los derechos o, al menos, ponderarse con éstos. Ello nos obliga a preguntarnos: ¿Cuáles son estos fines implícitos? ¿Cuál es su contenido? ¿Cuál es el límite? Las interrogantes no se analizan con profundidad.

De lo anterior, es necesario extraer diversas observaciones a ser tomadas en cuenta a lo largo de este trabajo.

²⁹⁴ BARAK (2012:265). La traducción al español me pertenece. El texto original en inglés es el siguiente: *“A society striving to protect human rights – a society taking human rights seriously – should not allow every public interest consideration to justify a limitation of a constitutional right”*.

Primero, la diferencia entre la *delimitación* y los *límites* es de relevancia, más aún cuando, como ya fue presentado (*supra* 1.1.1), me afilio a la posición de que ambas operaciones son necesarias. Por una parte, considero que no es posible ceñirnos completamente a una delimitación, descartando la existencia de límites y eliminando de la realidad una posible colisión de derechos²⁹⁵. Por otra parte, y desde la otra perspectiva, tampoco la determinación y aplicación de un derecho es únicamente cuestión de límites ni de ponderación. Además, la imprecisión de cuáles son esos límites, o una delegación ilimitada al legislador, conlleva como consecuencia inevitable la flexibilización de la efectividad de los derechos. Entiendo, por consiguiente, que tanto la delimitación, como el establecimiento de los límites de un derecho en circunstancias concretas son operaciones necesarias y, muchas veces, concatenadas. Asimismo, y además de lo anterior, la definición y análisis del fin legítimo es un aspecto que debe ser específicamente atendido a la hora de establecer los límites constitucionales.

La operación de delimitación, entendida como interpretación del enunciado constitucional, es imprescindible como primera tarea a realizar. Es necesario determinar el ámbito de cobertura del derecho, excluyendo de él aquellas áreas ajenas al mismo. Lo anterior nos permitirá excluir diversos conflictos, que son meramente aparentes y cuya aplicación no requiere pues de proporcionalidad, ponderación u otro tipo de análisis. Al mismo tiempo, determinar si un determinado hecho ingresa en el campo de cobertura del derecho de reunión, o de la libertad de expresión, es importante también de cara a ahondar en sus posibles límites. Y es que si nos circunscribimos al derecho de reunión las razones para limitarlo serán unas, mientras que en el caso de la libertad de expresión serán otras. Así, para DWORKIN lo primero que Hércules realiza, para la resolución del caso planteado y en forma lógica y natural, es preguntarse “*cuál es el esquema de principios fijados*”. Para ello, naturalmente, Hércules debía delimitar si el hecho encuadraba -al menos apriorísticamente- dentro de la libertad protegida: “*ahora hay que preguntar más exactamente qué es la libertad religiosa*”²⁹⁶. De igual forma, y una vez definido lo anterior, Hércules,

²⁹⁵ Para SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (1991:98) el conflicto de derechos es inevitable. A ello refiere ATIENZA (1987:195) al mencionar a los “casos difíciles”, en los que existe una contraposición entre valores o principios que deben sopesarse hasta alcanzar el equilibrio.

²⁹⁶ DWORKIN (1977:178).

a mi juicio, debiera preguntarse cuál es el fin contrapuesto, cómo se compone, si es aplicable en el caso concreto, y si dicho fin podría restringir el derecho fundamental en cuestión.

Segundo, la proporcionalidad debe presuponer, necesariamente, que los bienes enfrentados son constitucionalmente protegidos por igual, y para ello es imprescindible un análisis de la aplicación en el caso del derecho, pero también del bien que se aspira a tutelar con la limitación del mismo²⁹⁷. Corresponde estudiar, por tanto, si la limitación de la realización de un culto religioso que realizara una ley española se adecua a la protección del orden público (art. 16.1 CE); o bien si en España o en Uruguay la disolución de una manifestación toma como punto de partida la protección al orden público (art. 21 CE, y artículo 38 CU). Es en este punto, entonces, en el que cabe cuestionarse cuáles son los bienes jurídicos que habilitarían a restringir los derechos, si dependen de cada derecho, o si se trata genéricamente de un “interés público”, como lo ha sostenido el TCE (STC 55/1996, FJ 9; 14/2003, FJ 10).

Coincido con lo postulado por BARAK en tanto entiende que, si bien la protección de un derecho fundamental es un fin legítimo, la tutela de un interés público no siempre lo es²⁹⁸. En Uruguay, CASSINELLI MUÑOZ, al determinar los requisitos para limitar el ejercicio de los derechos fundamentales y además de constatar el cumplimiento con la reserva legal, exigía que la limitación estuviere motivada en razones específicamente previstas en la Constitución: interés general, orden público, moralidad, seguridad²⁹⁹. De similar modo, en España, sostiene PRIETO SANCHÍS que: *“El legislador no puede «inventar» límites a los derechos, que allí donde la Constitución ha tutelado cierta esfera de actuación no cabe introducir nuevas restricciones que directa o indirectamente no forman ya parte de lo querido o permitido por la Constitución”*³⁰⁰.

Sin embargo, cabe analizar aquí los argumentos de la postura contraria a la que propongo, esto es, de quienes indican que cualquier interés público sería

²⁹⁷ En este mismo sentido: DE OTTO (1988:123).

²⁹⁸ BARAK (2012:254 y 256). Esta opinión es citada en sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, No. 234/2014.

²⁹⁹ CASSINELLI MUÑOZ (1988:197).

³⁰⁰ PRIETO SANCHÍS (2002:64) y (2014:220). Si bien comparto lo sostenido por el autor en el pasaje citado, no comparto el análisis posterior, pues invoca como compartible la posición del TCE en STC 57/1994 en cuanto expresa que los límites deben estar expresamente previstos en la Constitución, o en forma “mediata o inmediata” ser inferidos de la misma. En esto último considero que habría que hacer una matización, lo que se abordará en este trabajo.

un fin legítimo, excepto si estuviere prohibido expresamente por la Constitución; puesto que lo verdaderamente trascendente es su ponderación con el resto de los derechos. Para afirmar esto, distintos autores y el TCE apelan a diversos fundamentos. Para empezar, se sustentan en la unidad y coherencia de la Constitución³⁰¹. Asimismo, el TCE explicita que afirmar el criterio que propongo implica impedir *“a los órganos estatales que cumplan adecuadamente con las tareas que les impone el orden constitucional y desconocer que los conflictos entre intereses constitucionalmente protegidos deben resolverse dentro de la Constitución, concebida como una unidad normativa que garantiza un sistema básico de valores. En este marco constitucional, el legislador puede imponer las limitaciones al contenido normal de los derechos fundamentales que vengan justificadas en la protección de otros bienes constitucionales y sean proporcionadas a la misma, que no sobrepasen su contenido esencial”* (STC 196/1987, FJ 6).

Considero que este argumento es un tanto débil, pues la misma unidad y coherencia es la que exige que los derechos especialmente reconocidos sean aplicados en la mayor medida posible, y únicamente sean restringidos en aquellas hipótesis especialmente previstas en la Constitución, por ejemplo, por razones de orden público, interés general, o utilidad pública, dependiendo el caso. Tal explica DE OTTO: *“La primera consecuencia lógica de esta doctrina es que cuando la Constitución habilite al legislador para limitar un derecho fundamental deberá entenderse que no lo hace sólo para proteger el bien a que se alude -por ejemplo, el orden público frente a la libertad ideológica, religiosa y de cultos (art. 16.1), o el mantenimiento de los servicios esenciales frente a la huelga (art. 28.2)-, sino que le habilita también para imponer otras limitaciones en cuanto resulten justificadas por la protección de los demás derechos fundamentales y de los bienes constitucionales reconocidos”*³⁰².

Si entendemos que el legislador podría limitar los derechos persiguiendo cualquier fin, entonces no tienen sentido los fundamentos expresos que la Constitución prevé para habilitar esa restricción. Entiendo estas razones como una garantía material exigida para la limitación, la que no puede quedar en

³⁰¹ Véase: MEDINA GUERRERO (1996:89).

³⁰² DE OTTO (1988:108). Tal señala este autor, lo anterior deriva de las STC 11/1981 y 91/1983, entre otras.

desaplicación por concebir teóricamente a los derechos como absolutamente limitables, confluyendo con otros bienes implícitos, y sujetos únicamente a una proporcionalidad o ponderación³⁰³.

“¿Por qué la CADH -o el CEDH- prevén al orden público, a la seguridad, salubridad o moral como posibles bienes a ser perseguidos en una intervención a un determinado derecho fundamental? ¿Es acorde, la medida en cuestión, con tal finalidad? Este cuestionamiento debiera necesariamente subyacer y preceder a todo análisis de legitimidad en la finalidad estudiada. Pues, es únicamente a través de la respuesta a esta interrogante que se encontrará el sentido de cada uno de los términos y que se podría determinar si, en principio, la medida en cuestión está orientada a su satisfacción”³⁰⁴.

La teoría que vengo refutando no solamente no asegura el cumplimiento y cohesión de la Constitución, sino que, por el contrario, contribuye a un debilitamiento de los derechos. Tal lo sostenía HABERMAS: *“En cuanto a los derechos individuales se transforman en bienes y valores, en el caso individual han de competir por la primacía en el mismo nivel que otros bienes y valores”³⁰⁵*. En igual sentido, para FERRAJOLI: *“La idea de que los principios constitucionales son siempre objeto de ponderación y no de aplicación o, lo que es peor, que pueden ser ponderados con principios morales inventados por los jueces, genera evidentemente un peligro para la independencia de la jurisdicción y para su legitimación política, del que no siempre son conscientes quienes la defienden”³⁰⁶*.

³⁰³ En este mismo sentido, aunque refiriendo al CEDH, sostiene BRAGE CAMAZANO (2009:138-139) que en los casos en los que se prevé en forma expresa cuál es la finalidad que habilitaría una restricción, no es admisible una teoría de límites inmanentes, implícitos o inherentes. El autor cita el artículo 18 del CEDH que dispone: *“Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual hayan sido previstas”*.

³⁰⁴ GARAT (2016:85-86).

³⁰⁵ HABERMAS (1992:332). En este sentido, me parece aplaudible el fallo del TCE (STC 22/1984, FJ 3), señalado por FERNÁNDEZ SEGADO (1993:239), por el cual se descarta que un derecho no pudiera alegarse para entorpecer un fin social que se aludía de rango superior. Tal como sostiene FERNÁNDEZ SEGADO: *“Según el Tribunal, una afirmación como la anterior, realizada sin ningún tipo de matizaciones, conduce ineludiblemente al entero sacrificio de todos los derechos fundamentales y de todas las libertades públicas a los fines sociales, lo que es inconciliable con los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama”*. Agrega el autor que, si bien existen fines sociales *“de rango superior a algunos derechos”*, estos fines sociales deben ser valores constitucionalmente reconocidos, y dicha prioridad debe estar dada en el texto constitucional.

³⁰⁶ FERRAJOLI (2010:41). Cabe puntualizar que el autor igualmente entiende que cierta ponderación es posible, aunque no en todos los casos planteados por el neoconstitucionalismo. Al respecto: FERRAJOLI (2014:121).

Por su parte, puntualizaba MORALES ARROLLO que por la vía de la ponderación se introducen restricciones no previstas en el texto constitucional³⁰⁷. ATIENZA también proponía preguntarnos, en forma previa a la ponderación, si el caso no puede resolverse de otro modo; es decir, si está justificado recurrir a la ponderación. *“En cuanto a si puede evitarse la ponderación, la respuesta, de acuerdo con lo anterior, sería que, al menos en muchos casos, sí; desde luego, podría hacerse cuando se trata de lagunas axiológicas en el nivel de reglas”*³⁰⁸. Esto hace, indudablemente, que los derechos se limiten por bienes que no tengan rango constitucional, o bien por bienes que no estén expresamente contemplados como idóneos para limitar tal derecho³⁰⁹. No se trata tampoco de confrontar bienes públicos, como aspectos de interés social, con derechos individuales y de interés particular³¹⁰.

La tesis antes desarrollada sobre el contenido esencial es, para algunos autores, una prueba de este debilitamiento. Dado que los derechos ya no tienen resistencia frente a los demás bienes, se debió crear un núcleo irreductible, como límite de los límites³¹¹. Pero si bien éste se erige en garantía principal de la eficacia de los derechos, coincido con la doctrina en cuanto el efecto puede operar en sentido contrario, es decir, en el sentido de flexibilizarlos³¹².

En atención a lo anterior, por lo tanto, partiré de las siguientes proposiciones que subyacerán al análisis de este trabajo:

- i. La operación de delimitación y de interpretación del contenido del derecho es necesaria y será el punto de partida del análisis del caso jurídico. En ello, no solo alcanza con excluir aquello que el ámbito de aplicación no contiene, sino también es preciso definir cuál es el derecho que ampara la situación concreta.
- ii. Asimismo, y además de estudiar el o los derechos involucrados, es necesario colocar la perspectiva en sus límites, y profundizar en los fines que la autoridad o el legislador invocan al imponerlos.

³⁰⁷ MORALES ARROLLO (1994:289-290).

³⁰⁸ ATIENZA (2010:12). En esta misma posición se manifiesta FERRAJOLI (2011:72), conforme ya fue citado.

³⁰⁹ En igual sentido: DE OTTO (1988:150).

³¹⁰ Sobre este punto puede verse: PECES BARBA (1999:593); DE DOMINGO (2001:322-327). Retomaré igualmente esta confrontación en el Capítulo V.

³¹¹ DE OTTO (1988:126).

³¹² En este sentido: DE OTTO (1988:126 y 129).

- iii. En este punto, corresponde determinar: si el fundamento esgrimido se adecua a una finalidad constitucionalmente prevista y que permitiría restringir el derecho en cuestión; cuál es el contenido de ésta; y si se presenta en el caso concreto. Pues, de lo contrario, no estaremos ante una hipótesis de conflicto, por lo que no será necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad. Tal como he expuesto: *“La determinación de cuándo estamos ante un fin legítimo merece, por tanto, un detenimiento. Tal fin debiera estar amparado por el texto constitucional y poseer, asimismo, una relación de adecuación con el caso concreto. No se trata, simplemente, de realizar una calificación jurídica en alguno de los valores o bienes constitucionalmente protegidos -incluso para cierta doctrina no prohibidos- sino de dar contenido a tal bien conforme a su propio objetivo, y constatar, efectivamente, que tal principio es realizado -o al menos eso se espera- en el caso bajo estudio”*³¹³.
- iv. Concibo que los fines públicos que podrían limitar un determinado derecho son los expresamente contemplados en el texto constitucional y aplicables para ese derecho en concreto. Si bien comparto que los límites pueden ser directos y también indirectos o inmanentes, estos últimos debieran ser únicamente explícitos, y ya no implícitos³¹⁴. El cuestionamiento que presento es que en la CE y en la CU, por medio de esta teoría, puedan ingresar como limitantes a ciertos derechos, y como habilitación para tales restricciones, otros fines públicos, ya no directos y ya no indirectos pero explícitos, sino también cuando ello no está previsto expresamente en la Constitución y, por tanto, no cuenta con respaldo democrático expreso (límites indirectos implícitos).
- v. La falta de análisis de este punto y de profundización en la caracterización de los fines, repercute, sin dudas, en la garantía de los derechos fundamentales y en su fuerza normativa.

Partiendo de estas observaciones, dedicaré los capítulos siguientes al análisis en concreto de uno de los fines legítimos: el orden público. Si bien este

³¹³ GARAT (2016:105).

³¹⁴ Cabe aclarar que en el ordenamiento jurídico uruguayo, tal ya fue puntualizado (*supra* 1.1.2.1), los derechos que conforman el “bloque” constitucional, con fundamento en el artículo 72 CU se entienden, en la clasificación realizada, como límites inmanentes explícitos (*supra* nota al pie 105).

fin está especialmente contemplado en algunas disposiciones constitucionales y convencionales, se mantiene la interrogante de si entenderlo asimismo como un “orden público constitucional”, tal así lo ha expuesto la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana, quien lo aborda como un límite a otros derechos que no lo incluyen expresamente, como la libertad de expresión (Sentencias de la Corte Constitucional Italiana 138/1985 y 141/1996)³¹⁵.

Tal como señala MORALES ARROLLO, hay quienes argumentan que no es posible concretizar la noción de orden público, en la medida en que tiene un significado amplio y variable, que caracterizan como indeterminable. Sin embargo, coincido también con este autor en que es necesario fijar una serie de pautas o reglas que delimiten y determinen su contenido e interpretación³¹⁶.

Lo anterior posee una importancia primordial. El ejemplo del nudismo utilizado por PRIETO SANCHÍS arroja practicidad a esta temática. Pues, para este autor, y partiendo, en su supuesto concreto, del nudismo como la expresión de un culto religioso, habrá quienes lo entenderán como una alteración al orden público, y habrá quienes no. Asimismo, y dentro de los primeros, la alteración podrá ser moderada, por lo que una prohibición absoluta podría no tener justificación³¹⁷. En este caso, la necesidad de definición del orden público se hace patente. Comenzaré, en el siguiente capítulo, con aproximarme a este término, a su empleo, y a algunas de sus definiciones y significaciones.

³¹⁵ A este respecto también puede consultarse: DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:439).

³¹⁶ MORALES ARROLLO (1994:292).

³¹⁷ PRIETO SANCHÍS (2014:228). El autor utiliza este ejemplo para contrarrestar la teoría de la delimitación. Sin embargo, el ejemplo es útil también para analizar el escaso y flexible análisis del fin que se da en la práctica, al que también se le da una interpretación amplia, como los derechos.

CAPÍTULO II: ORDEN PÚBLICO Y ÓRDENES PÚBLICOS

En este capítulo me aproximaré a la significación que habitualmente se da al orden público en el Derecho, aunque por la variedad y diversidad de sus definiciones más bien debiera referirme a los “ordenes públicos”.

Como primera categorización, clasificaré el concepto de orden público dentro de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, teniendo ello algunas consecuencias de importancia y correspondiendo precisar algunos puntos de partida para el objeto que se estudia (*Sección 2.1*). Conviene aclarar, ante todo, que, si bien me estoy refiriendo a conceptos jurídicos “indeterminados”, ello no supone que éstos no tengan un contenido. Y conviene aclarar, en el caso del orden público, y en relación con ese contenido, que usualmente se hace alusión a un orden público *interno* y a un orden público *internacional*, para indicar los dos ámbitos en los que se emplea el término: el de derecho interno y el de derecho internacional. A estos dedicaré las Secciones 2.2 y 2.3, respectivamente.

Ahondaré, primero, en el denominado *orden público interno* (*Sección 2.2*). En relación con él, no puede hablarse de una sola definición, sino que el contenido aparece integrado por lo que se conoce como una significación material, y otra inmaterial o ideal, acepciones que se emplean en el derecho policial y penal, pero también en el civil y laboral. Me aproximaré, incluso, a las referencias a un orden público *social* y a un orden público *económico*, alusiones que son indicativas de la tendencia actual del uso de estos postulados. Me concentraré, luego, en el *orden público internacional* (*Sección 2.3*), expresión propia del Derecho Internacional Público y Privado, que se refiere a una excepción en la aplicación del derecho extranjero o de la norma internacional. Por último, me cuestionaré si hay tantos órdenes públicos como definiciones analizadas, y cuáles son los aspectos coincidentes y discordantes de las mismas. Se notarán, también, algunos indicios que permitirán preguntarse si es posible percibir un cambio de perspectiva en este término (*Sección 2.4*).

2.1.- EL ORDEN PÚBLICO COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO

Una primera aproximación a la significación del orden público nos lleva a calificarlo como un concepto jurídico indeterminado³¹⁸. Como enseguida veremos, en esta categoría se encuentran aquellos conceptos utilizados por el Derecho cuya definición parece conocerse, pero cuya concreción deviene difusa. Ocurre con el orden público, con el interés general³¹⁹, con la moral o utilidad públicas, o con el interés superior de las personas menores, entre otros.

Un concepto es indeterminado cuando sus límites son imprecisos³²⁰, esto es, cuando su contenido no está determinado con exactitud en la norma³²¹. Son aquellos conceptos en los que el enunciado principal es difícil de delimitar en la práctica³²², cuya constatación en el caso concreto resulta dificultosa³²³. La jurisprudencia uruguaya los ha definido como *“concepto[s] que no delimita[n] el ámbito de la realidad al que refiere[n] de una manera precisa e inequívoca, no permitiendo su aplicación al caso concreto a partir de una simple constatación”* (TCA 298/2014).

No obstante, los conceptos jurídicos indeterminados no ofrecen una carta en blanco a quienes los apliquen. Como expresa GARCÍA DE ENTERRÍA: *“Lo que la ley (aquí la Constitución) pretende es aludir a un ámbito limitado de actuación, perfectamente singularizado, aunque su precisión concreta en cada caso reste imprecisa – porque no se puede hacer de otro modo”*³²⁴. CASTRO, por

³¹⁸ Expresa ORTEGA GUTIÉRREZ (2009:23) que el TCE emplea la terminología de concepto jurídico indeterminado, pero también la de “concepto abierto”, “concepto normativo relativamente abierto”, “conceptos normativos indeterminados”, “preceptos generales e indeterminados”, entre otros. A ello agrego que el TSE refiere también a “normas en blanco”, por ejemplo, en STS 2609/1973 y 1926/1978, entre otras. No me detendré aquí en el fundamento de por qué existen los conceptos jurídicos indeterminados. Las razones pueden ser varias y escapan al objeto de este estudio. A mi parecer, los motivos derivan del lenguaje y de la historia del Derecho. Al respecto también puede consultarse ORTEGA GUTIÉRREZ (2009:19), quien identifica como fundamento el lenguaje, la distancia del momento de creación normativa y la realidad, y la voluntad del constituyente o legislador.

³¹⁹ Respecto de la calificación del interés general como concepto jurídico indeterminado, véase: GARCÍA DE ENTERRÍA (1996:71), y la STC 195/2001. Realizaré una caracterización de este concepto y cómo se determina en el Capítulo III.

³²⁰ SAINZ MORENO (1976:70); GARCÍA DE ENTERRÍA (1996:71); SESIN (2014:204-205 y 208). Para este último autor la imprecisión viene de la vinculación entre el lenguaje utilizado y la materia referida. El concepto indeterminado se diferencia del determinado por una cuestión de grados. Asimismo, precisa que en Italia se los denomina como “discrecionalidad técnica”. Respecto de esta última terminología, cierta doctrina no la comparte por no ser, estrictamente, un supuesto de discrecionalidad. En esta posición: BREWER-CARÍAS (2005:110); FERNÁNDEZ (2008:253); CASSAGNE (2009:82).

³²¹ BREWER-CARÍAS (2005:100). Este concepto es el empleado en la Sentencia de la SCJ 24/1991.

³²² RUOCCO (2012:246).

³²³ GARCÍA DE ENTERRÍA (1962:171); BARBÉ PÉREZ (1967:5); ORTEGA GUTIÉRREZ (2009:17).

³²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA (1996:72).

su parte, sostiene que con la calificación de un concepto jurídico como indeterminado se quiere dar a entender que *“la vaguedad es deliberada, ya que se trata de permitir una interpretación más o menos flexible y dejar al intérprete, sea el administrador, sea el Juez, la última palabra, la de determinación final del contenido con vistas a la aplicación concreta que va a hacerse”*. Ahora bien, y en relación con el orden público, aclara asimismo que esto *“no nos eximirá de definir cuáles son las condiciones con arreglo a las cuales puede afirmarse que un principio o regla es o integra el orden público”*³²⁵.

Por lo tanto, importa aquí analizar la implicancia de calificar al orden público como un concepto jurídico indeterminado. Habrá que determinar qué consecuencias apareja esta consideración. Habrá que detallar, en concreto, si a pesar de ser “indeterminado” su contenido es aún determinable; cómo y por quién lo es; y si ello es controlable en el ámbito jurisdiccional y, en ese caso, bajo qué parámetros.

En lo que sigue me detendré ante todo en el origen de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados. Conviene, en efecto, tener presente que esta teoría surge como un límite a la discrecionalidad administrativa, diferenciándose de ésta y poniéndole freno (*Sección 2.1.1*). Sin embargo, y pese a ello, varios autores, -e incluso la jurisprudencia-, recurren a la discrecionalidad para la determinación de estos conceptos. Me centraré, entonces, en definir cómo se los determina en concreto a través de dos operaciones: la interpretación (*Sección 2.1.2*) y la estimación (*Sección 2.1.3*). Con ello procuraré proporcionar un punto de partida desde el que abordar el concepto de orden público, descartando, asimismo, aquellas teorías que lo entienden como una entelequia carente de significado, o que lo consideran determinable en forma ilimitada por quien lo invoque.

³²⁵ CASTRO (2007:104). El uso deliberado de este tipo de lenguaje, en Derecho, también es señalado por CARRIÓ (1990:32), quien expresa que los términos son usados deliberadamente con imprecisión.

2.1.1.- LA TEORÍA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

El concepto jurídico indeterminado fue entendido inicialmente por la doctrina como un límite a la discrecionalidad administrativa, lo que hace que estos dos institutos se confundan con frecuencia³²⁶.

La discrecionalidad se concibe como la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de cierta acción³²⁷. Es la facultad de elegir, de entre varias soluciones posibles, la que se entiende más idónea para lograr el fin perseguido³²⁸. La discrecionalidad administrativa consiste pues en la facultad de la Administración de decidir “*según su leal saber y entender, si debe actuar o no y, en caso afirmativo, qué medidas adoptar*”³²⁹, de entre las distintas que el Derecho admite. Inicialmente, el concepto de discrecionalidad administrativa se elaboró en Francia para crear un campo de actividad de la Administración que pudiera permanecer impermeable a los tribunales. En ello tuvo influjo la teoría de la separación de poderes y el recelo hacia el Poder Judicial³³⁰. En sus orígenes la discrecionalidad administrativa, por tanto, no estaba sujeta a límites³³¹. Sin embargo, ello varió con el tiempo. Tal expresa GARCÍA DE ENTERRÍA, la primera reducción del dogma de la discrecionalidad fue

³²⁶ Para GARCÍA DE ENTERRÍA (1962:171-172) y (1974:455) esta confusión es un error tradicional que posee consecuencias negativas para las garantías judiciales. Esta confusión se observa incluso en la jurisprudencia de la SCJ. En Sentencia SCJ 133/63 se sostuvo que: “*La Constitución confiere una discrecionalidad limitada al legislador imponiéndole que atienda a razones de interés general*”. Al respecto: PÉREZ MANRIQUE (2000:65).

La concepción de los conceptos jurídicos indeterminados como un límite a la discrecionalidad se corresponde con el desarrollo del Derecho Administrativo hacia la limitación de la discrecionalidad y el mayor control jurisdiccional. A este respecto: GARCÍA DE ENTERRÍA (1962:166), GORDILLO (2007:VIII-14 y ss.); FERNÁNDEZ (2008:31); y DELPIAZZO y RUOCCO (2013:145).

³²⁷ SAYAGÜES LASO (1953:416-417); FRUGONE (1982:94); BRITO (2004-A:432); BREWER-CARÍAS (2008:612); CAJARVILLE (2012:52); DELPIAZZO y RUOCCO (2013:141); GUARIGLIA (2016:258). Asimismo, respecto a las definiciones dadas en Derecho Administrativo, según el autor, véase: DURÁN MARTÍNEZ (2012-A:53-55) y GUARIGLIA (2016:270 y ss.). Esta concepción es la tomada por el Tribunal Supremo de España en STS 2609/1973 y 2820/1978.

³²⁸ CAJARVILLE (2012:52); BARBÉ PÉREZ (1967:5); BRITO (2004-B:566). El TCA en Sentencia 298/2014 la ha definido como la “*libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos*”.

³²⁹ DROMI (1998:178).

³³⁰ CASSAGNE (2009:86). Respecto del antecedente en Francia véase: FERNÁNDEZ (2006:34 y ss.) y (2008:35-39). Tan es así que ARIAS GAYOSO (2010:14) manifiesta que la potestad discrecional es “*uno de los capítulos inconclusos del derecho administrativo*”, y GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (1974:454), citan a HUBER en cuanto expone que la discrecionalidad es “*el caballo de Troya dentro del Estado de Derecho*”.

³³¹ Cabe notar lo pronunciado por la doctrina en cuanto que en los regímenes totalitarios las potestades discrecionales se expanden: FRUGONE (1982:94); CAGNONI (1994:85).

encontrada en la constatación de los elementos reglados del acto administrativo: la existencia de la potestad para producirlo, su extensión, y la competencia del órgano³³². Luego, se incorpora la concepción del fin como un punto reglado más a ser controlado por el Poder Judicial³³³. Así entonces, si el acto administrativo no perseguía el fin debido resultaba ilegítimo, al constatarse una desviación de poder³³⁴. También los derechos fundamentales se entienden hoy como límites a la discrecionalidad de la Administración (TCA 733/2017)³³⁵. El entender a los derechos y a toda la Constitución como un límite a la discrecionalidad se corresponde con el paso del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional. En ello, la evolución del concepto de Constitución, que actualmente otorga a ésta una indiscutible fuerza normativa vinculante a cualquier autoridad, le permite obrar como límite a la discrecionalidad³³⁶.

La discrecionalidad no se identifica pues con la arbitrariedad³³⁷. Por el contrario, se trata de la manifestación de un ámbito de actuación de la Administración en el que ésta debe obrar de forma racional y razonable³³⁸. Actualmente podemos decir que la potestad discrecional encuentra como límites, entre otros: la competencia, la forma, el procedimiento, la motivación, la razonabilidad, el fondo parcialmente reglado, así como la sujeción a la Constitución³³⁹. Asimismo, se entiende que la verificación del fin legítimo y la

³³² GARCÍA DE ENTERRÍA (2009:156).

³³³ En este punto corresponde precisar que el principio del interés público se entiende como un limitante a la actuación de la Administración, tanto en España y por influjo de los artículos 103 y 106 de la CE, pero también en los demás Estados, derivándolo como principio general aplicable. Al respecto: CASSAGNE (2008:3); GARCÍA DE ENTERRÍA (2009:156); ARIAS GAYOSO (2010:20).

³³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA (1962:167-168). El autor agrega que, en España, fue la Ley de lo Contencioso Administrativo de 1956 la que incorporó el control de la desviación de poder. En Uruguay, este aspecto se encuentra establecido en el artículo 309 de la Constitución que establece: “*El Tribunal de lo Contencioso Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder*”.

³³⁵ ARIAS GAYOSO (2010:22); GUARIGLIA (2007:210). Asimismo, cabe recordar la postura de GARCÍA DE ENTERRÍA (1996:87) en tanto entendía a los derechos fundamentales como prioritarios a cualquier potestad discrecional.

³³⁶ Sobre el pasaje del Estado legalista al Estado constitucional puede verse: FERRAJOLI (2001:13-29). En Uruguay sobre esta evolución puede consultarse: RISSO FERRAND (2011:37-44).

³³⁷ FERNÁNDEZ (2008:80-81) vincula esta diferencia con el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, establecido en el artículo 9.3 CE. Para ahondar sobre la aplicación de este por la jurisprudencia, véase: FERNÁNDEZ (2006:251 y ss.). Respecto de la diferenciación entre discrecionalidad y arbitrariedad, véase: CASSAGNE (2008:1).

³³⁸ GUARIGLIA (2016:258 y 271).

³³⁹ ESCOLA (1989:62); GARCÍA DE ENTERRÍA (2009:156); DELPIAZZO y RUOCCO (2013:142). Para CAGNONI (1994:82) la discrecionalidad posee como límite externo la existencia de derechos subjetivos, y como límites internos la buena fe y la razonabilidad respecto del contenido. SAYAGUÉS LASO (1953:420) también admitía límites a la discrecionalidad, entre los que encontraba a la razonabilidad.

adecuación de la acción y de su fundamento con éste también es una limitación (TCA 510/2006; STS 2820/1978)³⁴⁰. Y es que la actuación de la Administración que sea contraria al fin no sería expresión de discrecionalidad, sino de arbitrariedad.

En este marco, los conceptos jurídicos indeterminados, generalmente entendidos como fines de la acción de la Administración, sirvieron para restringir la discrecionalidad administrativa. La doctrina alemana los incorporó como conceptos que apuntan a una única solución justa³⁴¹. Es ésta la postura sostenida en España, primeramente, por GARCÍA DE ENTERRÍA³⁴². Ello supone que la aplicación del concepto en cada caso concreto solo permite una solución a dicho caso; que el concepto está presente en ese caso, o no lo está³⁴³, lo que debe ser acatado por la Administración y controlado por el órgano jurisdiccional: *“no puede ser una facultad discrecional de la Administración determinar a su arbitrio si existe o no perturbación del orden público (...). Afirmar que es discrecional de la Administración determinar si cualquier actividad contraria o no al orden es tanto como aceptar que la Administración pueda hacer caso omiso de esos ámbitos de libertad garantizados”*³⁴⁴.

Para mayor abundamiento sobre los límites que, en Uruguay, el TCA ha impuesto a la discrecionalidad véase: DELPIAZZO y RUOCCO (2013:143 y ss.) y Sentencias TCA 79/2016 y 425/2016, en éstos se destaca la necesaria fundamentación del acto y su razonabilidad. La motivación es, para FERNÁNDEZ (2008:81 y 211), el primer criterio que deslinda a la discrecionalidad de la arbitrariedad.

³⁴⁰ ESCOLA (1989:60-62); CAGNONI (1994:83); BRITO (2004-A:433); ARTECONA (2011:47). Asimismo, esta es la posición adoptada en Francia conforme lo expone BREWER-CARÍAS (2005:110-111).

³⁴¹ CASSAGNE (2009:86); BREWER-CARÍAS (2005:99). Para GARCÍA DE ENTERRÍA (2009:147) no se trata de una teoría, sino de una técnica que emplean las disposiciones jurídicas. El TSE trató a los conceptos indeterminados como límites a la discrecionalidad en la STS 2820/1978. Ello también puede ser hallado en el TCA en Sentencia 510/2006.

³⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA (1962). El trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA es calificado por FERNÁNDEZ (2008:30) y por SÁNCHEZ MORÓN (1995: 19) como un hito en la historia del Derecho Administrativo español. La tesis fue recepcionada por la jurisprudencia del TSE en STS 2500/1964 del 28 de abril de 1964, que citaré seguidamente. Esta misma tesis es recibida, en Uruguay, por el TCA en Sentencia 927/2000, aunque ya se observa un antecedente en el fallo TCA 373/1998. También puede observarse en TCA 298/2014.

³⁴³ En terminología de GARCÍA DE ENTERRÍA (1962:172) y (1996:83) debiéramos referirnos a que hay una *“unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta”*. En este mismo sentido también se pronuncian GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (1974:456); FRUGONE (1982:94); CAGNONI (1994:84); BREWER-CARÍAS (2005:101-102); FERNÁNDEZ (2008:99); y ORTEGA GUTIÉRREZ (2009:18). Prefiero, no obstante, adoptar la terminología de que se presenta una única solución *acorde a Derecho*. Pues, la referencia a la justicia de la doctrina alemana y de GARCÍA DE ENTERRÍA podría confundir postulados morales en el examen que se realiza. Es preferible, a mi entender, referir a que la solución obtenida luego de la interpretación es una sola, y es la única que sería compatible con el derecho aplicable.

³⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA (1962:186-187) y (2009:148).

Lo anterior implica, como sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA, que el concepto jurídico indeterminado presenta una realidad determinable³⁴⁵, delimitada por la situación opuesta, que está claramente prohibida. Es en la apreciación del juicio disyuntivo en la que se encuentra la determinación del contenido del concepto³⁴⁶. Ello conecta con otra diferencia de importancia con la discrecionalidad, señalada por BREWER-CARÍAS: mientras ésta última supone una operación de naturaleza volitiva -aunque sujeta a los límites antes detallados-, la determinación de un concepto jurídico indeterminado es una actividad esencial y únicamente intelectual³⁴⁷.

De este modo, los conceptos jurídicos indeterminados limitaron la discrecionalidad administrativa en dos sentidos complementarios. La Administración debe ahora ceñirse a la aplicación del concepto, para lo cual se debe limitar a realizar una operación intelectual. Es lo que en teoría de los derechos fundamentales MEDINA GUERRERO denomina como la labor de *concretización*. Ciertamente, el autor confiere a la concretización un significado antifolológico. De un lado, define esta operación como *“la actividad creativa destinada a dotar de sentido a una norma cuyo contenido no está enteramente prefijado por la Constitución”*³⁴⁸, circunscripta dentro del marco constitucional, pero con cierto margen de maniobra. Pero también, y a la vez, la concretización se entiende como *“lo que no es propiamente sino la interpretación de la Constitución, esto es, la acción de determinar cuál es el único sentido que debe atribuirse a un concepto que no está claramente perfilado en la Constitución. En este caso, la concretización entraña la actividad de descifrar el -único válido- contenido preexistente de la norma constitucional”*³⁴⁹. Como apunta MEDINA GUERRERO, la frontera entre ambas apreciaciones puede parecer, en algunos casos, permeable. En todo caso, en el supuesto de los conceptos jurídicos indeterminados nos encontramos ante la concretización en el segundo de los

³⁴⁵ GUARIGLIA (2007:197) también manifiesta que el concepto jurídico indeterminado *“admite ser precisado en el momento de su aplicación”*.

³⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA (1996:83). El control jurisdiccional sobre lo que el concepto no es fue también el habitual. A este respecto en la STC 113/1994 (FJ 12) y STC 179/1994 (FJ 8) se otorga un margen de apreciación al legislador, en el que el Tribunal se abstiene de controlar, pero en el que sí puede fiscalizar que no se aplique aquello que el concepto no dispone.

³⁴⁷ BREWER-CARÍAS (2005:102).

³⁴⁸ MEDINA GUERRERO (1996:25). BÖCKENFÖRDE (1993:126-127) también refiere a la concretización, y también así lo hace HESSE (1983: 63 y ss.).

³⁴⁹ MEDINA GUERRERO (1996:25).

dos sentidos apuntados. Y es que, pese a admitir que cuando efectivamente se presenten puede haber cierto margen de actuación, según se precisará luego, la concretización se ve aquí condicionada por el marco constitucional que da contenido al concepto, por lo que se presenta en el caso, o no. En el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados la concretización no es una actividad creativa, sino interpretativa, correspondiendo posicionarnos en el segundo de los sentidos antes dados³⁵⁰.

Además, y a los efectos del control jurisdiccional, la determinación del concepto jurídico indeterminado se aborda como una acción reglada, controlable por el juez que, en línea con lo recién expuesto, da al caso una única solución. La discrecionalidad *“permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho”*³⁵¹.

Esta posición fue adoptada, en España, por el Tribunal Supremo en la STS 2500/1964³⁵², en la que sostuvo que: *“la tesis que se rechaza está basada en una confusión de los llamados conceptos jurídicos indeterminados con los poderes discrecionales perfectamente diferenciados en defensa de una más acabada garantía judicial por la técnica jurídica moderna, según la cual, las facultades discrecionales se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede escoger la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprendida dentro de la norma la solución concreta, mientras que el concepto jurídico indeterminado (ruina, precio justo, utilidad pública, etc.) es configurado por la Ley como un supuesto concreto de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho”*.

También en Uruguay esta aproximación a los conceptos jurídicos indeterminados ha sido asumida por el TCA en Sentencia 298/2014, en la que se invoca que: *“nos enfrentemos a lo que la doctrina ha dado en denominar concepto jurídico indeterminado, en cuanto la disposición en examen refiere a una esfera de realidad cuyo límite no aparece bien precisado en su enunciado,*

³⁵⁰ Lo anterior puede vincularse con lo que postulaba PRIETO SANCHÍS, entre otros autores, al abordar algunos límites al legislador, según fue ya analizado (*supra* nota al pie 80).

³⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (1974:456).

³⁵² La sentencia también es citada en: BREWER-CARÍAS (2005:106) y FERNÁNDEZ (2008:39).

no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto, que necesariamente debe precisarse al momento de la aplicación, no admitiendo más de una única solución justa en cada caso. Lo cual, por otra parte, hace posible diferenciar al concepto jurídico indeterminado del ejercicio de una potestad discrecional que permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho”.

De lo anterior se desprende una clara diferenciación entre los actos discrecionales y la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que éstos actúan como límites de los primeros, y de que, mientras aquéllos permiten a la Administración optar de entre varias soluciones jurídicamente posibles, estos últimos sólo admiten una única solución acorde a derecho³⁵³.

Ahora bien, a pesar de que históricamente surgieran con una función limitadora de la discrecionalidad administrativa³⁵⁴, los conceptos jurídicos indeterminados ofrecen actualmente, a mi entender, y más que un límite a la discrecionalidad, un verdadero presupuesto para la acción administrativa, sea discrecional o reglada³⁵⁵. En efecto, y ante un concepto jurídico indeterminado (por ejemplo, el orden público), procede primero definirlo, para a continuación verificar si dicho concepto se encuentra presente en el caso concreto. Partiendo de este presupuesto corresponderá entonces analizar, luego, si cabe con base

³⁵³ Cabe precisar que, a mi juicio, ello no equivale a afirmar que hay un único medio posible para alcanzar un determinado fin; lo que es única es la concreción que en el caso merece el concepto jurídico indeterminado. En igual posición a la que manifiesto se expresa CASSAGNE (2009:91). Para GUARIGLIA (2007:207-208), por el contrario, cuando entran en juego conceptos jurídicos indeterminados, y en oportunidad del examen de proporcionalidad, no se debe aplicar el subprincipio de necesidad, puesto que se presupone que no hay más de un medio posible. El autor toma como sinónimos la existencia de una única solución, y de un único medio, lo que a mi parecer son cuestiones diferenciadas. GUARIGLIA (2012:153) clarifica su posición, luego, al sostener que en la determinación del concepto indeterminado no es posible optar por una solución que se ajuste al mismo, “sino la que mejor se ajuste”. Por tanto, para este autor, la determinación del concepto ya lleva consigo, en forma intrínseca, el examen de proporcionalidad, optando por una única solución acorde al mismo.

³⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA (2009:149) hace referencia a la función delimitadora.

³⁵⁵ Para FERNÁNDEZ (2008:124-125) la verificación de los elementos del acto administrativo, de los hechos determinantes y del concepto jurídico indeterminado, no es control de la discrecionalidad. BREWER-CARÍAS (2008:613-614) también distingue los presupuestos del acto (aplicación del principio de legalidad) y los conceptos jurídicos indeterminados, de los verdaderos límites a la discrecionalidad. Para RUOCCO (2012:223-224 y 251), la discrecionalidad es una operación que sería independiente a la determinación del contenido del fin. Supondría la capacidad de optar entre más de una solución compatible con el mismo. En esta misma posición: CAGNONI (1994:77) y DELPIAZZO y RUOCCO (2013:145).

en él una determinada acción administrativa, y si la misma es discrecional o reglada.

Los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad se habrían convertido, así, en compartimentos independientes, que entran en juego en forma sucesiva en la actuación administrativa. Como sostiene CAGNONI, primero procede determinar el concepto jurídico indeterminado y apreciar si se presenta en el caso concreto y, luego, en un segundo momento, entraría en juego la discrecionalidad; cuando se le da contenido al acto a realizar³⁵⁶.

Ocurre que, aún en la postura que propongo, cierta doctrina recurre a criterios de discrecionalidad para precisar el significado de un concepto jurídico indeterminado³⁵⁷. Se sostiene que para conocer qué es el orden público o el interés general, o cuándo se presenta la utilidad pública, o si estamos ante el interés superior de una persona menor, la Administración posee discrecionalidad. Se invierte entonces la relación entre el concepto jurídico indeterminado y la discrecionalidad. En efecto, y como analizábamos al comienzo, el concepto jurídico indeterminado surgió, justamente, para limitar la discrecionalidad. Ahora, en cambio, es la discrecionalidad la que dotaría de contenido al concepto jurídico indeterminado, quitando los límites a su significado y volviendo a ser una actividad administrativa impermeable a los tribunales, como así lo concebía la doctrina francesa en forma originaria.

En este punto la pregunta que formula SESIN se sitúa en el centro de la cuestión: se hace necesario discernir *“cómo se integra un concepto jurídico indeterminado, si por medio de la hermenéutica interpretativa o del ejercicio de la discrecionalidad”*³⁵⁸. En ello me concentraré a continuación.

³⁵⁶ CAGNONI (1994:81).

³⁵⁷ En este sentido se manifiesta BANDEIRA DE MELLO, citado por DURÁN MARTÍNEZ (2012-A:57). Este último no comparte la posición. Asimismo, cabe también citar a DROMI (1998:178) para quien: *“La discrecionalidad es una potestad, más o menos limitada, de apreciación del interés público a fin de valorar la oportunidad de la acción y su contenido”*. En similitud con lo anterior, la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de España, de 1956, expresa que la discrecionalidad supone la atribución de una competencia para *“apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público”*. La referencia es citada en: GARCÍA DE ENTERRÍA (2009:155). En esta posición también se manifiesta, en España, SÁNCHEZ MORÓN (1994: 118-120).

³⁵⁸ SESIN (2014:205).

2.1.2.- LA DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO: UNA OPERACIÓN DE INTERPRETACIÓN

Para algunos autores, conceptos jurídicos indeterminados como el de orden público son conceptos imposibles de determinar, o bien sólo pueden precisarse con base en la discrecionalidad, a través de una operación en la que no solamente están en juego cuestiones objetivas e intelectivas, de concreción de su contenido indeterminado, sino también subjetivas. Esto es lo recogido en la jurisprudencia de la SCJ de Uruguay³⁵⁹. En la Sentencia SCJ 24/1991 se define al concepto jurídico indeterminado como aquel que se determina a través de la discrecionalidad. No obstante, si bien en el fallo citado, al igual que en otros (SCJ 943/1994), se puntualizaba que la determinación de un concepto no era controlable en sede jurisdiccional, ello fue paulatinamente variando. Primero, se argumentó que sí eran juzgables los casos de “absurdo o arbitrariedad evidente” (SCJ 662/1995), o que se aparten “ostensiblemente” de los estándares (SCJ 6/2003). Luego, se esbozó un criterio de razonabilidad para el control (SCJ 197/2001 y 138/2004), lo que es desarrollado posteriormente con mayor ajuste, afirmando que, si bien el concepto jurídico indeterminado “*está en la órbita de los poderes discrecionales*”, admite una supervisión por criterios de razonabilidad (SCJ 192/2005). Ello también se vincula con el “margen de apreciación” que algunos autores otorgan a la Administración para permitir que “*pueda arribar a una solución justa dentro del «halo conceptual» del concepto jurídico indeterminado, mediante un proceso de cognición o interpretación*”³⁶⁰.

No es ésta la posición que comparto³⁶¹. Mi postura se acerca más bien a otra doctrina que, tal ya fue abordado, enfatiza la necesaria diferenciación entre

³⁵⁹ También es observado en algunos tribunales inferiores, por ejemplo, en sentencia del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Uruguay– TAT 3 41bis/2009. Una posición distinta fue la adoptada por el TCA, según lo ya comentado (TCA 298/2014).

³⁶⁰ CASSAGNE (2009:87). No obstante ello, y como veré en el apartado siguiente, el TSE, si bien otorga el margen de apreciación, aclara que ello no supone otorgar una potestad discrecional (STS 195/2018).

³⁶¹ En contrario a la posición que he expresado, SESIN (2014:210-211 y 221) no comprende ambas operaciones (interpretación y discrecionalidad) como actos sucesivos. Sostiene que los conceptos jurídicos indeterminados pueden vincularse, o bien a una interpretación, o bien a una actividad discrecional, según el caso. No comparte pues que el orden público pueda dar lugar solo a una única solución acorde con el derecho. Por su parte, GUARIGLIA (2007:205) sostiene que la Administración tendría igualmente un “margen de apreciación” que permitiría presumir que su actuación se encuentra dentro del concepto. Me permito discrepar con esta postura, puesto que no hay razón jurídica para crear de facto una presunción a favor de la Administración. A este respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA (2009:148-149) establece que lo único que tendría la Administración es el privilegio posicional de la decisión previa, y de esa posición

los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad; pues la determinación de los primeros es una operación intelectual y no volitiva, por tanto, no es discrecional³⁶². Al decir de BARBÉ PÉREZ: *“Los conceptos jurídicos indeterminados se resuelven en una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta como resultado de una operación de naturaleza intelectual y no volitiva; y no, como en la actividad discrecional, en una posibilidad de múltiples soluciones justas”*³⁶³.

En igual sentido, en la STS 1549/1978 el TSE expresa que la determinación del concepto indeterminado no es discrecionalidad; no se trata de optar entre varias soluciones igualmente legítimas, sino de “fijar” el concepto en cada caso.

Por su parte, el TCE enfatizó que:

- (a) No hay discrecionalidad alguna para la aplicación del concepto jurídico indeterminado, que ha de hacerse en función de circunstancias concretas, probadas e idóneas, lo que es revisable en vía de recurso (STC 9/1993, FJ 2).
- (b) La determinación se realizará *“sobre un sustrato fáctico sometido a las reglas generales de la prueba, [y] requiere una valoración jurídica acerca de su concurrencia en cada caso concreto”* (STC 143/1992, FJ 1).
- (c) Cabe someter al propio Tribunal Constitucional a los criterios determinantes y los actos aplicativos (STC 195/2001, FJ 6).

ORTEGA GUTIÉRREZ halla en la jurisprudencia del TCE ciertas pautas que permiten operar una aproximación al contenido de un concepto jurídico indeterminado: primero, un método casuístico, pues corresponde encontrar su

deriva una presunción que el autor califica como “puramente formal”. No obstante, luego aclara que los conceptos jurídicos indeterminados poseen dos categorías, pues los subdivide en los de experiencia y los de valor. Los conceptos jurídicos indeterminados de experiencia se controlan únicamente con la apreciación de los hechos. En los de valor, en cambio, ingresan juicios de valor, por lo que la presunción a favor de la Administración se fortifica, pues es, a su juicio, únicamente en casos de error o arbitrariedad en que podrían ser halladas causas para su ilegitimidad.

³⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA (1962:173); BARBÉ PÉREZ (1967:5); DURÁN MARTÍNEZ (2007:133), (2010:284), y (2012-A:57); y GUARIGLIA (2007:197 y 199). En contra de esta postura: SESIN (2014:222) y BANDEIRA DE MELLO, citado por DURÁN MARTÍNEZ (2012-A:57). En esta posición se encuentra la jurisprudencia del TCA desde sentencias 373/1998, 927/2000, 425/2003 y 647/2010. En esta última se expresa claramente que la determinación es una *“función puramente interpretativa ya sin facultades discrecionales”*. La posición también se observa en la Sentencia TCA 273/2015.

³⁶³ BARBÉ PÉREZ (1967:5).

contenido en el caso concreto; segundo, un método negativo, ya que, como vimos en el apartado anterior, es usual que se descarte lo que el concepto no es, aceptando desentrañar su significado a través de la disyuntiva; por último, una serie de parámetros generales de aproximación al concepto, que evitan la arbitrariedad y su uso inadecuado respecto del sistema constitucional³⁶⁴.

En Uruguay, por su parte, se ha recurrido a la definición dada por la doctrina y la jurisprudencia, asumiendo un método casuístico para precisarlos (SCJ 843/2014)³⁶⁵. Asimismo, el TCA aclaró que *“la aplicación del concepto jurídico indeterminado se trata de un caso de aplicación e interpretación de la norma que ha creado el concepto, y es por tanto una aplicación de esa norma, posibilitando al juez fiscalizar tal aplicación, valorando si la situación a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la norma permite”* (TCA 298/2014).

La determinación del contenido del fin de la actuación de los poderes públicos (orden público) supone, por tanto, una actividad de interpretación de este término³⁶⁶. No se llega a conocer qué es ese fin (el orden público), ni si éste se presenta en el caso concreto, a través del querer de quien lo aplique, sino mediante una interpretación acorde al derecho. Tal sostienen WOLFF, BACHOF y STOBER: *“La interpretación de un concepto legal indeterminado es, como toda interpretación, una cuestión jurídica”*³⁶⁷.

Una vez definido esto, y aceptado que está en juego un concepto jurídico indeterminado (el orden público), como fin, en un caso concreto, cabría entonces hacer una estimación de la actuación o la omisión del poder público en relación con él, en el sentido de qué medio es el adecuado para salvaguardar ese fin, es decir, el concepto jurídico indeterminado en cuestión (el orden público).

³⁶⁴ ORTEGA GUTIÉRREZ (2009:123-124).

³⁶⁵ Ello se denota de la determinación, en Derecho Laboral, de la “notoria mala conducta” y puede observarse también en las sentencias del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Uruguay - TAT 1: 142/2008, 252/2010, 441/2010 y del TAT 3 104/2017.

³⁶⁶ Esta misma postura siguen también GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (1974:457). Asimismo, en este sentido parecería haberse pronunciado CASTRO (2007:97) y esta posición fue adoptada por el TCA en fallos 373/1998 y 425/2003.

³⁶⁷ WOLF, BACHOF y STOBER, citados por: GARCÍA DE ENTERRÍA (2009:149).

2.1.3.- LA ACTIVIDAD DE ESTIMACIÓN Y SU CONTROL JURISDICCIONAL: EL “HALO CONCEPTUAL” Y EL “MARGEN DE APRECIACIÓN”

Si bien existe alguna referencia a la “estimación” en la jurisprudencia del TSE³⁶⁸, es GARCÍA DE ENTERRÍA el único autor que alude a este concepto. En concreto, sostiene este autor que: *“el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación, que ha de atenerse necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse, por otra, al sentido jurídico preciso que la Ley ha asignado”*³⁶⁹. Para algunos autores se trata de la misma operación: la interpretación del concepto y un proceso (no volitivo) de estimación³⁷⁰. Para otros, sin embargo, la interpretación del concepto podría dar lugar a un “halo conceptual” que posibilitaría la elección entre varias soluciones, lo que sería similar a la operación de estimación abordada³⁷¹.

Siguiendo a la doctrina alemana, conviene precisar que la estructura del concepto jurídico indeterminado es compleja y tripartita, compuesta de *“un núcleo fijo (Begriffkern) o «zona de certeza», configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o de «halo del concepto» (Begriffhof), más o menos imprecisa, y, finalmente, una «zona de certeza negativa», también segura en cuanto a la exclusión del concepto”*³⁷². Pues bien, dentro del “halo conceptual” se identifica un “amplio margen de apreciación”, que pareciera poder ejercerse con discrecionalidad y sin control jurisdiccional.

En la STC 107/1996 (FJ 10), el TCE recoge esta clasificación tripartita de las zonas del concepto indeterminado y reconoce el amplio margen de que goza la Administración en la intermedia, al que no dota de límite alguno. Similar apreciación realiza, en Uruguay, el TCA (927/2000).

³⁶⁸ En la STS 1549/1978 el Tribunal afirma que la fijación del concepto jurídico indeterminado se realizaría mediante un proceso de estimación, aunque no detalla su contenido.

³⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA (1962:173).

³⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA (1962:173) y GUARIGLIA (2007:207-208).

³⁷¹ CASSAGNE (2009:88).

³⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (1974:458). La clasificación fue originariamente expuesta en España por SAINZ MORENO (1976:197), y a esta clasificación también se remiten GUARIGLIA (2007:200-201), CASSAGNE (2009:88), y ORTEGA GUTIÉRREZ (2009:21). La clasificación fue referida por el TCE en STC 107/1996, FJ 9, y por el TCA en sentencia 927/2000.

En la STC 102/1995 (FJ 9), no obstante, el TCE había diferenciado el ámbito político que integra el margen de apreciación, irrevisable por el órgano jurisdiccional, del control jurídico de razonabilidad de fines y proporcionalidad de medios. No queda claro, igualmente, cuál es la delimitación de estas dos categorías, ni hasta qué punto el Tribunal posee potestad de controlar la decisión tomada dentro del “halo conceptual” o del “margen de apreciación”. Parecería que si bien se expresa teóricamente el juicio jurídico que el Tribunal puede realizar, no se lo vincula, en la práctica, con un efectivo control sobre este margen de apreciación.

No niego la existencia de cierto margen de apreciación, pero entiendo necesario circunscribirlo a ciertos límites. En este sentido, cabe apuntar que por hallarnos en el marco de un concepto jurídico indeterminado este margen no va a ser nunca arbitrario; ni tampoco será discrecional o valorativo, sino meramente interpretativo³⁷³. A esto último pareciera referirse el TSE cuando, si bien otorga un margen de apreciación para determinar el concepto jurídico indeterminado, igualmente aclara que *“ese margen de apreciación, vinculado a la existencia de aquel concepto jurídico indeterminado, de ninguna manera supone que se confiera al Consejo Rector una potestad discrecional -que permitiría, por ejemplo, autorizar o denegar la inscripción atendiendo a criterios de oportunidad”* (STS 195/2018).

Es ahí donde encuentro que reside la diferenciación entre los conceptos de margen de apreciación y de discrecionalidad. Ello refuerza la importancia del fin, es decir, del concepto jurídico indeterminado, punto que fue resaltado también en el Capítulo primero de este trabajo. En efecto, y por una parte, se trata de interpretar y delimitar el concepto jurídico indeterminado (orden público), y de conocer si se presenta, o no se presenta, en el caso concreto. Por otra parte, y para el supuesto de que el concepto jurídico indeterminado esté efectivamente en juego, corresponde valorar si su salvaguarda puede realizarse a través de una determinada acción o medida, para lo cual corresponderá aplicar el proceso de estimación: estimación de si la acción es necesaria, y de qué medio será el empleado.

³⁷³ CASSAGNE (2009:87). Por su parte, ORTEGA GUTIÉRREZ(2009:21) expresa que el margen de apreciación no es de discrecionalidad y únicamente se da en la zona intermedia del concepto.

Esta última operación se relacionará, en algunos casos, con lo que CARRO denomina como “juicio de probabilidad”³⁷⁴. Ante la oportunidad de adoptar o no una acción, corresponderá realizar una estimación de probabilidad. El examen de probabilidad se realizaría en un doble escalón: primero, respecto de si accionar o no accionar -esto es, si es necesario actuar para salvaguardar el orden público-; segundo, respecto de qué medida tomar. Asimismo, en esto último ingresará, como límite, el principio de proporcionalidad ya analizado en el capítulo anterior³⁷⁵. Por tanto, será necesario demostrar que el medio empleado es idóneo, necesario y proporcional.

En contra de lo desarrollado por la mayoría de la doctrina administrativista, entonces, el margen de apreciación es cuasi mínimo. Estamos ante una decisión, no volitiva, sino siempre guiada por el núcleo del concepto jurídico indeterminado³⁷⁶, en este caso el orden público. Estamos, esto es, ante un margen de apreciación de contenido meramente interpretativo. En este punto, y para la operación de estimación, podríamos extrapolar lo que el TCE ha exigido en STC 66/1995 (FJ 3) para el análisis del riesgo de alteración al orden público: *“poseer datos objetivos suficientes, derivados de las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso, a partir de los que cualquier persona en una situación normal pueda llegar racionalmente a la conclusión, a través de un proceso lógico basado en criterios de experiencia”*³⁷⁷.

³⁷⁴ CARRO (1977:622). El autor refería a que el juicio de probabilidad debiera realizarse “*con base a principios de experiencia; experiencia de la vida práctica que conforma ese complejo «conocimiento previo» (Vorverständnis, en el sentido de Esser) de las autoridades de policía, y permite echar mano de la argumentación tópica*”. Este juicio podría, incluso, relacionarse, en teoría, con lo propugnado por ALEXY en su máxima de la seguridad ya abordada (*supra* 1.2.1). Pues, se analiza el grado de certeza de las preposiciones consideradas en el resto del análisis. También ROLLNERT (2014: 258) refiere a la exigencia de un “juicio de probabilidad” al estudiar la ampliación de los límites a ciertos derechos en el marco de discursos o actos vinculados al terrorismo.

³⁷⁵ En España FERNÁNDEZ (2008:235) desarrolla la aplicación del principio de proporcionalidad a este campo. En Uruguay, si bien varios autores -e incluso la jurisprudencia del TCA- mencionan a la razonabilidad como límites de la discrecionalidad, no refieren, en concreto, al principio de proporcionalidad. En términos más cercanos al principio de proporcionalidad se pronuncia CAJARVILLE (2012:52), pues entiende que la discrecionalidad consiste en elegir libremente, entre todas las soluciones admitidas por el derecho, aquella que más se adecue y sea más idónea para lograr el fin perseguido. BRITO (2004-B:569) también puntualiza que “*es necesario que el medio empleado (el acto, en el objeto de nuestro examen) sea razonablemente proporcionado, apto o idóneo para alcanzarlo*”. DELPIAZZO y RUOCCO (2013:146), por su parte, parecerían pronunciarse a favor de la aplicación del principio de proporcionalidad, citando como antecedente el criterio jurisdiccional de la razonabilidad, por ejemplo, en Sentencia del TCA 949/1999. En igual punto se expresa BREWER-CARÍAS respecto de Venezuela (2008:616 y 623).

³⁷⁶ SAINZ MORENO (1976:197-198), GARCÍA DE ENTERRÍA (1996:85).

³⁷⁷ La Sentencia será abordada en el Capítulo III. En este mismo sentido, y para la libertad religiosa, se manifiesta CAÑAMARES ARRIBAS (2005:31).

La Administración estará entonces, simplemente, ante la situación de “privilegio posicional” descrita por GARCÍA DE ENTERRÍA, al ser quien primero toma la decisión³⁷⁸. Ello no implica, no obstante, que el concepto pueda depender de la voluntad ni de la subjetividad de la Administración, ni que le baste con invocar esa posición³⁷⁹. Por el contrario, y conforme vengo abordado, ante un caso concreto debiera igualmente poder acreditar que el concepto se presenta, determinándolo a través de las operaciones de interpretación y estimación, y debiendo demostrar, además, que dicha actuación cumple con el principio de proporcionalidad.

Asimismo, tanto la interpretación del concepto como su aplicación -e incluso el margen de apreciación³⁸⁰- son revisables por el tribunal jurisdiccional competente, en el marco del control a la actividad legislativa o administrativa, según se trate³⁸¹. Este control jurisdiccional, aunque negado en sus orígenes, no suscita actualmente mayor discusión³⁸², a pesar de que, en la práctica, los

³⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA (2009:148-149), véase *supra* nota al pie 361.

³⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA (1996: 74) manifiesta la posición que vengo sosteniendo, en el entendido que “*la Administración tiene la carga de alegar, probar y motivar en cada caso la concurrencia de esa específica causa del interés público legitimador, sin que sea suficiente invocar su posición general de gestor ordinario de ese interés*”. Esta conclusión se hace manifiesta en el análisis de cada uno de los derechos que realizaré en el Capítulo III.

³⁸⁰ Este punto es destacado por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (1974:459-460), siendo significativo, pues toda la actividad, incluso la discrecional, es controlable por el Tribunal. Señalan los autores que de una zona de exención de control se pasó a un supuesto de “dificultad de control”, considerando el tema desde la perspectiva de la prueba y su dificultad para presentarla en el caso.

³⁸¹ A esta misma conclusión arriba la doctrina y la jurisprudencia uruguaya y española, entre otros países. Por ejemplo, véase: SAYAGUÉS LASO (1953:421); GARCÍA DE ENTERRÍA (1962:174), (1996) y (2009:154 y 164); SAINZ MORENO (1976: 350-357); CASSAGNE (2008:9 y ss.) y (2009:82); BREWER-CARÍAS (2005:99). En Uruguay véase las Sentencias del TCA 304/2007, 256/2008, 633/2009, 565/2010, 202/2011, 57/2013, 525/2015, 425/2016, 387/2017, 581/2017, 798/2017 y 846/2017. En esta última consideró que la determinación de los conceptos jurídicos indeterminados es revisable por el órgano jurisdiccional. En España, véase, entre otras, la STS 1851/1966 que es clara en este punto. Asimismo, véase la STC 195/1999 (FJ 6) que expone que: “...*al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, cabe someter al propio Tribunal Constitucional los criterios determinantes y los actos aplicativos*”.

³⁸² La temática analizada ha sido calificada por FERNÁNDEZ (2008:25) como el tema central del Derecho Público, en el que todos debiéramos tomar posición. En igual sentido se ha pronunciado ATIENZA (1995: 6). Sostiene FERNÁNDEZ (2008:178) que el control judicial de la arbitrariedad es “*un denominador común de la cultura jurídica occidental*”. Se mantiene actual igualmente la discusión respecto de si el juez puede sustituir a la Administración. No ingresaré en dicho análisis por depender de cada ordenamiento jurídico y no tener una mayor incidencia en el objeto de este examen. A este respecto puede ahondarse en: GARCÍA DE ENTERRÍA (2009:47 y ss); CASSAGNE (2009); CAJARVILLE (2012:421); ATIENZA (1995), GUARIGLIA (2007:211), FERNÁNDEZ (2008:24 y ss. y especialmente 91 y ss. y 160 y ss.). Este último recopila los distintos artículos publicados por el autor en la materia, citando en postura opuesta a los profesores PAREJO y SÁNCHEZ MORÓN. Al respecto puede consultarse: PAREJO ALFONSO (1993:28 y ss.) y SÁNCHEZ MORÓN (1991:37-39, 57-59 y 122-125) y (1994: 153-162).

En Argentina, por su parte, BAKMAS (2001) cita el caso de la Corte Suprema de Justicia Argentina “Martin y Co.” en el que la Corte establece que el juez debe examinar si la calificación del legislador es correcta, al determinar una ley como de orden público.

tribunales son muchas veces reticentes a ingresar en las razones del acto, auto-restringiendo su actividad³⁸³.

Partiendo de la tesis actual del control jurisdiccional de la actividad administrativa, resta por analizar cómo desentrañar el significado del concepto jurídico indeterminado, cómo se interpreta y qué elementos deben ser tomados en consideración en su aplicación a casos concretos. En este sentido, corresponde precisar que la actividad jurisdiccional de control del legislador o de la Administración en su aplicación de un concepto jurídico indeterminado tampoco es ilimitada³⁸⁴. El órgano jurisdiccional no podría realizar una interpretación del concepto a su antojo, sino que deberá seguir determinadas pautas hermenéuticas para su tarea. Tal sostiene FERNÁNDEZ: *“Si la frontera entre legalidad y oportunidad la establece el juez caso por caso y es el juez quien varía su trazado cuando lo estima procedente, como de hecho ocurre, uno tiene derecho a pensar cualquier cosa, pues, tanto si el juez no explica las razones últimas de su decisión, como si lo hace de forma contradictoria, implícita o explícitamente, es evidente que la teoría falla o, para ser más exactos, que no existe una teoría válida del poder discrecional, ya que todo concluye en un puro decisionismo, según el cual termina siendo discrecional aquello que el juez se abstiene de criticar o corregir”*³⁸⁵.

Por lo tanto, el punto de partida del análisis que aquí se va a realizar será tomar al orden público como un concepto jurídico indeterminado, pero determinable. Su significación es por demás trascendente en la teoría de la limitación a los derechos fundamentales y se realiza por la vía de la interpretación y de la estimación, en atención de la casuística del caso concreto³⁸⁶.

³⁸³ GUARIGLIA (2007:211); CASSAGNE (2009:87). Cabe precisar que en la SCJ este fenómeno se denota con frecuencia, por ejemplo, al observar las Sentencias SCJ 308/2003 y 112/2005. A pesar de ello, tal ya fue abordado, actualmente se admite el control mediante un examen de la razonabilidad de la determinación realizada (SCJ 129/2015). Por su parte FUEYO LANERI (1967:446) daba cuenta en la poca discrecionalidad que se le daba al juez que quedaba, entonces, *“sometido por entero al legislador en aras de la seguridad jurídica mal entendida”*.

³⁸⁴ Las pautas para la actividad jurisdiccional no quedan del todo claras en la doctrina. Para DIÉGUEZ (1976:19 y 28) el orden público es determinado por el juez, sin mayores límites. En otra posición, PLA RODRÍGUEZ (1980:442) expresa que el juez determina el concepto con criterios de razonabilidad. Analizaré a lo largo de este trabajo si dicho criterio es suficiente, o hay otras pautas que guían la determinación del orden público como concepto jurídico indeterminado.

³⁸⁵ FERNÁNDEZ (2008:73).

³⁸⁶ En esto último cabe destacar lo que proponía HESSE (1983:65) en materia de interpretación constitucional, pues la vinculaba con los casos concretos proponiendo una *“actuación tópica orientada y limitada por la norma”*. El autor es citado por: RISSO FERRAND (2014:255).

Me propongo a continuación analizar cómo ha sido generalmente interpretado el concepto de orden público, en su uso por las distintas ramas del derecho, procurando descubrir si las conclusiones anteriores poseen aplicación en la realidad, analizando cuál es la fuente y cuáles son las pautas que guiaron la labor interpretativa de este término en cada uno de los casos. A tales efectos y como fue adelantado, dividiré el análisis en el estudio, primero, del orden público “interno” (Sección 2.2.) y, luego, del orden público “internacional” (Sección 2.3).

2.2.- EL ORDEN PÚBLICO “INTERNO”. UN ORDEN PÚBLICO MATERIAL Y UN ORDEN PÚBLICO IDEAL

Si partimos del significado dado a la palabra “orden”, debiéramos hacer referencia a un estado en el que cada cosa se ubique en su lugar, manteniendo entre ellas el equilibrio³⁸⁷. A partir de aquí, la Real Academia Española definía al orden público como la “*situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protesta*”³⁸⁸. En la última actualización, la referencia fue modificada

Si bien lo anterior podría relacionarse con el método tópico de interpretación constitucional, en tanto lo que se propone se orienta al problema y al caso concreto, diverge de este último en algunos aspectos, pues igualmente parte de un contenido predefinido del concepto, al menos de mínima configuración. Sostiene en España PÉREZ ROYO (2014:107) que el método tópico consiste en “*partir del problema con el que la sociedad se encuentra y de la respuesta que ha recibido por parte del legislador y comprobar si se ha traspasado o no en ella el límite fijado por la Constitución. En lugar de partir de la Constitución para ver si se adecua o no el comportamiento del legislador a lo que en ella se prevé, se procede al revés [...] La interpretación constitucional es, por tanto, una interpretación de límites*”. En igual sentido DÍAZ REVORIO (2016:20-21). Sobre este método puede verse también: BÖKENFORDE (1993:19-27). Lo que propongo y si bien con el vínculo con el caso concreto, en cambio, parte igualmente de la Constitución y de un contenido, al menos mínimo, del concepto jurídico indeterminado (en este caso, el orden público). En similar sentido RISSO FERRAND (2014:255-256) también afirma que el método tópico sólo juega un rol limitado en el marco de la interpretación constitucional, pues no hay libertad para elegir los puntos de vista, sino que éstos serán únicamente los relacionados al problema y surgidos o compatibles con la Constitución.

³⁸⁷ Para mayor abundamiento: DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:86-87). En forma similar, PETROCELLI (1954:7) refiere a la definición de orden dada por San Agustín como “*la disposición de cada cosa en su lugar, en vista a la consecución de un fin*”.

³⁸⁸ Cabe notar que el TCE recurre, algunas veces, a la RAE a los efectos de definir los conceptos indeterminados. Al respecto: ORTEGA GUTIÉRREZ (2009:125) y STC 102/1995 (FJ 4). La definición fue obtenida del Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, edición 2001, el que puede ser consultado en: <http://lema.rae.es/drae2001/> (última consulta: 8/6/2019). Entiendo que esta definición no puede ser sostenida actualmente, al menos en lo que respecta a la ausencia de protesta como necesaria caracterización del orden público. Se ahondará en ello en el Capítulo III, en el marco del examen del derecho de reunión (*infra* 3.2.3 y 3.3.2.2). Respecto de los problemas e interrogantes que plantea esta definición, véase: DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:91 y ss.). Asimismo, otra doctrina la toma como correcta: MONTALVO ABIOL (2010:220).

en este último aspecto, quitándosele la exigencia de ser “sin protesta”, para únicamente hacer mención al estado en el que las personas ejercen “*pacíficamente sus derechos y libertades*”³⁸⁹.

El concepto del orden público encuentra sus cimientos en la doctrina francesa, pero también en la italiana³⁹⁰, y es posible hallar dos acepciones bien diferenciadas: una material y otra inmaterial o ideal. Antes de ahondar en cada una de estas, dedicaré una Sección a analizar el rol que el orden público ocupa en la teoría del Estado, pues dichas significaciones del término están presentes en diversas teorías y en distintos autores que analizan el origen y finalidad estatal (Sección 2.2.1). Luego, ahondaré en la caracterización que usualmente se ha dado al orden público material e inmaterial (Sección 2.2.2)³⁹¹. A continuación, en la Sección 2.2.3 analizaré el uso que han hecho de este término los tribunales de Uruguay y de España, con un importante efecto para la autonomía de la voluntad en materia civil, pero también en otras áreas del Derecho infraconstitucional. Finalmente, en la Sección 2.2.4 ahondaré en los conceptos de orden público *social* y de orden público *económico*, de usual recurrencia contemporánea, vislumbrando algunos cuestionamientos en torno a la utilización actual de los mismos.

2.2.1.- EL ORDEN PÚBLICO COMO INTEGRANTE DE LA TEORÍA DEL ESTADO

Si nos cuestionamos sobre el origen y fundamento del Estado, y si ahondamos en las teorías y corrientes que dan explicación a estas cuestiones, extraemos que las nociones de “orden” y de “orden público” se emparentan con la finalidad principal y que da cimiento a la propia creación del Estado. Sin

³⁸⁹ La actualización modificó la acepción definiendo al orden público como: “*Situación de normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, en la que las personas ejercen pacíficamente sus derechos y libertades*”. El Diccionario de la Lengua Española actualizado, puede ser consultado en: www.rae.es (última consulta 8/6/2019).

³⁹⁰ En este punto, GAVANA DE CARA (1997:22, nota al pie 49) expresa que la obra del italiano Alessandro PACE es fundamental en esta temática.

³⁹¹ Se hará una referencia a las nociones clásicas de esta clasificación. La aplicación concreta en la jurisprudencia constitucional actual, tanto de la concepción material, como de la inmaterial, será realizada en el Capítulo III.

Cabe precisar que PLA RODRÍGUEZ (1980:445-446) refiere a otra diferenciación, aludiendo a un orden público “político”, como estado de tranquilidad, y a un orden público “jurídico” como sinónimo de inderogabilidad de las normas por los particulares. Quizás con algún matiz, el primero se refiere a la acepción material y el segundo a la inmaterial.

pretender realizar aquí un estudio exhaustivo de las teorías y autores que se pronuncian sobre los fines estatales, sí quisiera aproximarme a algunas de aquellas doctrinas que encuentran en el orden, orden público, o aún en los que luego se detallarán como sus componentes³⁹², el fin que da justificación al Estado o, al menos, a su autoridad o poder³⁹³. El motivo es que ello tendrá sus consecuencias en las normas constitucionales que se analizarán en el Capítulo III, así como particularmente en la evolución de la interpretación y del uso de los términos que son objeto de este estudio.

Si bien algunas doctrinas parten de que el fin del Estado es el fomento del “bienestar público” o el “bien común”³⁹⁴, sin concretizar el significado de dichos vocablos, otras, en su explicación del Estado, toman el concepto de *orden* para vincularlo a lo *público*, o a lo *común*, y para emparentarlo con la seguridad y la tranquilidad. Me concentraré a continuación en estas últimas, haciendo una breve referencia a las doctrinas más trascendentes que abordaron algún aspecto del orden público como fin del Estado, vinculado a la tranquilidad (orden material), pero también a la preservación de lo *común* o lo *público* (orden inmaterial). En ello, me propongo también desentrañar quién es, a juicio de estos autores, quien determina el contenido del orden público que debe preservarse como fin. Me referiré a autores que datan desde los orígenes del Estado hasta una etapa actual, procurando abarcar un variado espectro temporal en el que la identificación del orden público con lo material y con el fin estatal se mantiene, aunque con algunas diferencias según será precisado en cada caso.

En la concepción de HOBBS (1588-1679), el estado de naturaleza está caracterizado por una guerra de todos contra todos³⁹⁵, por lo que “*el afán de tranquilidad (...) dispone a los hombres a obedecer de un poder común*”³⁹⁶. La ley primera de la naturaleza es buscar la paz y seguirla³⁹⁷. Se crea, entonces, un poder común, siendo el fin de la institución que ejerce dicho poder garantizar “*la*

³⁹² Por ejemplo, algunos utilitaristas consideran como fin a la *salud pública*, aunque entendiendo a esta como el bienestar del individuo y de la colectividad. Al respecto: FISCHBACH (1929:40); y JELLINEK (1905:244).

³⁹³ Sostiene JELLINEK (1905:225) que estas doctrinas no dan una justificación al Estado en su totalidad, sino tan solo a uno de sus elementos: el poder de imperio.

³⁹⁴ A este respecto véase la síntesis que FISCHBACH (1929:38) realiza, categorizando a estas doctrinas como aquellas que establecen un “fin absoluto del Estado”.

³⁹⁵ HOBBS (1651:102).

³⁹⁶ HOBBS (1651:80).

³⁹⁷ HOBBS (1651:107).

paz y la defensa de todos”, además de preservar la “*seguridad*”³⁹⁸. Nótese que en esta concepción es el Estado el único poder capaz de discernir cuándo la guerra o la paz son necesarias para el “bien público” y qué cantidad de fuerzas deben ser reunidas³⁹⁹.

La conservación de la paz y de la seguridad son tan trascendentes en HOBBS que la aptitud para lograrlas es lo que, en su construcción teórica, diferencia a una monarquía de una democracia. Sostiene este autor que, en una asamblea representativa, el interés común puede confundirse con el interés privado y los representantes pueden preferir el segundo “*porque las pasiones de los hombres son, por lo común, más potentes que su razón*”. Sin embargo, en una monarquía “*el interés privado coincide con el público*”⁴⁰⁰, ya que el mismo confluye en un único sujeto, capaz de discernir qué es lo *público*, qué es lo *común* y cuál es el bienestar, por lo que no habría posibilidad de confusión entre ambos. Aparece, entonces, una dicotomía entre el interés público y el interés privado, siendo que HOBBS desconfía de la representación colegiada como sistema para alcanzar el primero, razón por la que prefiere la monarquía.

En similar sentido, aunque con ciertas diferencias, habremos de analizar el razonamiento empleado por otros autores contractualistas, tal como ROUSSEAU o LOCKE⁴⁰¹. Para ROUSSEAU (1712-1778) el hombre⁴⁰² nace en un estado armonioso, de libertad, aunque de perversión posterior fundado en la desigualdad física o de talento⁴⁰³: “*Supongo a los hombres llegados a ese punto en que los obstáculos que impiden su conservación en el estado natural superen las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en él. Entonces,*

³⁹⁸ HOBBS (1651:145). LÓPEZ PINA (1991:25-26), también aludiendo a la doctrina de HOBBS, advierte, en este sentido, que “*un orden de la mayor e igual seguridad es pieza clave de la justificación del Estado*”. No obstante, continúa citando los casos en los que, invocándose la seguridad, se desnaturalizó la libertad. En estos supuestos califica a la primera como un “ideal destructivo” de la segunda.

³⁹⁹ HOBBS (1651:147). Es de notar que el autor desarrolla la imposibilidad de protesta ante el poder soberano, véase: HOBBS (1651:187 y ss.).

⁴⁰⁰ HOBBS (1651:153).

⁴⁰¹ Respecto de la crítica a estas doctrinas y sobre todo al estado de naturaleza del que parten estos autores, puede consultarse: DUGUIT (1926:5 y 20); y JELLINEK (1905:217 y ss.).

⁴⁰² Cabe destacar que, tanto en ROUSSEAU, como en los demás autores contractualistas citados en este apartado, la referencia a los *hombres* es únicamente al género masculino, excluyéndose toda posibilidad de derechos a las mujeres y de pertenencia a la sociedad. En concordancia con lo anterior, la participación de la mujer en la determinación de las cuestiones de interés público, o del orden público, era nula. A los efectos de ahondar en el rol de la mujer en este pensamiento y, especialmente, en ROUSSEAU véase la obra *Emilio, o De la Educación*. Para un estudio crítico de esta construcción contractualista ilustrada de los géneros, véase CALDERÓN QUINDÓS (2005:165-177).

⁴⁰³ ROUSSEAU (1762:76).

*el estado primitivo no puede subsistir, y el género humano perecería si no cambiaba su manera de ser*⁴⁰⁴. Dicho estado primitivo, armonioso, no podría mantenerse, puesto que se opone a la conservación del hombre⁴⁰⁵. Es por tal motivo que los hombres se unen y dirigen sus fuerzas mediante el contrato social, a través del cual cada asociado enajena sus derechos a la comunidad, en equivalencia⁴⁰⁶, conformando la persona pública Estado⁴⁰⁷.

Para ROUSSEAU es la oposición de los intereses particulares lo que ha hecho necesaria la creación de sociedades, por lo que *“es lo que hay de común en esos diferentes intereses lo que constituye el vínculo social (...) ahora bien, la sociedad únicamente debe ser regida sobre este interés común*⁴⁰⁸. La voluntad general se refiere solo al interés común, el que debe prevalecer: *“la libertad civil que está limitada por la voluntad general*⁴⁰⁹. En este sentido, si hay diferencias entre la voluntad particular (interés privado) y la voluntad general (interés común), sostiene este autor que correspondería quitar de las voluntades particulares *“los más y los menos que se destruyen entre sí, y que da como suma de las diferencias la voluntad general*⁴¹⁰. La voluntad general se conforma, entonces, con el vínculo en común que poseen los individuos, creadores de la sociedad. Aquello que no es *común*, para ROUSSEAU, debe ser descartado, no teniendo ningún tipo de importancia para lo social.

La noción de orden público en esta concepción, además de entenderse como un fin del Estado, se relaciona con el interés común, definido, a su vez, mediante la voluntad general⁴¹¹. En este punto, el pensamiento de ROUSSEAU

⁴⁰⁴ ROUSSEAU (1762:64)

⁴⁰⁵ ROUSSEAU (1762:60). Es necesario precisar igualmente que el estado de naturaleza no es un hecho empírico para ROUSSEAU, sino una construcción teórica para dar explicación al origen del Estado.

⁴⁰⁶ Esta idea de equivalencia entre los individuos puede vincularse con el pensamiento de KANT (1724-1804). En este sentido, KANT (1784: 259) sostiene que: *“El derecho es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de su concordancia con la libertad de todos, en cuanto sea posible según una ley universal; y el derecho público es el conjunto de leyes externas que hacen posible tal concordancia sin excepción”*.

⁴⁰⁷ En este punto HAURIU (1927:56) contrasta las ideas de HOBBS y de ROUSSEAU, pues mientras en el primero el hombre es por naturaleza malo (individualismo pesimista); en ROUSSEAU el hombre es bueno, atribuyéndose el mal a las instituciones (individualismo optimista).

⁴⁰⁸ ROUSSEAU (1762:73).

⁴⁰⁹ ROUSSEAU (1762:74).

⁴¹⁰ ROUSSEAU (1762:78).

⁴¹¹ Esta concepción es la que da cimientos al pensamiento expresado por el Consejo de Estado Frances (1999) y que será precisado en la Sección siguiente (*infra* 2.2.2). Por otra parte, cabe destacar que para JELLINEK (1895:45-47) la concepción contractualista y, más precisamente, la de la voluntad general es contraria a las Declaraciones de Derechos, refiriéndose especialmente a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789.

se distingue del de HOBBS. En HOBBS es el monarca quien define el orden público, incluso desconfiando de las formas representativas, puesto que en estas el interés privado podría alterar la determinación del interés público. En ROUSSEAU, en cambio, la decisión del pueblo es una pieza clave⁴¹², puesto que es la sociedad quien detenta la soberanía y debiera determinar la voluntad general y, en ésta, el orden público. Sin embargo, y no obstante lo anterior, si bien el orden público se determinaría por la sociedad, en ROUSSEAU la voluntad general prevalece sobre lo individual o privado. Ello conlleva a aceptar la voluntad de los más sobre los menos, o de las mayorías sobre las minorías. El orden público, entonces, se definiría a través de dicha voluntad general, dejando de lado los intereses minoritarios y sus concepciones individuales.

Ello reviste extrema importancia para el análisis que realizo en este trabajo, en el que el concepto roussoniano de la voluntad general se verá subsumido en varias de las definiciones de orden público y de interés general que expondré más adelante. Es una concepción que, incluso, puede vincularse en algún punto con la máxima expresada en la teoría utilitarista. En efecto, para los autores utilitaristas, con Jeremy BENTHAM (1748-1832) como su mayor exponente, el fin del Estado es la salud pública, el bienestar del individuo y de la colectividad⁴¹³. Este bienestar se determina como el logro de la máxima felicidad para el mayor número de integrantes de la sociedad. Por lo tanto, la acción gubernamental debiera estar orientada, ya no a un interés general o a un orden público, sino al mayor logro de la utilidad, para una mayor cantidad social⁴¹⁴.

Si bien BENTHAM es crítico con el contractualismo, y por tanto con ROUSSEAU, desconociendo que hubiera una voluntad general conformada desde el contrato social⁴¹⁵, igualmente, y partiendo de la voluntad individual, la transforma en general si logra una mayor utilidad. Por tanto, lo que la concepción roussoniana y el utilitarismo poseen en común es dejar de lado ciertos intereses particulares, prevaleciendo la mayoría social. El interés individual podría verse

⁴¹² Sostiene ROUSSEAU (1762: 122) que: “...*el poder legislativo corresponde al pueblo, y sólo al puede corresponder*”.

⁴¹³ Al respecto véase FISCHBACH (1929: 40) y JELLINEK (1905: 244).

⁴¹⁴ No me detendré en las distintas teorías utilitaristas por exceder ello el objeto de esta sección. A los efectos de un mayor ahondamiento es posible consultar: BENTHAM (1789); y NINO (1973: 391-402).

⁴¹⁵ A los efectos de ahondar en la crítica realizada por BENTHAM a HOBBS, ROUSSEAU y LOCKE me remito a la síntesis realizada por COLOMER (1987: 11, nota al pie 5).

anulado, en ROUSSEAU, por no corresponderse con la voluntad general; en el utilitarismo, por no corresponderse con la mayor utilidad social.

En este punto, cabe introducir el matiz de John Stuart MILL (1806-1873), también en clave utilitarista. Pues hay dos aspectos, relacionados con lo anterior, que merecen ser destacados en el pensamiento de este autor. Primero, que en él se defiende una autonomía individual, por cuanto cada uno es capaz de determinar cuál es su felicidad, no siendo posible que la obligación venga impuesta desde fuera⁴¹⁶. Segundo, que existe en MILL una cierta preocupación por los derechos, aunque entendidos dentro de la lógica de la máxima de utilidad⁴¹⁷. Así entonces, en la concepción de MILL los derechos son tales por cuanto han de ser defendidos por la sociedad. En éstos, la seguridad es primordial; es lo que asegura que *“la totalidad de los bienes (...) no sean puramente momentáneos, ya que nada más que la gratificación del presente podría tener valor alguno para nosotros si se nos pudiese privar, al momento siguiente, de todo lo que tenemos, por parte de cualquiera que fuese en aquel instante más fuerte que nosotros”*⁴¹⁸. Avasallar los derechos de uno, o de una minoría, no sería generalmente posible en la concepción utilitarista de este autor. El supuesto en el que la felicidad de una mayoría se lograra con el desconocimiento de los derechos de una minoría, es solamente aparente. Pues, en tal caso, teóricamente, esa mayoría estaría poniendo en peligro su propia seguridad, lo cual no estaría al servicio de su mayor felicidad.

Si bien es éste un aspecto que me parece significativo y podría relacionarse en cierto modo con el liberalismo de LOCKE, es sin embargo contrapuesto con éste en cuanto que no concibe a los derechos como naturales al individuo -como analizaré a continuación de LOCKE-, sino que éstos son tales por cuanto están fundamentados en la utilidad general. La esfera utilitarista del pensamiento de MILL presenta, entonces, diferencias sustanciales no solo con el contractualismo rousseauiano antes visto, sino también con el liberalismo de LOCKE.

⁴¹⁶ MILL (1863: 64) y (1859:84). Ello también puede ser hallado en BENTHAM. Sobre esto último FARRELL (1997:47) expresa: *“Yo creo que la frase de Bentham muestra su tendencia liberal y antiperfeccionista: el individuo es juez de sus placeres y la sociedad no puede imponerle la lectura de poesía con el pretexto de mejorar su personalidad”*.

⁴¹⁷ Al respecto: MILL (1863: 64 y 118) y (1859:86-87; 149 y ss.); GUISÁN (1995:32); GARCÍA AÑÓN (1997: 90-94); y ÁLVAREZ GALVEZ (2009:328 y ss.)

⁴¹⁸ MILL (1863:118-119).

LOCKE (1632-1704) propone un análisis propio del liberalismo y que procurará salvaguardar, ante todo, un mínimo de bienes. Este autor parte de la existencia de una situación natural de completa libertad, que otorga a los hombres una absoluta igualdad, por lo que todos tendrían los mismos derechos, y ninguno tendrá superioridad sobre otro. La Ley de la naturaleza busca la paz y la conservación de todo el género humano y, siendo natural, cualquiera podría imponer y ejecutar su cumplimiento⁴¹⁹. La sociedad política y el gobierno se construyen a los efectos de salvaguardar los bienes y de constituir un juez imparcial, con autoridad para resolver las diferencias de acuerdo a la ley establecida. La ley siempre habrá de respetar la libertad e igualdad naturales de todos⁴²⁰.

La creación del Estado se explica, entonces, por cuanto los hombres ceden a unos pocos el poder de ejecutar la ley, buscando salvaguardarse mejor en sus personas, libertades y propiedades. Para ello define el “bien común” como el fundamento y el fin del Estado, de la sociedad política y de los legisladores instituidos por ella⁴²¹. Ese “bien común” no es otro que la paz, la seguridad, y el bien de la población⁴²² que el Estado tendrá la obligación de tutelar. No se trata únicamente de asegurar la paz (orden material), sino también de garantizar un mínimo de bienes -libertades y propiedades-, que conforman la propia definición de bien común y, consecuentemente, de orden público. En este sentido, y tal y como sostiene PRIETO SANCHIS, el punto de partida y de llegada en LOCKE es siempre el individuo y sus derechos naturales. El concepto de orden, por tanto, se vincula en su propio contenido con la salvaguarda de ciertos derechos⁴²³.

La importancia del orden público, o de sus componentes, como un fin estatal encuentra también su lugar en los antecedentes de la Constitución de Estados Unidos, expuestos en *El Federalista* (1780), entre otros documentos⁴²⁴.

⁴¹⁹ LOCKE (1773:31 y 34).

⁴²⁰ LOCKE (1773:146).

⁴²¹ LOCKE (1773:110-111, 146 y 149).

⁴²² LOCKE (1773:150).

⁴²³ PRIETO SANCHIS (1986:293). En igual sentido: GONZÁLEZ CASANOVA (1986:107).

⁴²⁴ Ello se puede observar, incluso, en el Preámbulo de la Constitución de Estados Unidos, lo que es señalado por JELLINEK (1905:239-240), quien cita también a otras Constituciones con similar teleología. Asimismo, con esta fuente, el Preámbulo de la Constitución de Uruguay de 1830 también hacía referencia a la común defensa y tranquilidad interior como fin primordial. Al respecto: Actas de la Asamblea General Constituyente y Legislativa del Estado (1830:259). Acta del 3 de setiembre de 1829. En Argentina, por su parte, se menciona el acta del 25 de mayo de 1810, la que primeramente establece derechos, y que asignaba

Incluso en éstos es posible trazar una diferenciación entre los federalistas y los confederales, vinculados los primeros a una postura liberal, con influencias de LOCKE -cierto contenido mínimo al fin estatal, de protección individual-, prefiriendo la forma representativa de gobierno; mientras los segundos conectan con una teoría con mayores influjos de ROUSSEAU, procurando la prevalencia de un bien común (voluntad general), a través de un fuerte gobierno central que facilitara su cumplimiento, y prefiriendo la democracia directa sobre la representativa.

De estos antecedentes, destacaré dos puntos, uno vinculado al orden material, y otro a la noción de un orden público inmaterial o ideal. La preservación del orden material era la razón que daba justificación al Estado. Sostenía JAY que uno de los objetivos en los que un pueblo libre e ilustrado merece fijar su atención es en proveer la propia seguridad: *“la conservación de la tranquilidad y de la paz y en conexión con los peligros provenientes de las armas e influencia extrajeras, así como de las amenazas de igual género que surjan de causas domésticas”*⁴²⁵.

En lo que respecta al orden inmaterial, el “bien público” es mencionado varias veces por MADISON, refiriéndose a un bien distinto de los intereses particulares y opuestos de los distintos sectores de la sociedad. La expresión “bien público” hace mención a un bienestar público, lo que no es equivalente a justicia, aunque sí se vincula con ella. Este autor, argumentando a favor de una forma representativa de gobierno, parte del supuesto de la existencia de intereses contrapuestos entre los distintos individuos o sectores; siendo que, en una democracia pura, no se podría impedir que se sacrificase al partido o al sujeto más débil u odiado. En cambio, en un sistema de representación *“es muy posible que la voz pública, expresada por los representantes del pueblo, esté más en consonancia con el bien público que si la expresara el pueblo mismo, convocado con ese fin”*⁴²⁶. Ello se contrapone drásticamente con los postulados confederales. HAMILTON proclamó la utilidad de la confederación para suprimir los bandos y conservar la tranquilidad interna de los Estados, asegurando la

a la Junta Provincial Gubernativa la competencia de *“velar por el orden, tranquilidad pública y seguridad individual”*. Al respecto: ARAYA (1908:26).

⁴²⁵ HAMILTON, MADISON y JAY (1780:9-10).

⁴²⁶ HAMILTON, MADISON y JAY (1780:36-39).

paz⁴²⁷. Esta concepción posee, sin dudas, un vínculo con el pensamiento de ROUSSEAU antes descrito. Dado que la voluntad general es una sola, en sociedades numerosas sería necesario imposibilitar los conflictos particulares que retrasaren la aplicación de dicha voluntad general, prefiriendo un fuerte poder central, pues ello facilitaría su aplicación⁴²⁸, lo que descarta la democracia representativa⁴²⁹. Asimismo, la voluntad general, en la concepción roussoniana, equivale a lo *común*, prevaleciendo frente a lo *individual* o lo *particular*. Ello marca un claro contraste con lo sostenido por MADISON, de influjo liberal, en cuyo pensamiento subyace la preponderancia del interés particular.

Como pone de manifiesto el recorrido histórico apenas realizado, las concepciones contractualistas tuvieron, sin lugar a duda, una enorme influencia sobre las constituciones actuales⁴³⁰ y, dentro de ellas, en la noción de orden público. Sin embargo, la vinculación entre seguridad, orden público y teoría del Estado no se reduce únicamente al contractualismo. Estos postulados también pueden observarse en otras corrientes, algunas que ya adelanté y otras que abordaré a continuación, críticas con lo anterior y que proponen otro contenido al orden público.

Dentro de la teoría sobre la lucha de clases, MARX (1818-1883) establece que el Estado es el poder que está llamado a amortiguar el choque de clases, o bien a mantenerlo en los “límites el orden”⁴³¹. Aún desde la crítica a la sociedad

⁴²⁷ HAMILTON, MADISON y JAY (1780:31-32).

⁴²⁸ Respecto a lo que vengo mencionando, sostenía ROUSSEAU (1762:78-79): “*Si, cuando delibera el pueblo suficientemente informado, no tuvieran los ciudadanos ninguna comunicación entre ellos, el gran número de pequeñas diferencias resultaría siempre la voluntad general, y la deliberación sería siempre buena. Pero cuando se forman facciones, asociaciones parciales a expensas de la grande, la voluntad de cada una de esas asociaciones resulta general en relación a sus miembros, y particular en relación al Estado. Entonces puede decirse que no hay tantos votantes como hombres, sino solamente tantos como asociaciones. Las diferencias se hacen menos numerosas y dan un resultado menos general. En fin, cuando una de esas asociaciones es tan grande que domina a todas las demás, ya no tenemos como resultado una suma de pequeñas diferencias, sino una diferencia única; entonces ya no hay voluntad general, y la opinión que triunfa no es más que una opinión particular. De modo que, para tener el verdadero enunciado de la voluntad general, importa que no haya sociedad particular dentro del Estado, y que cada ciudadano opine sólo por sí mismo*”.

⁴²⁹ ROUSSEAU (1762:175-178)

⁴³⁰ Véase KORSENIK (1990:280). Si bien este autor afirma la presencia del contractualismo en el artículo 1 de la CU, que define a Uruguay como la “*asociación política de todos los habitantes comprendidos dentro de su territorio*”, propone como ejercicio intelectual preguntarse si sería factible una interpretación histórica-evolutiva, para incorporar la teoría de JELLINEK, en su concepción del Estado como asociación. Asimismo, el autor se refiere a la posibilidad de encontrar influencia del contractualismo en las teorías de José ARTIGAS (1764-1850).

⁴³¹ ESTEVA GALLICCHIO (1992:94).

existente, esta doctrina⁴³² afirma que el poder político es *“la violencia organizada de una clase para la opresión de otra”*⁴³³, por lo que el Estado, en este enfoque, estaría orientado a mantener el orden en la lucha y explotación de una clase frente a otra⁴³⁴.

La visión del orden público es, desde este punto de vista, crítica, por cuanto este orden implicaría el mantenimiento de la opresión de una clase frente a otra que el marxismo proponía modificar. El interés general -al igual que el orden público- no es de la sociedad, sino únicamente de la clase dominante: *“Para el marxismo, las teorías que defienden un 'bien común' del Estado, que sea al mismo tiempo bien de todas las clases y de todos los ciudadanos, son ideologías falsas que encubren la naturaleza clasista de lo que se llama bien común”*⁴³⁵.

No obstante, cabe realizar otras dos apreciaciones del orden público en esta teoría, pues en ella no solamente se expone una perspectiva crítica, sino también otra constructiva. En concreto, se proponía el paso de la sociedad actual a otro tipo de sociedad. En dicho paso, podríamos hallar dos períodos: la transición (dictadura del proletariado) y la sociedad consensual (comunista)⁴³⁶. En la etapa de transición, socialista, el interés general debiera primar sobre los intereses particulares, lo que se concibe como temporal. Si bien no se excluye a nadie de la conformación del interés general, *“los particulares deben darle preferencia, pues su bien individual depende del interés general. Por otra parte, únicamente si se concede la primacía al interés general sobre el interés particular, la sociedad puede progresar y sus miembros gozar de un bienestar cada vez mayor”*⁴³⁷. Ya en la sociedad comunista a la que se quería arribar, el orden estaría vinculado a la real igualdad y libertad de las personas, realidad que no se reflejaba en la sociedad capitalista. El interés general coincidiría

⁴³² Tal como expresa ATIENZA (1983:3-6 y 19), el concepto de marxismo ha sido cuestionado por distintos autores. Algunos agrupan dentro del mismo a la ideología de MARX, y también de ENGELS, LENIN, GRAMSCI, entre otros. Otros, por el contrario, entienden hasta discutido que el propio MARX tenga una sola ideología, puestas las variaciones en su pensamiento.

⁴³³ MARX y ENGELS (1848: 61).

⁴³⁴ Esta visión crítica también puede hallarse en ENGELS. Al decir de ATIENZA (1983:9), *“el Estado - escribía Engels en 1981- no es más que una máquina para la opresión de una clase por la otra, lo mismo en la república democrática que bajo la monarquía”*.

⁴³⁵ ANTOLIN (1956:11).

⁴³⁶ ANTOLIN (1956:53).

⁴³⁷ ANTOLIN (1956:53).

perfectamente con los intereses particulares⁴³⁸, por lo que no se presentaría dicotomía alguna y el orden público sería definido positivamente, como el estado en el que se mantendría una real y no aparente libertad e igualdad: *“la verdadera libertad, la libertad personal (que para Marx es un concepto positivo) significa el máximo desarrollo del individuo (el fin de la alienación) y exige, por lo tanto, la abolición del trabajo y de la propiedad privada y, en general, de las condiciones de existencia de la antigua sociedad burguesa”*⁴³⁹.

A este respecto, ATIENZA, citando a BOSH, expone la perspectiva constructiva de la teoría de MARX respecto de la libertad, pues: *“estaba tan lejos de ser un crítico de la libertad que, por el contrario, interpretó a la libertad como un glorioso derecho humano, en verdad como la base para su propia crítica de la propiedad privada. Ello explica las conclusiones que extrae: no libertad de propiedad, sino libertad respecto de la propiedad; no libertad de comercio, sino libertad respecto de la anarquía egoísta del comercio no reglamentado; no emancipación del individuo egoísta respecto de la sociedad feudal, sino emancipación de la humanidad respecto de cualquier tipo de sociedad de clases”*⁴⁴⁰.

También desde un enfoque social y fáctico, DUGUIT (1859-1928) parte de la sociedad como hecho primario y natural, unido por vínculos de solidaridad o interdependencia social⁴⁴¹, para sostener que el poder político es “una cosa de hecho”, producto de la evolución social⁴⁴². En lo que respecta al orden público, podemos encontrar en su doctrina la referencia a la acepción material y a lo inmaterial. En el enfoque material, el fin del Estado es el cumplimiento de los servicios públicos⁴⁴³, y la realización de estas actividades por los gobernantes, y no por los gobernados, es lo que les daría, de hecho, la autoridad. Dentro de los

⁴³⁸ ANTOLIN (1956:53-54). Es de precisar igualmente, como lo hace ANTOLIN, que algunos marxistas introdujeron posteriormente una revisión a MARX, incluyendo que aún en la etapa comunista lo social debiera primar sobre lo individual para que pueda realizarse el progreso social continuo. A esta última posición es a la que se refiere, en su crítica, el Consejo de Estado Francés (1999).

⁴³⁹ ATIENZA (1983:97). Respecto de la crítica a esta concepción véase: ANTOLIN (1956: 54-55).

⁴⁴⁰ ATIENZA (1983:14).

⁴⁴¹ DUGUIT (1926:8-10). El autor señala que los hombres viven en sociedad por la solidaridad por similitud y la solidaridad por división del trabajo. La primera, tendiente a satisfacer las necesidades comunes, cuyo cumplimiento no puede ser asegurado si no es por la vida en común; la segunda, explicada por las necesidades distintas, lo que supone la exigencia del cambio de servicios recíprocos entre los integrantes de la sociedad.

⁴⁴² DUGUIT (1926:25).

⁴⁴³ DUGUIT (1926:52).

servicios públicos DUGUIT incluye tres actividades esenciales: la justicia, la defensa exterior y la policía. *“El servicio de policía se ha erigido también, desde el primer instante, en servicio público. Entendemos por policía, en un sentido general, el servicio que tiene por objeto hacer reinar el orden, la tranquilidad y la seguridad en lo interior del grupo social y en el territorio ocupado por él”*⁴⁴⁴.

En lo que refiere a lo inmaterial, por su parte, este autor realiza una enfática crítica a la teoría de la voluntad general antes analizada, lo que lo vincula -en este punto- con la visión marxista. Para DUGUIT, la voluntad general o el interés público suponen la imposición de una mayoría por encima de una minoría, *“y no se demuestra, no es posible demostrar que una mayoría posea legítimamente el poder de imponer su voluntad, aun cuando esta mayoría constituyese la unanimidad menos uno”*⁴⁴⁵. Y es que en la teoría del Estado de este autor el Derecho se funda en la solidaridad social⁴⁴⁶. Por consiguiente, si quisiéramos hallar un concepto de orden público inmaterial en esta doctrina, debiéramos recurrir a la máxima formulada: *“no hacer nada que cause perjuicio a la solidaridad social bajo cualquiera de sus dos aspectos, y hacer todo lo que, por su naturaleza, es preciso para realizar y desarrollar la solidaridad social mecánica y orgánica”*⁴⁴⁷.

Es interesante contrastar los postulados de DUGUIT con lo antes mencionado por LOCKE. Para DUGUIT, a diferencia del pensamiento de LOCKE, el hombre no posee derechos inherentes por el hecho de ser tal, sino únicamente por estar vinculado a la sociedad. Como integrante de la sociedad, y por la interdependencia mencionada, el hombre posee ciertas obligaciones -desempeñar su papel social- y derivadas de las mismas tiene derechos subjetivos *“cuyo principio y cuyos límites se hallan de esta suerte determinados por la misión social que aquél debe llenar”*⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ DUGUIT (1926:75).

⁴⁴⁵ DUGUIT (1926:22). Esto incluso podría vincularse con el pensamiento de MILL (1859:79), quien propugnaba una autonomía individual a los efectos de determinar su felicidad, según ya fue abordado: *“Por consiguiente, las opiniones de los hombres acerca de lo que es loable o reprochable se ven afectadas por todas las múltiples causas que influyen sobre sus deseos respecto del comportamiento de los demás y son tan numerosas como las que determinan sus aspiraciones en cualquier otro asunto (...) Dondequiera que exista una clase dominante, una gran parte de la moralidad del país emanará de sus intereses de clase y de sus sentimientos de superioridad de clase”*.

⁴⁴⁶ DUGUIT (1926:8-10).

⁴⁴⁷ DUGUIT (1926:11).

⁴⁴⁸ DUGUIT (1926:13).

También, en fin, autores más contemporáneos tratan al Estado como una forma de organización política cuya principal misión es garantizar el orden⁴⁴⁹. En este sentido, BÖCKENFÖRDE se refiere a la cuestión de si es posible prescindir del Estado “*como una determinada forma de orden*”. Asimismo, hace referencia a que todo Estado requiere de una *comunidad*, por lo que cuando las diferencias de forma de pensar, de vida o de tradición son muy grandes, “*la convivencia en un solo orden estatal es demasiado difícil*”⁴⁵⁰.

Hasta aquí un análisis del vínculo del orden público con la teoría del Estado. Concretizando lo desarrollado, nos encontramos con que el primer vínculo entre Estado y Constitución estará dado por un fin: la preservación del orden público. Éste se entiende como paz y tranquilidad, de índole material, pero también como la persecución de los intereses comunes, que conforman el bienestar general, lo que se relaciona con la definición inmaterial.

Dedicaré la Sección siguiente a ahondar en cada uno de estos dos significados, para luego analizar cómo este término ha sido empleado en el derecho infra-constitucional. Si bien reservaré el análisis constitucional para el Capítulo III, el orden público ha sido un término multicitado al momento de justificar una restricción de derechos, operando en las distintas ramas del Derecho y limitando la libertad con su invocación, en cada una de éstas.

2.2.2.- LOS CONCEPTOS MATERIAL E INMATERIAL DE ORDEN PÚBLICO EN SU REFERENCIA CLÁSICA

Conforme vengo abordando, el analizar la expresión de “orden público” es posible identificarla con una esfera material o natural, entendida como un estado de tranquilidad o de ausencia de violencia. Se trata del “orden en la calle”, el que clásicamente HAURIUO definía como el estado de hecho opuesto al estado de hecho que es el desorden⁴⁵¹. Esta concepción material del orden público se vincula con la tranquilidad y seguridad; con el fin de *orden* que procura ser

⁴⁴⁹ Las principales acepciones de orden público en este sentido serán objeto de estudio en las Secciones siguientes de este Capítulo.

⁴⁵⁰ ENCINAR (1995:16)

⁴⁵¹ IZU BELLOSO (1988:238). También HAURIUO concebía al orden social como una estructura equilibrada que representa un mínimo necesario para la existencia de la sociedad, aunque el mismo es cambiante. Al respecto: ZABALLA (1946:84).

mantenido por las fuerzas policiales. IZU BELLOSO lo caracteriza como “*el simple orden material u orden externo de la calle, la tranquilidad exterior*”⁴⁵².

La tranquilidad y la paz en la vida ciudadana son, entonces, adjetivos que conducen a darle contenido al orden público⁴⁵³. Dentro de esta identificación hay, incluso, diversas posiciones. Para algunos autores este orden público es un concepto amplio, que engloba al de seguridad; para otros es un orden en sentido estricto, de “*tranquilidad y sanidad pública*”⁴⁵⁴. Puntualizó DROMI que: “*la seguridad es un predicado del orden; del orden social (convivencia); del orden político (democracia); del orden público (paz y estabilidad); y del orden jurídico (Estado de Derecho)*”⁴⁵⁵. El TCE, por su parte, en ATC 54/2010 (FJ 4) entiende que el legislador puede establecer ciertos requisitos para el ingreso y permanencia de extranjeros en España, en aras a garantizar este “orden público interno” entendiéndolo en un ámbito material y, en sentido amplio, como seguridad o tranquilidad.

En similar posición, aplicada al Derecho Penal, para MUÑOZ CONDE es posible adoptar una definición amplia de orden público, que abarcaría a todos los delitos tipificados por el Código Penal; pero también otra restringida, caracterizándolo como “*la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana*”⁴⁵⁶. En esto último la salvaguarda del orden público aparece como “*imprescindible para el buen funcionamiento de la vida ciudadana, léase, vida ciudadana democrática y no autoritaria*”⁴⁵⁷. Esto marca un matiz de relevancia, que será profundizado a lo largo de este estudio, pero que debe desde ya ser remarcado. Pues, incluso siguiendo las históricas tesis de entender al orden público como paz y tranquilidad, cabe señalar que “*esta idea de*

⁴⁵² IZU BELLOSO (1988:250).

⁴⁵³ ÁNGEL DEL ARCO (1985:478); ÁLVAREZ ORTEGA (2003: 23) y VILLA-REAL y ÁNGEL DEL ARCO (2006:369).

⁴⁵⁴ PALÉS (2001:1061).

⁴⁵⁵ DROMI citado por: DELPIAZZO (2006:300).

⁴⁵⁶ MUÑOZ CONDE (2017:741).

⁴⁵⁷ QUERALT JIMÉNEZ (2015:1261).

*tranquilidad no significa quietud ni silencio*⁴⁵⁸, punto desde ya discordante con la definición de la Real Academia Española que antes era dada (*supra* 2.2)⁴⁵⁹.

En este punto del análisis importa igualmente destacar la imprecisión de las definiciones dadas. Pareciera que todos imaginamos qué implica el orden público en su esfera material, aunque no es posible concretizarlo. Incluso ESCOLA lo entiende como *“la situación de hecho, de la que el desorden es la noción antitética, oposición de la que todos tenemos una clara conciencia”*⁴⁶⁰. También CABANELLAS dejó manifiesta la dificultad para su determinación, especialmente en lo que respecta a cuáles son sus límites y fronteras. No obstante ello, y siguiendo a POSADA, le otorga una significancia como estado de *normalidad*⁴⁶¹. Hay, por lo tanto, en todas las definiciones, una recurrencia hacia otros conceptos indeterminados. El orden público se identifica, así, con un estado de normalidad, tranquilidad, de orden, de paz, de seguridad. Se desconoce con exactitud, no obstante, cuál es la significación de éstos, por lo que el problema en la indeterminación persiste. Ello hace, incluso, que los límites al orden público y, por ende, a la actividad policial sean también imprecisos⁴⁶².

Lo anterior se relaciona con la discrecionalidad antes estudiada. Expresa la doctrina que las medidas de policía tomadas por la Administración permanecían bajo el amparo de la discrecionalidad y, por tanto, exentas de control jurisdiccional. Ello fue cambiando en forma paulatina, de acuerdo a lo expuesto (*supra* 2.1.1)⁴⁶³. También el propio concepto de “policía” se fue restringiendo. Mientras en un primer momento esta palabra hacía referencia a casi toda la actividad estatal⁴⁶⁴, teniendo por objeto la preservación de un orden material, pero también de aspectos inmateriales o ideales, luego,

⁴⁵⁸ QUERALT JIMÉNEZ (2015:1262). El autor precisa también que *“la tranquilidad está integrada por el ejercicio de los derechos de los ciudadanos; por ello, el ejercicio de un derecho pacíficamente no daña la paz pública, aunque cause molestias generalizadas”*.

⁴⁵⁹ En el Capítulo III estudiaré, más precisamente, cómo esta acepción material se aplica en la jurisprudencia constitucional actual respecto del derecho de reunión, y cuáles son los elementos que para la misma integran, más concretamente, al orden público: la seguridad, la moralidad y la salubridad públicas.

⁴⁶⁰ ESCOLA (1989:190).

⁴⁶¹ CABANELLAS DE TORRES (1979:225).

⁴⁶² Este punto fue señalado por CARRO (1977:615).

⁴⁶³ FERNÁNDEZ (2008:70-71).

⁴⁶⁴ ROACH (1985:107) ejemplifica que, incluso en la época actual, la Policía tiene funciones administrativas cuando -en algunos ordenamientos- administra las licencias de conducir, otorga documentos de identidad y pasaportes, entre otros.

paulatinamente, se fue restringiendo hasta arribar al concepto francés⁴⁶⁵. En este último, delimitado por HAURIOU, la actividad policial se define como la del mantenimiento del orden público, entendido como la ausencia de desorden material⁴⁶⁶, y vinculado a la seguridad, la tranquilidad y la salubridad públicas⁴⁶⁷. No obstante, la indeterminación del concepto dificulta la tarea de controlar su uso. Con todo, y si bien con dificultades, dicho control parece más efectivo cuando se trata de la supervisión de un concepto material de orden público, deviniendo visiblemente laxo y dudoso cuando se trata de un orden público inmaterial.

El orden público “inmaterial”, “ideal” o “finalista” hace referencia a unos principios políticos inmutables que el Estado está llamado a garantizar⁴⁶⁸, o bien al respeto de las instituciones vigentes⁴⁶⁹, al conjunto de condiciones fundamentales de vida social⁴⁷⁰, a un “*sentimiento difuso en gran parte de la población*”⁴⁷¹, que daría cuenta de cuáles son esos principios, condiciones o valores. COUTURE definía al orden público como el “*conjunto de valoraciones de carácter político, social, económico o moral, propias de una comunidad determinada, en un momento determinado, que fundamentan su derecho positivo y que éste tiende a tutelar*”⁴⁷². También CARRO recuerda la entonces moderna definición del italiano VIRGA para quien el orden público “*es más bien el conjunto de bienes y principios considerados esenciales para el vivir civil de un determinado momento histórico*”⁴⁷³. Para el TSE: “*el orden público nacional*

⁴⁶⁵ REAL (1946:71-74). El vínculo entre orden público y policía puede ser observado en los antecedentes de la primera Constitución de Uruguay. En este sentido, los constituyentes afirmaron que la finalidad del Gobierno es “*conservar el orden público y seguridad individual*”, para lo que se propone la legislación de la Policía. Actas de la Asamblea General Constituyente y Legislativa del Estado (1830:332). Sesión 54, 1º de abril de 1829.

⁴⁶⁶ REAL (1946:77); ROTONDO (1979:14-15); y DELPIAZZO (2006:293).

⁴⁶⁷ ROACH (1985:122-123) explica que si bien se circunscribe a dichas áreas, en los hechos, el concepto en Francia fue flexible y conducía a que fuera todo aquello en lo que la policía decidiera intervenir. Expone el ejemplo del artículo 104 del Código Penal francés que prohibía las multitudes en lugares públicos, pero no definía cuándo era multitud (“*atroupement*”), lo que quedaba al arbitrio del funcionario policial.

⁴⁶⁸ GAVARA DE CARA (1997:22-23); ÁLVAREZ ORTEGA (2003: 23). En igual sentido, PACE (1967:152). Para IZU BELLOSO (1998:251) este concepto tiene aplicación en Derecho Civil, aspecto que será abordado en el apartado siguiente.

⁴⁶⁹ El normal funcionamiento de las instituciones políticas y privadas, y el normal funcionamiento de los servicios públicos fue la definición de orden público dada en la Orden de Presidencia de España, del 5 de junio de 1982, por la que se suspendía la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional, sobre la central nuclear Ascó. Al respecto: MARTIN-RETORTILLO (1983-B:21) y (1983-A:413-414).

⁴⁷⁰ OSSORIO (1982:518).

⁴⁷¹ TORRES MURO (1991:132).

⁴⁷² COUTURE (1960:538).

⁴⁷³ CARRO (1977:615).

*está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada*⁴⁷⁴.

Se engloban en el concepto inmaterial todas aquellas definiciones que lo concretan mediante la recurrencia a principios esenciales o valores básicos⁴⁷⁵. También las que se refieren, de forma más genérica, a las normas fundamentales para la realización del orden jurídico⁴⁷⁶; reglas mínimas de convivencia para el desarrollo armónico, material y espiritual de una comunidad⁴⁷⁷, que tienen carácter variable de acuerdo al tiempo y al lugar⁴⁷⁸.

La acepción inmaterial se refiere, para algunos, a una armonización entre libertades y derechos de cada uno con las de los demás y con la comunidad en la que se encuentra inmerso⁴⁷⁹. En este sentido, SUPERVIELLE lo definió como las *“normas que por su contenido tienen acción directa sobre las conductas humanas y de las que no es legítimo apartarse, sin perturbar la necesaria cohesión social indispensable para la convivencia”*⁴⁸⁰. El problema de esta concepción, y que aparecerá en otras áreas de este estudio, es quién y cómo determina los valores sociales, los principios esenciales, las materias de orden público. En este sentido CARRO se mostraba crítico con el hecho de que, para algunas teorías, los principios fundamentales se acaben identificando con los reconocidos por *“la gran mayoría de la población”*⁴⁸¹.

El orden público en esta acepción inmaterial se vinculó, primeramente, con aquellas áreas de la actividad que importaban a *lo público, a lo social, a lo estatal*, por oposición a lo que permanecía en la esfera privada. El orden público

⁴⁷⁴ Citado por: IZU BELLOSO (1988:236) y por GERMÁN (2010: 49). La sentencia referida fue dictada el 5 de abril de 1966. Esta definición también es la tomada por MONEREO PÉREZ (2016:28).

⁴⁷⁵ IZU BELLOSO (1988:237) cita a varias concepciones en este sentido. A este respecto también puede verse: OJEDA AVILÉS (1971:45-46); RODRÍGUEZ MANCINI (1973:7); GERMÁN (2010: 49 y 125-126) y GARMENDIA (2016:74).

⁴⁷⁶ SUPERVIELLE (1956:198).

⁴⁷⁷ SAINZ MORENO (1977:603-604).

⁴⁷⁸ FUEYO LANERI (1967:435); RODRÍGUEZ MANCINI (1973:10); GERMÁN (2010: 49); RUSSELL (2016:201); GARMENDIA (2016:83). Para DORAL (1967:50) no debe confundirse el carácter dinámico o variable con el oportunismo político o económico. El autor justifica el dinamismo en la variación de la realidad social, pero no en otro factor. ZABALLA (1946:305) también motiva la variabilidad del concepto en el distinto desarrollo de las necesidades sociales.

⁴⁷⁹ Esta definición es la dada por ESCOLA (1989:190) al referirse a la concepción puramente jurídica del orden público.

⁴⁸⁰ SUPERVIELLE (1956:186).

⁴⁸¹ CARRO (1977:621).

tenía por contenido, entonces, todas aquellas materias que salvaguardan un interés o bien común, y no particular⁴⁸². La dicotomía entre lo público y lo privado, expuesta desde ULPIANO, se aplica a estos conceptos, siendo que el orden o interés “público”, así como el interés “general”, referían a lo que atañe a todo el pueblo, a lo colectivo; dejando de lado lo exclusivamente privado⁴⁸³. También para PLANIOL las leyes de orden público son las motivadas por el interés general de la sociedad, en oposición a las que tienen por finalidad prevalente defender el interés individual⁴⁸⁴. Ello conlleva una superioridad de la ley como instrumento normativo que representa los intereses colectivos, y que excluiría de consideración a todo otro interés ajeno⁴⁸⁵.

Para estas doctrinas el orden público es pues sinónimo de interés público, este último derivado del concepto de *public policy* anglosajón⁴⁸⁶. Sin embargo, hay quienes advierten una diferencia entre ambos conceptos, en el sentido de que el *public policy* (interés público) sería una acepción más amplia que orden público⁴⁸⁷. Conforme sostiene BELOHLAVEK el interés público se asocia al

⁴⁸² ZABALLA (1946:78); RODRÍGUEZ MANCINI (1973:7); PÉREZ SOLFT (2012:14); DE LA FUENTE (2003:14-23). Este último autor expresa que el orden público salvaguarda “*los intereses generales de la sociedad, de modo que siempre prevalezcan sobre los intereses particulares*”. En este punto cabe citar a BAKMAS (2001) quien sostenía que el orden público se confundía, en las definiciones doctrinarias, con “*el derecho público, el interés público y las ideas sociales imperantes*”. Para DORAL (1967:25 y 58), en cambio, la identificación del orden público con las materias de interés público o general es insuficiente, en tanto el orden público también protege al interés individual o privado.

Me detendré sobre la confrontación -a mi juicio aparente- entre los derechos individuales y el interés general o común en el Capítulo III (Sección 3.3) y en el Capítulo IV.

⁴⁸³ SUPERVIELLE (1956:188); ESCOLA (1989:137); DE LA FUENTE (2003:10); HOLZ (2006:14); GARMENDIA (2016:64-65). El primero de los nombrados también recuerda la máxima del derecho romano “*Privatorum conventio juri publico non derogat*” expuesta por Ulpiano. Esta posición toma, entonces, cimientos en el derecho romano, véase *infra* nota al pie 514.

Respecto de la crítica actual a lo público y lo privado, desde una perspectiva filosófica puede verse: MELIANTE GARCÉ (2011).

⁴⁸⁴ IZU BELLOSO (1988:235). En este punto SUPERVIELLE (1956:188) detalla que para algunos juristas “*la noción de orden público (...) se refiere simplemente al interés general, y consideran que el orden público está representado por el conjunto de normas que tienden a proteger los intereses de la colectividad, entendiendo por tales aquellos indispensables para el mantenimiento de la organización social*”. El citado autor ubica en esta posición al civilista francés Laurent, véase: SUPERVIELLE (1956:191). Asimismo, en esta postura se manifiesta en doctrina comercial OLIVERA GARCÍA (1999:110).

⁴⁸⁵ DORAL (1967:26-27); RUSSELL (2016:199-200).

⁴⁸⁶ GREGORY (1985:40) explica que el concepto francés de “*ordre public*” es traducido generalmente al inglés como “*public policy*” o “*law and order*”. Advierte, no obstante, que el término inglés refiere a los poderes discrecionales del Ejecutivo para otorgar o denegar un permiso. Alude a que la historia del orden público en el Reino Unido supone una historia de restricciones. Por su parte DUÉGUEZ (1976:16) agrega que el *public policy* del *common law* equivale a los principios cuya observancia interesa a la comunidad, y se aplica para anular acuerdos o actos que los contravengan.

⁴⁸⁷ A este respecto: FRESNEDO (2016:102-103).

interés de la sociedad como conjunto, mientras el orden público únicamente protege ciertos principios por considerarlos fundamentales⁴⁸⁸.

En este punto, cabe precisar desde ya la diferencia doctrinaria entre quienes argumentan que existe un interés colectivo, distinto -e incluso superior- al individual; y quienes expresan que no hay tal divergencia entre interés social y particular, pues son lo mismo, sea que ambos confluyen, o se adicionan. La primera postura entronca con la concepción clásica rousseana de la voluntad general. Es la que puede observarse en la doctrina del Consejo de Estado francés⁴⁸⁹. La segunda, es la que defienden autores como DUGUIT: *“la oposición entre interés individual y el interés colectivo, no existe según Duguit, porque hacer esa oposición implica la falta de comprensión de la solidaridad”*⁴⁹⁰. Conviene además distinguir, en una y otra postura, entre quienes aluden a un interés público como la sumatoria de intereses individuales (mayorías, al menos circunstanciales); y aquellos que entienden que el carácter “público” o “general” de un interés no se obtiene de forma cuantitativa, sino que es un aspecto cualitativo. Algunas de estas posiciones fueron ya expuestas (*supra* 2.2.1), pero todo ello será igualmente analizado más adelante (*infra* 3.3)⁴⁹¹.

Pues bien, sea identificándolo con el concepto de “interés general” o con el de “interés público”, sea entendiéndolo como representativo de los más altos intereses sociales o como un término que engloba a los principios o valores esenciales de la comunidad, lo cierto es que, en todos estos significados, se desconoce cuál es el contenido del orden público.

⁴⁸⁸ BELOHLAVEK (2012:118-121).

⁴⁸⁹ Consejo de Estado Francés (1999). Al exponer las distintas teorías del interés general y sus críticas, el Consejo de Estado francés parte de la concepción rousseana y de lo que denomina la “tradición francesa” para preferir a un interés general que se identifica con la expresión de la voluntad general. La voluntad general no se define como una suma de voluntades, sino como un concepto que trasciende lo individual, para buscar fines comunes y sociales. Se refiere a un concepto de democracia en el que el individuo trasciende sus intereses personales para formar, conjuntamente con otros, una sociedad política y se somete, entonces, a esta voluntad general, de determinación estatal. Sobre la teoría de ROUSSEAU me remito a lo expuesto en la Sección anterior (2.2.1).

⁴⁹⁰ ZABALLA (1946:79). En este punto también ESCOLA (1989:36) manifestaba que no hay una verdadera dicotomía entre los intereses: *“El interés privado -libertades y derechos- y el interés público no son, de esa manera, dos ideas opuestas y antitéticas. Por el contrario, el interés público, que concluye es el bienestar general, no es sino la condición y elemento indispensable para que todo interés privado pueda, real y efectivamente, prevalecer y conseguirse”*.

⁴⁹¹ No obstante, en la primera posición es posible consultar a ESCOLA (1989:237-250), y en la segunda a CAJARVILLE (2013:147-149), sin perjuicio de las fuentes de sus pensamientos en otros autores, según precisaré más adelante. Por su parte, y como crítica a la primera posición, el Consejo de Estado Francés (1999) expresa que: *“S’il se limite à la simple conjugaison des intérêts particuliers, que ce soit simplement les paroles qui sont dites les plus puissantes, le souci de la liberté l’emporte sur celui de l’égalité”*.

Lo propio del orden público, por lo tanto, es que se trata de un concepto que no está determinado. En la práctica, ello parecería traducirse en que corresponde al legislador, al gobierno, o al Poder Judicial dotarle de contenido, afirmando qué valores representa y dándole la amplitud que entiendan aplicable, según la época. En la práctica, entonces, podría vincularse la significación del orden público con la concepción que unos pocos poseen de la sociedad. El orden público aparecería así relacionado a acepciones morales e, incluso, a reglas que *“prevalece[n] en la sociedad actual o la[s] que el hombre de la calle considera correcta[s]”*⁴⁹². GARMENDIA precisa que *“son los ideales básicos de un determinado colectivo social”*⁴⁹³.

Por todo ello, el gran problema al que se enfrenta el estudio del orden público es su indefinición, y los posibles sesgos que pueden impregnar su interpretación y estimación. En efecto, este concepto -sea material o inmaterial- era inicialmente definido sin límites por la Administración, en el ejercicio de una potestad que se entendía discrecional. Hoy, y si bien mediante la teoría alemana y el influjo de GARCÍA DE ENTERRÍA en España se logró un control jurisdiccional de la aplicación de dicho concepto, aún se mantiene la imprecisión en su significado y, sobre todo, en sus límites. Esto último da lugar a que lo que es de orden público hoy puede no serlo mañana; la actividad que hoy se entiende como de libertad y desarrollada en la esfera “privada”, mañana puede concebirse como de interés “público”, sujeta a graves y grandes restricciones que parecieran no tener claras fronteras. Esto último se observa en el concepto material y, mayor aún, en el inmaterial.

Lo anterior ha llevado a algunos autores a afirmar que la acepción material de orden público es la única que se corresponde con un Estado Democrático, mientras que la ideal sería “propio de las dictaduras”⁴⁹⁴: *“En regímenes democráticos, el orden público se identifica con la seguridad pública en base a la materialidad de su contenido. En regímenes dictatoriales, se puede diferenciar el orden público (como orden ideal, es decir, respeto de los principios políticos*

⁴⁹² PÉREZ SOLFT (2012:15).

⁴⁹³ GARMENDIA (2012:2). El autor luego (2016:77-78) alude a que se conforma por la *“conciencia jurídica colectiva”*. Agrega que *“La ubicación conceptual del contenido material del orden público deberá ser, por lo tanto, hurgada en la conciencia más profunda de la sociedad, para intentar identificar en ella cuáles son sus convicciones éticas más significativas y típicas”*.

⁴⁹⁴ PACE (1967:153); GAVARA DE CARA (1997:22-23); TORRES MURO (1991:132); y LÓPEZ GONZÁLEZ (1995:234).

*en lo que se sustenta) del concepto de seguridad pública que afectaría a la tranquilidad subjetiva derivada del orden material*⁴⁹⁵.

Cabe, con todo, cuestionar esta afirmación, pues, como veremos a lo largo de este Capítulo y del próximo, el orden público en una significación inmaterial fue invocado en España y en Uruguay en los períodos dictatoriales, pero también en el marco de los actuales sistemas democráticos. Por otra parte, originariamente, las definiciones material e inmaterial parecerían ser completamente distintas y, por tanto, tener un uso disociado: la primera, asociada a la actividad de policía y al Derecho Penal; la segunda, reservada para el Derecho Civil o Laboral. Sin embargo, la práctica marca luego que su invocación es, muchas veces, conjunta y, en algunos casos, sin un claro fundamento que justifique su distinción y trace los límites al accionar estatal.

Seguidamente, y desde la perspectiva crítica aquí asumida, analizaré cómo estos términos han sido aplicados en el derecho interno para restringir la autonomía de la voluntad y, en esencia, la libertad en ámbitos diversos. Ahondaré en el empleo que se le ha dado en el Derecho Civil, pero también en otras áreas del derecho infra-constitucional (*Sección 2.2.3*). Luego, me concentraré en las actuales acepciones de orden público *social* y orden público *económico* (*Sección 2.2.4*), todos ellos integrantes de la noción de orden público interno que se viene abordando.

2.2.3.- EL ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO INFRA-CONSTITUCIONAL

La autonomía de la voluntad encuentra sus raíces constitucionales en el principio de libertad, y se ha visto varias veces restringida por la aplicación del orden público. RUSSELL la define como *“la capacidad que poseen los hombres para establecer cómo quieren que se rijan las relaciones con sus semejantes en vistas a obtener la satisfacción de sus necesidades”*⁴⁹⁶. En igual sentido, y siguiendo a DIEZ PICAZO, sostiene OJEDA AVILÉS que *“la autonomía privada*

⁴⁹⁵ PACE (1967:154) y GAVARA DE CARA (1997:22-23).

⁴⁹⁶ RUSSELL (2016:56).

*es el poder que el orden jurídico confiere al individuo para gobernar sus propios intereses*⁴⁹⁷.

El concepto de orden público ha tenido un significado y una utilización distinta, según el Estado y según la época histórica. Sin embargo, lo que subyace a todas estas aplicaciones es que el orden público se entiende como un límite a la autonomía de la voluntad. Las personas no pueden realizar algo que contravenga, bien lo “normal”, la tranquilidad, la convivencia (orden público material), o bien los principios y valores esenciales de la comunidad (orden público inmaterial). De este modo, el orden público interno se representa como un límite a la autonomía de la voluntad, siendo su consecuencia principal que las disposiciones que se califican como de “orden público” no pueden ser alteradas por la voluntad de las partes⁴⁹⁸.

Si bien algunos autores confunden la noción de norma imperativa con la disposición de orden público⁴⁹⁹, otros las diferencian con la siguiente precisión: todas las normas son obligatorias, pero sólo en las calificadas como de orden público las partes no podrían pactar en contrario⁵⁰⁰. Se trata de lo que DORAL identifica como la noción amplia y restringida del orden público: la primera, que toma como sinónimos orden público y Derecho Público; la segunda, que entiende al orden público como una selección de normas, únicamente aquellas que manifiestan principios esenciales de la comunidad⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ OJEDA AVILÉS (1971:23).

⁴⁹⁸ Esta es la consecuencia dada en innumerables sentencias, que comentaré a lo largo de este Capítulo. A modo de ejemplo, en la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Familia de Uruguay TAF 1 193/2007 se expresa: “*El orden público interno es el conjunto de normas y principios que no pueden ser derogados por los particulares*”. MURPHY (1981:596) menciona que el orden público interno resulta de una acción legislativa entendida como un estándar general por lo que no se puede pactar en contrario. Es una noción indeterminada porque el orden social y la seguridad política están continuamente cambiando, pero no porque la legislación sea incompleta o poco razonada.

⁴⁹⁹ En esta posición BORDA (2008). Respecto de las distintas posturas puede consultarse también DE LA FUENTE (2003:32 y ss.). Para SUPERVIELLE (1956:187 y 194) todas las normas de orden público son o bien imperativas -que imponen la realización de una conducta-, o bien prohibitivas -que prohíben su realización-. Sin embargo, precisa el autor que es un grave error identificar la regla imperativa con la regla del interés general. Para DORAL (1967:19-20) la identificación del orden público con la norma imperativa que persiga un “interés social” posee el riesgo de entender a éstas esencialmente protectoras de sectores más vulnerables, exceptuando el principio de igualdad y erigiendo una noción de orden público superior a la voluntad individual.

⁵⁰⁰ Para IZU BELLOSO (1988:235) la identificación del orden público con la norma imperativa es peligrosa, en el entendido que el primero quedaría a voluntad del Estado. En similar sentido, DORAL (1967:29).

⁵⁰¹ DORAL (1967:48). En similar sentido GERMÁN (2010:50). A los efectos de ahondar en la identificación del orden público con el Derecho Público véase: ZABALLA (1946:80 y 166). Asimismo, la clasificación citada se emparenta con la diferenciación que DIÉGUEZ (1976:9 y 28) realiza respecto de un

Ejemplos de esta primera acepción la encontramos, precisamente, en el Derecho Privado. Así, en Derecho Civil⁵⁰², la codificación española y uruguaya poseen una similar mención al orden público, con raíces en el Código Civil francés⁵⁰³, que lo erige en límite a la autonomía de la voluntad, propio de la primacía de la voluntad general (ley) sobre lo individual (*infra* 2.2.1). Tal ejemplifica RUSSELL, “*sólo podrán ser derogados por los convenios particulares las leyes que no interesen al orden público y las buenas costumbres*”⁵⁰⁴.

El Código Civil de España, en su artículo 6.1 expresa: “*La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*”. El artículo 11 del Código Civil de Uruguay prevé: “*No pueden derogarse por convenios particulares, las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres*”.

Asimismo, en materia de contratos, el artículo 1255 del Código Civil español establece: “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”⁵⁰⁵. Por su parte, el Código Civil uruguayo prevé igualmente que la vulneración del orden público implicará objeto o causa ilícita para el contrato (artículos 1284 y 1288)⁵⁰⁶.

orden público jurídico, y un orden público político, este último entendido como normalidad social vinculado con la noción de *public order* inglés y *offenlitcher friede* (paz) alemán.

⁵⁰² En Derecho Civil FUEYO LANERI (1967:431-432) expresa que los tres pilares básicos en esta materia son: el orden público, la autonomía de la voluntad y el equilibrio de intereses.

⁵⁰³ El artículo 6 del Código Civil francés establece: “*No se podrán derogar mediante convenios particulares las leyes que afecten al orden público y las buenas costumbres*”. Respecto de las fuentes del Código Civil español véase: RUSSELL (2016:45-46). Respecto del antecedente del Código Civil de Napoleón en el Código Civil uruguayo, para esta materia, véase: SUPERVIELLE (1956:188 y 199) y GERMÁN (2010: 35). Asimismo, es importante resaltar que el Código Español -con similar redacción a la citada- fue fuente del Código Civil uruguayo, ambos inspirados en el francés.

⁵⁰⁴ RUSSELL (2016:200-201).

⁵⁰⁵ En atención a esta norma y en concordancia con lo que será analizado en este Capítulo, el TCE vincula al orden público civil con el orden público constitucional. En este sentido, entiende que la referencia del artículo 1255 lo es a un orden público constitucional, por lo que el principio es la libertad y la autonomía de la voluntad “*salvo que su ejercicio concreto pudiera entrar en conflicto con valores constitucionales superiores que justificaran su restricción*” (STC 93/2013, FJ 8).

⁵⁰⁶ El artículo 1284, en definición de objeto ilícito establece: “*Es moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público*”. Para GAMARRA (1976:180-181) la norma debe leerse como: “*Es objeto ilícito el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público*”.

El artículo 1288 prevé: “*La obligación y por consiguiente el contrato que se funda en una causa falsa o ilícita, no puede tener efecto alguno. La causa es ilícita cuando es prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público*”.

Como ejemplo de normas de orden público, es posible citar determinados plazos de caducidad (SCJ 2087/2011), así como disposiciones especiales en materia contractual (TAC 1 97/2007)⁵⁰⁷. El cobrar una contraprestación por un acto al que ya se estaba obligado a realizar también se entendió como contrario al orden público⁵⁰⁸. Asimismo, el pacto sobre sucesión futura, en doctrina chilena, se calificó como ilícito por afectar el orden público⁵⁰⁹.

Más recientemente, en España, se entendió como contrario al orden público que un contrato fuera perpetuo o que no tutele el interés superior de una persona menor⁵¹⁰. También así fueron concebidas, en Uruguay, las disposiciones que regulan determinados aspectos del contrato de arrendamiento urbano y rural (SCJ 684/2008). Asimismo, entre las disposiciones que se consideran integrantes del orden público y, por tanto, inderogables, la jurisprudencia española y uruguaya mencionan a las reguladoras de los procesos (ATS 10884/2017, 10321/2017, y 2234/2017, SCJ 60/2006, Tribunal de Apelaciones de Familia de Uruguay - TAF 1º 190/2012, Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Uruguay - TAP 4 2010/2017) y, especialmente, algunos principios como el *non bis in ídem* (Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Uruguay - TAC 6 95/2010).

Como podemos observar, en el ámbito civilista el orden público se asume como un concepto inmaterial. GAMARRA lo define como los “*principios fundamentales e intereses generales sobre los cuales se apoya el ordenamiento jurídico del Estado*”, y más adelante lo precisa como aquel que refiere “*a los intereses generales de la colectividad, y a los principios que atañen a la organización política, social y económica de la sociedad*”⁵¹¹. En similar sentido, la doctrina española también lo emparenta con la conciencia social media⁵¹².

Dado que los contratantes no pueden realizar algo contrario a las leyes, o al orden público, los autores se refieren a que la cláusula de orden público viene

En aplicación de estas normas es posible consultar la Sentencia de la SCJ 1851/2011 que considera a un contrato con objeto y causa ilícitas por vulnerar las disposiciones legales sobre actividad deportiva y delitos contra el deporte (Ley 14.996).

⁵⁰⁷ La Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Uruguay - TAC 1 97/2007 entendió que el artículo 1370 del Código Civil uruguayo es de orden público. Este artículo establece: “*Cuando la obligación principal se haya cumplido en parte, la pena se pagará a prorrata por lo no ejecutado*”.

⁵⁰⁸ GAMARRA (1976:89).

⁵⁰⁹ FUEYO LANERI (1967:446).

⁵¹⁰ CARRASCO PERERA (2017:24).

⁵¹¹ GAMARRA (1976:92 y 184).

⁵¹² DOMÍNGUEZ LUEMO (2010:1370).

a complementar y a cubrir las lagunas legales. Por consiguiente, algunas conductas estarán prohibidas por las leyes; otras, en cambio, aunque no previstas como tales, serán igualmente ilícitas por ser contrarias al orden público. *“La referencia al orden público y a las buenas costumbres introduce un «factor móvil», que atañe a conceptos latos, elástico y comprensivos, que se adecuan al desarrollo de las exigencias políticas y morales de la sociedad”*⁵¹³.

Ello es así, como puntualiza GAMARRA, porque el concepto proviene del derecho francés, que se nutre, a su vez, de *“lo que los romanos calificaban de derecho público, y éstos significaban con dicha expresión el interés público en su más amplia acepción”*⁵¹⁴. La noción de orden público se vincula, por tanto, con la histórica división ya expuesta entre derecho público y privado⁵¹⁵. Para los civilistas clásicos el propio Derecho Civil se compone de normas de Derecho Público y de Derecho Privado. Las primeras son las que componen el orden público y tienden al mantenimiento del cuerpo político o estabilidad estatal. Las segundas, en cambio, son derogables por las partes⁵¹⁶.

Sin embargo, algunos autores rechazan esta identificación de orden público y Derecho Público. Sostenía GÉNY que mientras el Derecho Público establece la organización política del Estado, el orden público se compone de

⁵¹³ GAMARRA (1976:91). En similar sentido ZABALLA (1946:277); DORAL (1967:18); y GARMENDIA (2016:90-94). FUEYO LANERI (1967:448) menciona un caso de jurisprudencia francesa en el que a pesar de que la conducta no estaba prohibida por ninguna ley, igualmente se entendió ilícita por contraria al orden público. Respecto del cuestionamiento del alcance de la actividad del juez en este punto véase: SUPERVIELLE (1956:215-218). El autor se manifiesta a favor de permitirle al juez integrar el orden público mediante principios generales, a pesar de que la norma no esté contenida formalmente en una ley: *“Creemos que el orden público integrado por un conjunto de valoraciones de carácter político, social, económico y hasta moral, para poder integrarse en el sistema jurídico debe expresarse en forma de una regla de derecho. Si ella no existe explícitamente en la ley escrita, debe traducirse en una norma que, por su amplitud, adquiere los caracteres de principios general”*.

⁵¹⁴ GAMARRA (1976:184); DIÉGUEZ (1976:20-21); GARMENDIA (2016:59). En relación al derecho romano DI PIETRO (1996:41) establece que la distinción entre lo “público” y lo “privado” simboliza lo que es “de todos” y “de cada uno”.

⁵¹⁵Sobre esta distinción y las distintas acepciones de una y otra rama puede verse: GERMÁN (2010:19 y ss.).

⁵¹⁶ SUPERVIELLE (1956:190-192). El autor menciona que esta es la concepción de Proudhon, Duranton, Marcadé, Moulon, Demolombe, Toulier y Merlin. Asimismo, el autor desarrolla que esta fue la posición de García Goyena al comentar el artículo 11 del Proyecto del Código Civil Español -que coincide con la redacción antes citada-, habiendo propuesto que la disposición se refiriese a “derecho público” en lugar de “orden público”. También Tristán Narvaja -redactor del Código Civil de Uruguay- se había pronunciado en este mismo sentido, conforme también es presentado por el autor. En igual sentido se expresa GERMÁN (2010: 22-24) y agrega la posición de Capitant divergente, pues este último entiende que en el Derecho Privado también hay disposiciones de orden público.

Por su parte, no obstante, DÍEZ PICAZO alude a que el orden público es un concepto mucho más completo que el de interés público, emparentándose con una acepción inmaterial, como *“conjunto de principios fundamentales de la organización social”*. La opinión es citada en: OJEDA AVILÉS (1971:45-46).

instituciones civiles y se erige como el orden intangible de la sociedad, esto es, el marco social de referencia⁵¹⁷. Es en este marco social, protector, en el que se desarrolla el Derecho del Trabajo, que, para LANFRANCHI, posee una doble finalidad: tutelar a la persona contra los riesgos de su integridad en el ejercicio de la actividad laboral, y defender al trabajador respecto de su situación de inferioridad económica frente al empleador⁵¹⁸. Ello sitúa al Derecho Laboral dentro del orden público casi en su totalidad, a diferencia de lo que ocurre con otras ramas del derecho⁵¹⁹. Otros autores, no obstante, prefieren distinguir, en cada norma laboral, si se está en el campo de autonomía, del poder de disposición; o si, por el contrario, se trata de una norma de orden público y que se impone en forma absoluta⁵²⁰. Se reconoce así, dentro del mismo orden público, que el trabajador tiene igualmente libertad de disposición en algunas de las áreas de actuación⁵²¹, por lo que le es posible pactar en el marco de la negociación colectiva, por encima del mínimo legal o sobre las materias que no son de orden público. Para que prime el orden público sobre la negociación colectiva, habrá que analizar el perjuicio que el convenio apareja para el trabajador (Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Uruguay - TAT 2 153/2010)⁵²². Ello deja margen para la variabilidad del orden público, pues como ejemplifica DIÉGUEZ en el derecho francés era de orden público la potestad sancionatoria del empresario frente a la huelga, algo que, actualmente, ha variado por completo⁵²³.

En este marco se integra, sin duda, en el orden público, el principio de protección de las personas trabajadoras⁵²⁴. Ejemplos concretos son la

⁵¹⁷ La opinión es citada en: SUPERVIELLE (1956:193).

⁵¹⁸ LANFRANCHI (1960:161).

⁵¹⁹ SUPERVIELLE (1956:232); PLA RODRÍGUEZ (1980:459-467); GARMENDIA (2016:146); RUSSELL (2016:222).

⁵²⁰ LANFRANCHI (1960:159).

⁵²¹ LANFRANCHI (1960:162). El autor critica la Sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires, del 25 de agosto de 1959 que entendió nulo un convenio colectivo por el fundamento de que se aplica el orden público, vedando completamente la libre autonomía de la voluntad en el área del derecho del trabajo.

⁵²² La SCJ (SCJ 172/2006 y 544/2013) también diferencia al orden público de la negociación colectiva. Sostiene que *“las normas de un convenio colectivo no se imponen en virtud del orden público legal vigente sino de un imperativo negocial, obligacional, derivado del contrato colectivo mismo”*. En igual punto LANFRANCHI (1960:163) expresa que el carácter de orden público de una disposición viene dado por el bien protegido, esto es, el trabajador. En similar sentido se expresa VERGARA DEL CARRIL (1960:497).

⁵²³ DIÉGUEZ (1976:75). El autor ahonda en la regulación española en este punto, dado que el Código Penal de 1928 y la Ley de Defensa de la República del año 1931 penaban determinadas conductas -hoy consideradas como derechos laborales- por ser contrarias al orden público. Respecto de ello y de la regulación sobre la acción colectiva véase: DIÉGUEZ (1976:100-142).

⁵²⁴ OJEDA AVILÉS (1971:50); RODRÍGUEZ MANCINI (1973:9).

prohibición de la cláusula de celibato en un contrato de trabajo⁵²⁵, la limitación de la jornada de trabajo (SCJ 571/2012), o bien el acceso a la justicia⁵²⁶, en definitiva, todos aquellos derechos o beneficios que son irrenunciables, aún con voluntad del trabajador (SCJ 676/2012; Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Uruguay - TAC 2 153/2010)⁵²⁷. Ello implica que las partes no pueden pactar en contrario, ni les está habilitado convenir asignaciones por debajo del mínimo legal previsto.

Se compone así lo que se denomina en doctrina argentina como el “orden público laboral”, o el “orden público social”, para la francesa⁵²⁸. Esta última noción, que abordaré más particularmente en el apartado siguiente, aplicada al Derecho Laboral, otorga tres notas de progresividad en el concepto, conforme expone GARMENDIA: la primacía de la norma más favorable, la conservación de las condiciones más beneficiosas, y la irrenunciabilidad de los derechos adquiridos⁵²⁹.

Pero no solo el Derecho Laboral es susceptible de protección estatal bajo el marco del denominado orden público *social*. También así lo sería, desde la perspectiva opuesta, el Derecho Comercial. La calificación como de orden público de algunas normas netamente comerciales nos lleva, en este punto, a dudar del carácter de esencial, fundamental o vital que se le asigna al contenido del orden público, o aún de su relación con lo social. Para RIPERT la ampliación del concepto de orden público es sinónimo de decadencia del derecho, que ha permitido al Estado ir aumentando su ámbito de intervención en el campo de la libertad, mediante la creación de un orden público que los particulares deben respetar⁵³⁰.

Si bien la jurisprudencia uruguaya ha entendido generalmente que los temas comerciales resultan ajenos al orden público (SCJ 146/1998 y 896/2014),

⁵²⁵ DORAL (1967:73).

⁵²⁶ GARMENDIA (2012:3). En este punto DIÉGUEZ (1976:66) indicaba que el reconocimiento de la legitimidad de la acción colectiva devino un principio de orden público.

⁵²⁷ A este efecto refiere OSSORIO (1982:518).

⁵²⁸ PLA RODRÍGUEZ (1980:467). RODRÍGUEZ MANCINI (1973:9) y GARMENDIA (2012:3) y (2016:134-135 y 149) se manifestaron en contrario de distinguir un orden público laboral, lo que comparto. A su entender no se trata de un concepto autónomo, sino que el Derecho del Trabajo le ha aportado a su definición, pero no ha creado una categoría diferenciada de orden público. La respuesta a si hay varios “órdenes públicos” o es un solo concepto será abordada específicamente en la Sección 2.4 de este Capítulo, y en el Capítulo V.

⁵²⁹ GARMENDIA (2016:184).

⁵³⁰ La posición es citada por: SUPERVIELLE (1956:195).

el legislador ha adoptado la práctica de calificar a diversas leyes comerciales como de orden público. En otras, como en la Ley de Sociedades Comerciales, número 16.060 (1989) se ha suscitado polémica, pues los autores discrepan si la misma y, en especial, algunas de sus disposiciones son de orden público o no y si, por tanto, pueden o no ser derogadas por las partes⁵³¹.

Si bien ambos sectores parten de definiciones inmateriales de orden público, unos entienden que éste se constituye por *“las convicciones o sentimientos más básicos”*⁵³², por lo que, claramente, la calificación de orden público es reservada solo para algunas disposiciones. Para estos, debe buscarse cuál es el interés protegido y si el mismo es público o privado⁵³³, o bien si protege un derecho fundamental⁵³⁴, o bien si se trata de una disposición cuyo fundamento sea imprescindible para el orden social, especialmente en su vertiente económica⁵³⁵. Para otros autores, no obstante, el concepto de orden público es también inmaterial, pero aún más amplio: *“comprende aquellas normas de Derecho privado motivadas en consideración de intereses generales, que se encontrarían comprometidos si los particulares tuvieran la libertad de evitar la aplicación de las leyes. En este sentido, se considera que constituyen normas de orden público aquellas disposiciones dictadas para la tutela de intereses de terceros, dirigidas a aportar certeza y seguridad a las relaciones contractuales entre los particulares (orden público de protección), así como*

⁵³¹ La polémica se suscitó respecto del artículo 362.1 de la Ley 16.060 que exige una mayoría especial para la modificación de algunas cuestiones de importancia en la sociedad comercial. Para algunos es una norma dictada en protección de la minoría, por lo que es de orden público. Para otros, puede igualmente derogarse por la voluntad de las partes, no constituyendo una materia que ingrese en el concepto de orden público. Al respecto: OLIVERA GARCÍA (1999); ECHEVARRÍA PETIT (2000); GERMÁN (2010:65); LÓPEZ RODRÍGUEZ (2011-A) y (2011-B). Sobre la vinculación del orden público con el derecho societario y sobre la calificación de orden público en la legislación societaria también puede verse especialmente GERMÁN (2010:54-66).

⁵³² ECHEVARRÍA PETIT (2000:20).

⁵³³ OLIVERA GARCÍA (1999:111).

⁵³⁴ ECHEVARRÍA PETIT (2000:20).

⁵³⁵ GERMÁN (2010:58-61). Para este autor la noción de orden público, en materia societaria, se vincula con los principios económicos que conforman la significación de “orden público económico”. Sostiene el autor que: *“En efecto, el buen funcionamiento del mercado constituye un principio básico del orden público económico. Las sociedades anónimas actúan como agentes dentro de ese mercado (proveedores, consumidores, competidores), pero la estructura y forma organizacional, así como el tipo, aún cuando revisten importancia y son de interés público, no parecen configurar principios esenciales para el orden social. Por consiguiente, queda incluida, como específica normativa de orden público en materia societaria, aquella relacionada con la conservación de la empresa, entendida como la preservación del negocio societario, la defensa de los derechos de los accionistas minoritarios, otorgándoles la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución española, así como la protección especial de derechos de terceros, relacionada directamente con la limitación de la responsabilidad de socios y accionistas”*.

aquellas establecidas en razón de una especial concepción de la función de la Ley, en tanto trasunta un determinado modelo político, social y económico (orden público de dirección y orden público económico)”⁵³⁶.

Es por estas definiciones que el concepto actual se ha ampliado hacia la referencia de un orden público “social” y, más aún, de un orden público “económico”, punto que analizaré particularmente en la sección siguiente.

2.2.4.- LAS CONCEPCIONES ACTUALES TRAS LA AMPLIACIÓN DE LA ACTIVIDAD ESTATAL. UN ORDEN PÚBLICO “SOCIAL” Y UN ORDEN PÚBLICO “ECONÓMICO”

Tal como fue abordado en la Sección 2.2.2 y sin perjuicio de una acepción originariamente amplia de la actividad policial, ésta se circunscribió luego a un ámbito material, tomando base en la doctrina francesa de HAURIOU, para la que la actividad policial se definía como la ausencia de desorden material, vinculando al orden público con la seguridad, la tranquilidad y la salubridad públicas. Actualmente, no obstante, debemos preguntarnos si la actividad policial sigue limitada a dicha esfera material o, por el contrario, aborda otros ámbitos⁵³⁷. En este entendido, MUÑOZ CONDE expresa que hay delitos, como el de *difusión de consignas incitando a desórdenes públicos*⁵³⁸, que escapan a la estricta noción de perturbación al orden público, y ni siquiera podrían calificarse como un acto preparatorio a ser punido⁵³⁹.

⁵³⁶ LÓPEZ RODRÍGUEZ (2011-A). En similar sentido HOLZ (2006:31).

⁵³⁷ Un ejemplo que permitiría concluir en la ampliación son las medidas antiterroristas. Sostiene THOMANECK (1985:164), respecto de Alemania, que se otorgaron mayores poderes a la policía, tanto respecto de los terroristas actuales, como de los simpatizantes que tuvieran armas, propaganda, entre otros. Este fenómeno se observa en otros países europeos, como España, punto que abordaré en profundidad en el Capítulo III.

⁵³⁸ Este delito fue introducido, en España, por la Ley Orgánica 1/2015 (BOE-A-2015-3439). El artículo 559 del Código Penal, en su actual redacción, establece: “*La distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público del artículo 557 bis del Código Penal, o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año*”.

⁵³⁹ MUÑOZ CONDE (2017:759-760). Establece el autor que: “*la convocatoria de esas manifestaciones se ha realizado a través de la distribución o difusión pública (que también puede hacerse pegando carteles, o por transmisión oral, telefónica, altavoces o de viva voz), no parece suficiente motivo para convertirla en delito*”.

En el derecho anglosajón⁵⁴⁰, por su parte, si bien originariamente la *policía* se vinculaba con la seguridad, la salud o la moralidad, bajo el entendido de una “mínima represión”⁵⁴¹; el concepto de orden público se fue ampliando, por lo que su significado se ha acabado extendiendo a diversas áreas, vinculado aún con aspectos económico-sociales⁵⁴². Ya no se trata de un orden público meramente material, como ausencia de desorden en la calle, sino también inmaterial: el Estado procura el mantenimiento de cierto orden ideal que se extiende a otros campos de actuación, incluso a lo económico o a la social.

Entiendo que un fenómeno similar ha ocurrido en la Europa continental, e incluso en Latinoamérica, producto de la evolución hacia un Estado más intervencionista, como lo es Estado social de Derecho⁵⁴³. Tal explica ROTONDO: *“El rol del Estado social de Derecho ha llevado a nuevos contenidos de ese orden y de sus perturbaciones; nuevas formas o aspectos de normalidad y anormalidad de la vida social, posibilitando, como expone Real, medidas de policía en sentido lato, en los campos económico y social tendientes a mantener y restaurar las condiciones materiales de la convivencia tranquila y pacífica”*⁵⁴⁴.

Se crea, entonces, un “orden público de protección”, también denominado “orden público social” que vendría a proteger a los más débiles en las relaciones contractuales, tendiendo a igualar una situación inicial desfavorable para una de

⁵⁴⁰ ALDERSON (1985:15-16) explica la diferencia en cuanto el derecho francés tendría fuente en la concepción romana; y el derecho anglosajón en la greca. En esta última el orden se entendía como el mantenimiento de una tolerancia social con la actividad de ciertas instituciones democráticas.

⁵⁴¹ GREGORY (1985:41) explica que este fue el concepto en el siglo XIX, caracterizado por la política de la “minimal repression”. Ello se modificó, en el siglo XX, hacia una política de la “prevention” (prevención) en la que la intervención policial y estatal se hizo manifiesta. El autor menciona como ejemplo la “Public Order Act and the Prevention of Terrorism Acts”, aprobadas en el período de 1936 a 1976.

⁵⁴² ROTONDO (1979:15-16). Esta ampliación también fue acuñada en Argentina. A este respecto, véase: ESCOLA (1989:187) y BAKMAS (2001). Por su parte, ALDERSON (1985:22) reconoce que una concepción del orden público y social no puede evadir aspectos económicos.

⁵⁴³ ESCOLA (1989:191). Por su parte PETROCELLI (1954:21-29) marca la diferenciación entre la Constitución argentina de 1853, fundada filosóficamente en el iluminismo, por lo que el orden económico era producto automático de la libre acción privada, sin intervención estatal, de la del año 1949, la que define como un “ordenamiento económico humanista”. Respecto de la evolución del constitucionalismo económico véase: BASSOLS (1988:22 y ss.) y FERMANDOIS (2001:34-41). Por su parte, en España SÁNCHEZ MORÓN (1991:30) y (1994:98) marca este mayor intervencionismo en la vida económica y social.

⁵⁴⁴ ROTONDO (1979:19). En similar punto, ESCOLA (1989:2-253) desarrolla el necesario tránsito del Estado gendarme a un Estado mucho más intervencionista en lo económico y social. Refiero al “necesario” dado que el autor puntualiza que este tránsito no es cuestión de ideologías, sino de un desarrollo social en el que la temática de la conquista por los derechos de primera generación, superada, se ve reemplazada por “una mayor perfección, vivencia y amplitud de aquellos derechos y libertades”.

las partes⁵⁴⁵. Ello vincula el orden público con el Derecho Laboral⁵⁴⁶ según lo ya analizado, pero también se integran en él otras materias que salvaguardan ese fin protector o de equilibrio de la desigualdad, como ocurre con algunos puntos del contrato de arrendamiento⁵⁴⁷.

Tal sostiene GARMENDIA, el orden público social aportó a la concepción *“una consideración marcadamente antropocéntrica del universo jurídico, y revalorizando la trascendencia de la tutela automática de los contenidos que conforman el instituto”*⁵⁴⁸. Se traza, así, un vínculo entre el orden público y los derechos fundamentales, hasta tal punto que el propio TCE indica que el orden público *civil* es, en puridad, un orden público *constitucional*. El principio es, por lo tanto, la libertad constitucional y los límites a la autonomía de la voluntad se circunscriben a la salvaguarda de *“valores constitucionales superiores que justificaran su constricción”* (STC 93/2013, FJ 8)⁵⁴⁹.

También en este orden, el Estado posee un rol mucho más intervencionista en la economía, lo que hace que algunos autores, y la jurisprudencia, hayan desarrollado el concepto de “orden público económico”⁵⁵⁰. Para algunos estamos ante un término consecuente con el rol estatal de la dirección de la economía. Otros, sin embargo, ven en este concepto un verdadero contrasentido, pues aluden a la inclusión, a través de este, de medidas

⁵⁴⁵ LÓPEZ RODRÍGUEZ (2011-B); RUSSELL (2016:231).

⁵⁴⁶ PLA RODRÍGUEZ (1980:455); GARMENDIA (2016:134-139 y 150-151). Este último autor puntualiza que el orden público social es, a diferencia de la noción clásica, de carácter relativo, pues impone mínimos que pueden ser superados.

⁵⁴⁷ RODRÍGUEZ MANCINI (1973:9-10). Tal ya fue abordado determinadas disposiciones sobre arrendamiento son consideradas como de orden público por la SCJ.

⁵⁴⁸ GARMENDIA (2016:175).

⁵⁴⁹ En similar sentido, para BLENGIO (2001:77), el orden público civil se compone de principios fundamentales e intereses generales, identificándolo con las *“normas, valores y principios constitucionales”*.

⁵⁵⁰ Para SUPVERVIELLE (1956:201) el orden económico es *“producto de una serie de leyes inspiradas por una economía dirigida, que tiende a integrarse en la noción de orden público”*. Para PLA RODRÍGUEZ (1980:457) este orden público ya existía, pero se hizo más latente con el mayor influjo del Estado en la actividad económica. En posición contraria, para GARMENDIA (2016:204) no existe un verdadero orden público económico. Sostiene el autor que: *“De estas consideraciones se infiere naturalmente, que resulta en extremo cuestionable sostener la existencia de un orden público ‘económico’.* En realidad, lo que suele identificarse acudiendo a dicha expresión, es la manifestación -esencialmente circunstancial- del interés general, que permite que, mediante la norma legal, se reduzca la protección conferida en el goce de determinados bienes jurídicos (artículo 7 de la Constitución)”. Aún en esta posición debemos advertir que el concepto de interés general tomado por el autor, en su vínculo con las teorías económicas mencionadas, podría caer en la concepción utilitarista.

que atentan contra el orden público de protección y que, en puridad, desnaturalizan el garantismo anterior⁵⁵¹.

Para RUSSELL el orden público clásico es conservador, dado que defiende los valores tradicionales de la sociedad. El orden público “económico” sería positivo, pues impone obligaciones a los efectos de dirigir la actividad económica o proteger a la parte débil de la relación, por ello lo denomina como “orden público de dirección económica”⁵⁵². Agrega el autor que *“si en los primeros instantes de la época codificadora del art. 1255 CCE representaba la salvaguarda y garantía de la libertad individual, actualmente se ha alterado este significado por otro social, colectivo y comunitario en aras a la actividad de un Estado social que fue reclamada democráticamente”*⁵⁵³.

Esto último fue lo tutelado, en España, por la Ley 110/1963 sobre represión de prácticas restrictivas de la competencia⁵⁵⁴. En su exposición de motivos, esta Ley se refiere a la inserción del orden público económico, como uno de los aspectos más importantes del orden público. Se argumenta que: *“El concepto tradicional de orden público como idea que constituye jurídicamente una cláusula de salvaguarda con eficacia en el campo civil, en el penal y en el administrativo, es por su propia naturaleza un concepto en blanco que la legislación va en cada momento concretando (...) La idea del orden público comporta una limitación a la libertad genérica de los particulares, una frontera a las relaciones inter-privadas”*.

Sin dejar de advertir la fecha de sanción de la citada disposición, en un contexto totalitario, lo anterior debe hacernos reflexionar. En efecto, y tal y como vengo mencionado a lo largo de este estudio, pareciera que el orden público es un concepto vacío de contenido, cuyo significado depende de la voluntad del legislador, o bien de la Administración, o del órgano jurisdiccional que controla a uno o a otra. En este marco, y si así lo aprueba el legislativo, la libertad se podría

⁵⁵¹ En este sentido señala MONEREO PÉREZ (2016:49) que el orden público “económico-laboral” viene a superar la idea de orden público social. *“Con ello se produce una tergiversación de la idea de interés general, en cuanto interés esencial de la sociedad democrática y su traslado al ámbito concreto de las relaciones laborales, con una inversión de los valores y principios; a modo de una colonización interna de los valores, intereses y categorías económica que penetran en las categorías jurídico-laborales reconfigurándolas”*. En igual punto se pronuncia GARMENDIA (2016:84-85 y 201).

⁵⁵² RUSSELL (2016:202 y 224).

⁵⁵³ RUSSELL (2016:215).

⁵⁵⁴ Esta ley se encuentra actualmente derogada por la Ley 16/1989. Sin embargo, esta última no hace mención al orden público económico.

ver limitada cada vez con mayor vehemencia, en vínculo con conductas que atentaran contra las bases o la propia esencia del sistema, pero también en sentido aún más amplio. El orden público podría ser entonces el fin que fundamenta limitaciones con base en una imprecisa noción de “interés público”, en la que también residen aspectos económicos, aún sin una mayor justificación.

Si bien el orden público económico surgió en la obra de RIPERT como un derivado del orden público civil, luego fue adquiriendo caracteres propios, siendo invocado en contextos diversos y distintos⁵⁵⁵. Las definiciones de “orden público económico” no son uniformes. Algunos autores prefieren un concepto laxo, aludiendo al *“conjunto de reglas obligatorias en las relaciones contractuales, relativas a la organización económica, a las relaciones sociales y a la economía interna del contrato”*⁵⁵⁶, o al *“conjunto de normas obligatorias que un Estado dicta para regular la vida económica”*⁵⁵⁷. Referencia amplia es también la dada por DÍEZ PICAZO, quien lo define como las reglas básicas del orden jurídico global y que indican la organización de la estructura y el sistema económico de la sociedad⁵⁵⁸. En este mismo punto, el orden público económico es, para MUÑOZ CONDE, un concepto más extenso que el de orden patrimonial y que el de orden socioeconómico: *“La diferencia fundamental entre orden público económico y el patrimonial y socioeconómico descansa en la distinta forma de intervención del Estado en las relaciones económicas que en ello subyacen. Cuando el Estado interviene en esas relaciones económicas de manera activa y protagonista, imponiendo determinadas obligaciones a los ciudadanos y relacionándose directamente con ellos, se habla de orden público económico u orden económico en sentido estricto”*⁵⁵⁹.

En Chile, el orden público económico fue definido por CEA EGAÑA como: *“El conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un*

⁵⁵⁵ FERMANDOIS (2001:51). Me refiero a la obra de RIPERT del año 1936 denominada *Le régime démocratique et le droit civil moderne* citada por el autor. Respecto de la evolución en el pensamiento de RIPERT puede verse: FERMANDOIS (2014:34-46). Por otra parte, también HELLER (1946:237) desarrolló especialmente el vínculo entre la función estatal y la económica. Para BIANCO (2008:17) se trata de una noción originada en el derecho francés y que indica los fines de la intervención pública en la esfera económica de los privados.

⁵⁵⁶ La definición fue dada por FARJAT, citada por DORAL (1967:59, nota al pie 64).

⁵⁵⁷ PLA RODRÍGUEZ (1980:457). Similar acepción es la tomada por la Corte de Apelaciones de Chile, según es citado por FERMANDOIS (2001:49). A esta acepción amplia también se refiere GERMÁN (2010:46).

⁵⁵⁸ La opinión es citada en: RUSSELL (2016:220) y SAINZ MORENO (1977:606).

⁵⁵⁹ MUÑOZ CONDE (2017:899).

*país y facultan a la autoridad pública a regularla en armonía con los valores de la sociedad formulados en la Constitución*⁵⁶⁰. Esta definición fue fuertemente adoptada por la doctrina y la jurisprudencia chilena, siendo un concepto comúnmente utilizado⁵⁶¹. Según PEREIRA esta definición se enfoca en lo regulatorio y organizativo desde un punto de vista formal, dejando de lado lo axiológico o valorativo⁵⁶². Sin embargo, la significación propuesta por PEREIRA debe igualmente y a mi juicio ser descartada, pues hace depender su contenido de la ideología, siendo una acepción más política que jurídica. Lo entiende como *“la ordenación ideológica conformada por un conjunto de principios y valores propios del grupo que detenta el poder en una comunidad y tiempo determinados, encaminados a servir de marco de protección y aseguramiento de las garantías de naturaleza económico de los individuos consagrados en la Constitución”*⁵⁶³.

FERMANDOIS, por su parte, propone caracterizar al orden público económico como: *“El adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de poder contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana”*⁵⁶⁴. Otros autores también refieren a una acepción más restringida de orden público económico, vinculándolo con la economía dirigida y con la armonización de las reglas del mercado y los intereses de la sociedad. Así entonces, FUEYO LANERI menciona la definición dada por la Corte de Apelaciones de La Serena: *“el conjunto de medidas y reglas legales que dirigen la economía, organizando la producción y distribución de las riquezas en armonía con los intereses de la sociedad”*⁵⁶⁵.

⁵⁶⁰ La definición de CEA EGAÑA fue extraída de: FERMANDOIS (2001:41) y PEREIRA FREDES (2008:159).

⁵⁶¹ A este respecto puede observarse cómo la noción de orden público económico, en Chile, fue empleada tanto para limitar la autonomía de la voluntad, como para fundamentar el poder regulatorio sancionatorio de la Administración. A este respecto: FERMANDOIS (2001:44).

⁵⁶² PEREIRA FREDES (2008:159). En similar punto BIANCO (2008:35) también señala que el concepto es normativo y funcional, pero no ideal.

⁵⁶³ PEREIRA FREDES (2008:163).

⁵⁶⁴ FERMANDOIS (2001:72).

⁵⁶⁵ FUEYO LANERI (1967:437). En similar sentido y en Uruguay para GERMÁN (2010:54) el orden público económico *“consiste en reglas y directrices básicas (libertad de mercado, libertad de empresa,*

Por otra parte, SAINZ MORENO alude a ciertas reglas mínimas que son esenciales en el desarrollo económico de un país⁵⁶⁶. A esta última pareciera adherirse el TCE en el fallo 1/1982 (FJ 1) al referir a que *“en la Constitución Española de 1978 (...) existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal. Ese marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo Preámbulo garantiza la existencia de «un orden económico y social justo»”*.

Cabe observar que en estas últimas definiciones el orden público económico tiene su fuente en la Constitución, relacionándose con el término de “Constitución Económica”. La “Constitución Económica” surge tras la Constitución de Weimar, a los efectos de identificar a todas aquellas disposiciones que, con contenido económico y desde entonces, fueron incorporadas a las Constituciones. Este término se define, en doctrina, como el *“conjunto de normas que delinear el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica”*⁵⁶⁷. Para FERMANDOIS se trata del *“conjunto de normas y principios que, recogidos en la Constitución, tienen efecto patrimonial sea para el Estado, para los individuos, o para ambos”*⁵⁶⁸.

Para algunos autores, la “Constitución Económica” se identifica con la noción de “orden público económico”. También hay quienes conciben al orden público económico como integrante de la Constitución Económica, siendo esta última una categoría más amplia⁵⁶⁹, pues el primero se refiere únicamente a ciertos principios fundamentales, aunque también con fuente constitucional.

libre competencia), sobre las que se edifica la estructura y el sistema económico de una sociedad determinada, en un momento dado”.

⁵⁶⁶ SAINZ MORENO (1977:599).

⁵⁶⁷ RISSO FERRAND (2005:690).

⁵⁶⁸ FERMANDOIS (2001:29).

⁵⁶⁹ En la primera posición FERMANDOIS (2001:31) menciona que cierta doctrina y jurisprudencia equipara la noción de orden público económico con la Constitución Económica. Para BIANCO (2008:18) el orden público económico integra la Constitución Económica, pero esta es más amplia.

Por mi parte no acompaño la caracterización de la Constitución Económica, pues entiendo que la misma integra el concepto mismo de Constitución, y que no cabe la diferenciación. A este respecto véase: GARAT (2018-A).

Dentro de estos principios se incluyen la económica de mercado, la iniciativa pública, la planificación económica, entre otros⁵⁷⁰. Por su parte, RISSO FERRAND menciona también a la libertad de empresa, al trabajo como bien jurídico especialmente tutelado, y a la regulación de los derechos humanos⁵⁷¹. FERMANDOIS agrega la subsidiariedad económica del Estado, el derecho de propiedad privada, la disciplina del gasto fiscal, la política monetaria independiente, entre otros⁵⁷². La doctrina ha invocado, en fin, las leyes sobre defensa de la competencia, como la española ya citada, como ejemplo de preservación del orden público económico⁵⁷³. También se menciona al derecho del consumo⁵⁷⁴ (STS 626/2016), y el contralor de importaciones o exportaciones⁵⁷⁵.

El problema se centra, una vez más, en determinar cuál es el límite en el contenido de esta noción de orden público, sobre todo cuando su empleo implicará una prohibición o una limitación⁵⁷⁶. Asimismo, y si bien en esta última acepción la caracterización del orden público económico toma fuente en la Constitución -y particularmente en la “Constitución Económica”-, en otras se trata de un concepto más amplio, referido a *reglas de la economía o intereses de la sociedad*, poco delimitados y cuya fuente no resulta clara.

También el rol del Poder Judicial puede ser ilimitado en esta área. SUPERVIELLE menciona un fallo del año 1948 en el que se exponía que: “*Los jueces deben ser fieles custodios de los preceptos de orden público, porque ellos se suponen inspirados en móviles superiores de orden social que interesan a la economía del país o a los principios básicos de su organización institucional pública o privada. La función de vigilante de los jueces en materia de orden*

⁵⁷⁰ SAINZ MORENO (1977:606), citando a DIEZ PICAZO; FERNÁNDEZ SEGADO (1998:125-126); RISSO FERRAND (2005:691). En Colombia, MORALES ALZATE (2000:49-50) menciona a los derechos económicos de la Constitución: propiedad, libertad económica, libre competencia económica, legalidad, prestación eficiente de los servicios públicos, mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda, igualdad, trabajo, libre asociación y derechos de los consumidores.

⁵⁷¹ RISSO FERRAND (2005:692-693). El autor incluye en esto último a los derechos económicos, sociales y culturales y a la noción de igualdad material. Respecto a las normas económicas de la CU puede consultarse: GARAT (2018-A).

⁵⁷² FERMANDOIS (2001:73 y 117). El autor refiere, luego, a que estos principios constituyen “garantías” del orden público económico.

⁵⁷³ DORAL (1967:58-59); SAINZ MORENO (1977:597); RUSSELL (2016:219).

⁵⁷⁴ RUSSELL (2016:231).

⁵⁷⁵ SUPERVIELLE (1956:232).

⁵⁷⁶ A este respecto también se pronuncia SAINZ MORENO (1977:600).

*público es una función de tutela incidentalmente [d]el derecho de la comunidad*⁵⁷⁷.

Ocurre que, en el marco de los temas económicos, y por influencia de algunas corrientes del Análisis Económico del Derecho⁵⁷⁸, aparece lo que se denomina como “eficacia” o “utilidad” económica, como fin próximo y directo a ser alcanzado⁵⁷⁹. Aquí encuentro tres consideraciones de relevancia: (a) por una parte, y si bien lejanamente se persigue la protección de la persona, para estas doctrinas lo verdaderamente trascendente es el fin inmediato de utilidad económica; (b) por otra parte, pareciera que los temas económicos o presupuestarios son más importantes que otros, incluso que los protectores, característicos del orden público social⁵⁸⁰; y (c) esta temática permanece generalmente ajena al control jurisdiccional, pues se entiende que son aspectos que, o bien gozan de discrecionalidad administrativa, o bien son competencias netamente administrativas y extrañas al control jurisdiccional.

Teniendo como fin la salvaguarda del “orden público económico” el Estado intenta legitimar su accionar y su intervención⁵⁸¹. Sería posible congelar las condiciones de trabajo, o aún prever algunas menos favorables, en contrario de la propia noción de “orden público social”⁵⁸². A ello es a lo que se remite el Consejo de Estado Francés cuando refiere a las tesis del Análisis Económico del

⁵⁷⁷ SUPERVIELLE (1956:198-200). La sentencia referida por el autor es del Magistrado Luis Barbé, expedida en el año 1948. El riesgo que señalo fue abordado a propósito de la discusión del código civil alemán de 1900, habiéndose suprimido la referencia al “orden público” por considerarla abstracta y general, y de riesgo. Sin embargo, precisa SUPERVIELLE (1956:200) que pese a lo anterior la jurisprudencia alemana igualmente amplió el significado de buenas costumbres, para contener a lo integrante de la moral y el orden público.

⁵⁷⁸ El principal exponente de la teoría es POSNER (1992) quien trató de desvincularla del utilitarismo (1998). No obstante, observo un paralelismo de esta concepción con la utilitarista, en el razonamiento empleado, con el matiz de que la riqueza, en POSNER y tal lo puntualiza GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI (1994:938), es “*la suma de todos los bienes y servicios existentes en la sociedad medidos por su valor*”. La crítica a esta teoría fue realizada con énfasis por DWORKIN (1980:563-590). Asimismo, respecto de la aplicación de esta teoría en los razonamientos de la jurisprudencia uruguaya véase: GARAT (2018-A).

⁵⁷⁹ RODRÍGUEZ MANCINI (1973:13-14); PLA RODRÍGUEZ (1980:457); GARMENDIA (2016:202). El primero de los citados vierte énfasis en cuanto incluso el fin inmediato es esencialmente cambiante, puestas las fluctuaciones económicas.

⁵⁸⁰ En este punto es interesante el análisis de la jurisprudencia constitucional italiana realizada por MASALA (2016). El autor aborda con precisión el control constitucional de distintas medidas de austeridad tomadas por el Gobierno italiano tras la crisis económica del año 2008, y encuentra un conflicto entre la protección de los derechos y la salvaguarda de la estabilidad financiera.

⁵⁸¹ SAINZ MORENO (1977:605). El autor refiere a un matiz entre las nociones de interés público y de orden público. Prefiere reservar la primera a lo que aludo, esto es, a un concepto que tiende a legitimar la actividad administrativa; mientras que el orden público debiera ser entendido únicamente en su afán protector.

⁵⁸² RODRÍGUEZ MANCINI (1973:13-14); PLA RODRÍGUEZ (1980:458); GARMENDIA (2016:203).

Derecho, las que entienden al interés general en términos de utilidad económica⁵⁸³.

Lo anterior posee una importancia radical, pues el análisis utilitarista podría desproteger intereses y derechos constitucionalmente reconocidos y dignos de tutela (*infra* 3.3.3). A ello se adiciona que los temas económicos y presupuestarios y las medidas tomadas con fundamento en éstos son escasamente controladas por el órgano jurisdiccional competente⁵⁸⁴. Por lo tanto, el problema de la indefinición, de la ilimitada aplicación y de la falta de control respecto a la noción de orden público persiste actualmente, tanto en el plano clásico de aplicación policial y civilista, como también en otras áreas, como la económica, la que incluso se manifiesta por encima de lo proteccionista o social.

Tal expuso SUPERVIELLE: *“La verdad es que la importancia del orden público crece cada día más, extendiendo su esfera de acción a las distintas actividades del ser humano. No puede negarse que es factor esencial la reglamentación cada vez más penetrante de la vida económica del país. Todo ello se hace en detrimento de la libertad humana. Pero es discutible el saber si la finalidad que se persigue es la de lograr, mediante una más efectiva ordenación de las conductas, una libertad menos nominal pero más auténtica, frente a un estado social en el que la hipertrofia de ciertos elementos y factores del régimen económico, puede poner en peligro las bases mismas del sistema”*⁵⁸⁵.

Cabe cuestionar, entonces, cuál es el límite de la actuación en aras al orden público, o aún si este término, en su interior, posee, o no, un contenido intrínseco que obre de limitante. Me refiero a que la significación y la determinación del contenido del orden público nos brinde un marco para la propia

⁵⁸³ Consejo de Estado Francés (1999).

⁵⁸⁴ FERMANDOIS (2014:58-59) da cuenta del problema de las dudas en el control, aunque advierte ciertos matices en la jurisprudencia y doctrina chilena, la que en ocasiones ha aceptado ciertos parámetros de control. Lo mismo puede observarse al analizar la jurisprudencia constitucional de Uruguay. Al respecto: GARAT (2018-A). Por su parte, BASSOLS (1988:325) afirma que el *“Tribunal Constitucional deberá limitarse a valoraciones normativas explícita o implícitamente deducidas del texto constitucional ya que en otro caso se subrogaría en las apreciaciones que por naturaleza corresponden al legislador histórico, apartándose de los juicios ideológicos inherentes a las experiencias histórico-críticas ya que cuando se invade estas esferas se entra de lleno en el terreno del «gobierno de los jueces» en su versión peyorativa”*.

⁵⁸⁵ SUPERVIELLE (1956:210). Sobre este mismo punto RODRÍGUEZ MANCINI (1973:17) exponía la necesidad que el orden público económico no se alejara de una política social, pues, para este autor, ambos forman parte de la política del bien común.

actuación estatal. De lo contrario, la evolución fáctica demuestra que el contenido dado es por demás diverso de acuerdo al período histórico, pudiendo ser en algunos momentos identificado con el Derecho Público, en otros únicamente con algunos principios esenciales de convivencia social, en otros con la labor proteccionista o social del Estado, y aún en otros con lo inmediatamente útil para la sociedad, desde una perspectiva más económica que moral. Lo anterior refuerza la premisa inicial de esta tesis, en cuanto se hace necesario, en el marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, concretizar el contenido de los fines legítimos para la limitación de derechos fundamentales y, dentro de ellos, del orden público.

Analizaré seguidamente si estas conclusiones son propias del ámbito estatal interno, del Derecho Civil, Laboral o aún regulatorio, o bien si también pueden vincularse con lo que ocurre en el Derecho Internacional y con la acepción de orden público que es adoptada en esta área.

2.3.- EL ORDEN PÚBLICO COMO EXCEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El orden público se invoca como una excepción aplicable en el Derecho Internacional. Ello se manifiesta con mayor claridad en el Derecho Internacional Privado, pues allí el orden público es excepción a la aplicación de la norma de conflicto. También se denota en algunas materias específicas del Derecho Internacional Público.

Realizaré a continuación una referencia al contenido que se le asigna al orden público en este marco. No me propongo efectuar un análisis exhaustivo de la aplicación y el alcance de los institutos propios de estas ramas del Derecho, sino que me concentraré únicamente en abordar el concepto que se le atribuye al orden público, lo que luego podré acercar o contrastar con los significados y conclusiones ya abordadas, así como con el ámbito constitucional que será objeto de estudio. Precisaré seguidamente cómo es invocado el orden público en el Derecho Internacional (*Sección 2.3.1*), para luego concentrarme en su determinación como orden inmaterial y en lo que ello supone (*Sección 2.3.2*). Finalmente, realizaré una mención a las doctrinas actuales que vierten un vuelco en el contenido del orden público internacional, relacionándolo con el desarrollo

del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y con las normas de *ius cogens* (Sección 2.3.3).

2.3.1- LA INVOCACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO POR LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL

El Derecho Internacional Privado se define como la rama del Derecho que surge tras la coexistencia de diversos ordenamientos jurídicos que podrían ser aplicables ante un caso u hecho concreto (relación jurídica internacional), y procura definir, entre otras cuestiones, quién es el juez competente y cuál es la ley aplicable⁵⁸⁶. Así, ante un caso concreto, por ejemplo ante dos personas que contrajeron matrimonio en un Estado, pero que quieren disolver su vínculo en otro Estado, debiéramos cuestionarnos cuál es el ordenamiento jurídico aplicable y cuál sería la jurisdicción competente para dirimir posibles conflictos: patrimoniales, de sus hijas o hijos menores, entre otros.

En muchos supuestos, una norma contenida en un tratado, o bien en el derecho interno de un Estado, determina cuál es la legislación aplicable. Esta es la que se denomina como “norma de conflicto”⁵⁸⁷. Sin embargo, puede ocurrir que la aplicación del derecho extranjero correspondiente, según la norma de conflicto, estuviera en contradicción con principios básicos del ordenamiento jurídico nacional. Es allí, entonces, cuando se invoca una excepción: el orden público internacional⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ Sintetizo el objeto de estudio del Derecho Internacional Privado, pues mi objetivo es dar únicamente una referencia para entender el fenómeno del orden público internacional como excepción a la aplicación de la ley extranjera. El Derecho Internacional Privado también se ocupa de otros ámbitos, como la validez y ejecución de sentencias extranjeras. Para mayor abundamiento: FRESNEDO DE AGUIRRE (2004:11-12). Asimismo, cabe notar con DORAL (1967:116) que la excepción de orden público es uno de los temas centrales del Derecho Internacional Privado.

⁵⁸⁷ A modo de ejemplo, el artículo 2395 del Código Civil Uruguayo indica que: “*La Ley del lugar de la celebración del matrimonio rige la capacidad de las personas para contraerlo y la forma, existencia y validez del acto matrimonial*”. En España, el artículo 9.2 del Código Civil establece: “*Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo...*”.

⁵⁸⁸ Los autores vierten énfasis en que lo contradictorio sea el efecto, el resultado, de aplicar la norma extranjera; pero no la norma en sí misma. En este sentido: ALFONSIN (1955:570-571); CALVO y CARRASCOSA (2017:619). Ello mismo fue señalado por la jurisprudencia francesa al afirmar que si bien la poligamia en Francia no es admitida, ello no supone que se deba considerar que una unión poligámica regularmente contraída en el extranjero no produce efectos -obligación de alimentos- en Francia. El caso es citado por CARRILLO (1976:327-328) y puede ser vinculado con la reciente sentencia española STS 121/2018 que reconoce la pensión de viudez a una viuda de un matrimonio polígamo. Véase *infra* nota al pie 631.

El artículo 2404 del Código Civil uruguayo indica que: *“No se aplicarán en nuestro país, en ningún caso las leyes extranjeras que se opongan a principios esenciales del orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica”*⁵⁸⁹. Respecto de esta excepción, en la exposición de motivos se invocaba que la ley extranjera *“no puede quebrantar los pilares fundamentales sobre los que ese levanta [cada Estado independiente] para dar aplicación a la ley que los amenaza”*⁵⁹⁰. En igual sentido, en España, el artículo 12.3 del Código Civil establece: *“En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”*⁵⁹¹.

También pueden citarse diversos tratados regionales o internacionales que contienen esta misma excepción⁵⁹². A modo de ejemplo, en el marco europeo, el artículo 16 del Convenio sobre la Ley Aplicable a las Relaciones Contractuales, del 19 de junio de 1980, establece: *“No podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Convenio salvo cuando sea manifiestamente incompatible con el orden público del fuero”*. En América, por su parte, esta temática fue especialmente discutida en el marco de las Conferencias Especializadas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), y Uruguay tuvo una singular participación, pues se posicionó en contra de la inclusión de la excepción. A tal respecto, OPERTTI, como representante de Uruguay, fundamentó el contrasentido de que un Estado pudiera invocar su

⁵⁸⁹ De similar modo, el artículo 525.5 del Código General del Proceso establece: *“Los tribunales sólo podrán declarar inaplicables los preceptos de la ley extranjera, cuando éstos contrarién manifiestamente los principios esenciales del orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica”*.

⁵⁹⁰ La exposición de motivos fue extraída de: FRESNEDO DE AGUIRRE (2004:278-279).

⁵⁹¹ BORRÁS RODRÍGUEZ (1984:77 y ss.) se plantea si la excepción de orden público puede aplicarse para el derecho interregional, esto es, para excluir, en una Comunidad Autónoma de España, el derecho que sería aplicable de otra Comunidad Autónoma. No me detendré sobre el punto, sino únicamente me manifiesto en forma coincidente con la autora en cuanto a pesar de ser comunidades autónomas distintas, todas se regulan por una misma Constitución, por lo que no debería haber ordenamientos drásticamente contrapuestos que dieran lugar a la aplicación del orden público como excepción. En este punto, asimismo, el artículo 16.1 del Código Civil español hace aplicable a los conflictos interregionales las normas de Derecho Internacional Privado, con algunas exclusiones, entre ellas, la excepción de orden público, prevista en el artículo 12 citado. Por su parte, MURPHY (1981:594), aunque referido a Estados Unidos, ya exponía que los conflictos internacionales e interestatales son distintos, dado que en los segundos se comparten las concepciones constitucionales y políticas.

⁵⁹² Por ejemplo, el artículo 4 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1889 establece: *“Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso”*.

Asimismo, respecto de la invocación de esta excepción en otros países de Europa véase: TRINIDAD GARCÍA (1995). Respecto de la invocación del orden público en los reglamentos y otras normas de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea véase: CALVO y CARRASCOSA (2017:617 y ss.).

orden interno para desaplicar el Derecho Internacional Privado⁵⁹³. No obstante lo anterior, se incluyó la excepción tanto en los CIDIP-I (Panamá, 1975), como en los CIDIP-II (Uruguay, 1979), aunque agregándole un requisito adicional, similar al previsto en la Convención europea citada: para poder excluir la aplicación del derecho extranjero, la contrariedad con el orden público debiera ser “manifiesta”⁵⁹⁴.

En esta última conferencia, y con ocasión de la firma de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Uruguay realizó igualmente una Declaración sobre la excepción de orden público. Se expresó que: *“La República Oriental del Uruguay (...) da su voto afirmativo a la fórmula de orden público, sin perjuicio de dejar expresa y claramente señalado, de conformidad con la posición sustentada en Panamá, que, según su interpretación acerca de la prealudida excepción, ésta se refiere al orden público internacional, como un instituto jurídico singular, no identificable necesariamente con el orden público interno de cada Estado. Por consecuencia, a juicio de la República Oriental del Uruguay, la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Parte para que, en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios*

⁵⁹³ FRESNEDO DE AGUIRRE (2004:279) y (2016:125). En este punto CARRILLO (1976:314) señala la cotidianeidad con que el orden público es invocado por la jurisprudencia española, para rehusar la aplicación del derecho extranjero y preferir el español.

⁵⁹⁴ A modo de ejemplo, el artículo 17 de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cargas Rogatorias (CIDIP I) establece: *“El Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de un exhorto o carta rogatoria cuando sea manifiestamente contrario al orden público”*. De similar redacción, el artículo 5 de la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II) prevé: *“La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público”*.

FRESNEDO DE AGUIRRE (2016:126) nota la diferencia entre ambas redacciones, observando que en la segunda la contrariedad debe estar dada respecto de los “principios” de orden público. Para la autora ello es aún más restringido puesto que la excepción no podría ser invocada cuando se contraviene la regla legal que contiene el principio, sino que debe estar en contraposición con el principio en sí mismo.

Respecto del requisito de ser “manifiesta” CALVO y CARRASCOSA (2017:621) establecen que se aplica para todos los casos, aún en supuestos en los que la disposición no invoca esta exigencia, como el artículo 12 del Código Civil español. Este nuevo requisito recuerda a lo que abogaba MURPHY (1981:607) en cuanto a que la contradicción con el orden público debía ser “repugnante” (*repugnant*).

El requisito de ser “manifiesta” también fue planteado en oportunidad de elaborar el artículo 12.3 del Código Civil Español ya citado. Tal como narra CARRILLO (1976:325) se proponía que se rechazara la ley extranjera si fuera “directa y manifiestamente contraria al orden público”. Sin embargo, ello se suprimió por solicitud de HERNÁNDEZ NAVARRO por entender que la exigencia de dichas notas era absurda.

*esenciales del orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica*⁵⁹⁵.

La invocación de un “orden público” como fundamento para no aplicar determinada norma se encuentra también en otras normas del Derecho Internacional. El Modelo de Convenio Tributario para Evitar la Doble Imposición y el Modelo de Convenio Tributario sobre Intercambio de Información, ambos elaborados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), también contienen esta referencia. En el primero, y especialmente en la regulación sobre el intercambio de información con fines fiscales (artículo 26), se establece que el Estado podría no otorgar la información en caso de que *“la comunicación sea contraria al orden público”*⁵⁹⁶. De similar modo, en el Modelo de Convenio Tributario sobre Intercambio de Información se incluye que: *“La Parte requerida podrá denegar un requerimiento de información si la comunicación de la misma es contraria al orden público (ordre public)”*⁵⁹⁷.

Por otra parte, son varios los instrumentos de cooperación internacional que lo invocan, junto a otros preceptos como la seguridad o la soberanía, como fundamento para rehusar una cooperación penal o la ejecución de determinado acto en el Estado del que se requiere la asistencia. Ello ocurre en tratados internacionales, como también en los multilaterales y bilaterales. Así, y a modo de ejemplo, el orden público se invoca en el artículo 15, literal b, de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas⁵⁹⁸, del año 1988, o en el artículo 13 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción⁵⁹⁹, del año 2004. También se menciona, en lo

⁵⁹⁵ El carácter excepcional es propugnado, por ejemplo, en Sentencia SCJ 2580/2011. La referencia a “concreta, grave y manifiesta” también se denota en la jurisprudencia uruguaya, por ejemplo, SCJ 41/2004.

⁵⁹⁶ OCDE (2010). Este es el modelo adoptado por el Convenio firmado entre España y Uruguay, del 9 de octubre de 2009, estando la referencia al orden público en el artículo 25 del mismo («BOE» núm. 87, de 12 de abril de 2011, páginas 37509 a 37529).

⁵⁹⁷ OCDE (2002). Este es el modelo adoptado, por ejemplo, por el Convenio firmado entre Uruguay y Francia (firmado el 28 de enero de 2010); o entre España y Bahamas (firmado el 11 de marzo de 2010), estando la referencia al orden público en los mismos («BOE» núm. 169, de 15 de julio de 2011, páginas 78775 a 78787).

⁵⁹⁸ Este artículo establece: *“La asistencia judicial recíproca solicitada podrá ser denegada: (...) b) Cuando la Parte requerida considere que el cumplimiento de lo solicitado pudiera menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales”*.

⁵⁹⁹ Este artículo prevé que: *“Esa libertad podrá estar sujeta a ciertas restricciones, que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: i) Garantizar el respeto de los derechos o la reputación de terceros; ii) Salvaguardar la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas”*.

regional, en el Convenio Europeo de Asistencia Jurídica en materia Penal⁶⁰⁰, de 1959; en la Convención Interamericana sobre Asistencia mutua en materia penal⁶⁰¹, de 1992; o en el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en asuntos penales del Mercosur⁶⁰², de 1996.

De particular interés para España y Uruguay es que en el Convenio bilateral de estos países sobre cooperación jurídica, del 4 de noviembre de 1987, se establece también que el reconocimiento y ejecución de una decisión podría ser rehusada si *“fuese manifiestamente incompatible con el orden público del Estado requerido”* (artículo 8); o bien que el auxilio judicial podría denegarse si se estima que *“La actividad que se pretende es contraria al orden público”* (artículo 22).

De todo lo anterior cabe extraer que el orden público internacional es una excepción a la aplicación del derecho extranjero o de un tratado internacional, a la obligación de realizar determinado acto de cooperación, de reconocer o ejecutar una sentencia, o de otorgar información solicitada por otro Estado⁶⁰³. De ahí se deriva a su vez la necesidad de limitar el concepto de orden público internacional, y de exigir que, para excluir la aplicación de una norma de derecho internacional privado, la oposición al mismo sea grave y manifiesta.

Corresponde ahora preguntarse cuál es el contenido de ese orden público internacional, así como quién lo determina, delimitando los casos en los que un Estado podría fundamentar en él su actuación. Corresponde, en concreto, cuestionarnos si el orden público invocado en todos estos instrumentos es el mismo; si es un orden público material o inmaterial; y cuáles son los principios que lo componen.

⁶⁰⁰ El artículo 2 dispone: *“Podrán denegarse la asistencia judicial: (...) (b) si la Parte requerida estima que la ejecución de la solicitud podría causar perjuicio a la soberanía, la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales de su país”*. El instrumento se encuentra publicado en: «BOE» núm. 223, de 17 de septiembre de 1982, páginas 25166 a 25174

⁶⁰¹ El artículo 9 prevé que: *“El Estado requerido podrá denegar la asistencia cuando a su juicio: (...) e. se afecta el orden público, la soberanía, la seguridad o los intereses públicos fundamentales”*.

⁶⁰² El artículo 5 establece: *“El Estado Parte requerido podrá denegar la asistencia cuando: (...) e) el cumplimiento de la solicitud sea contrario a la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales del Estado requerido”*

⁶⁰³ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ (2006:584); PÉREZ SOLFT (2012:2); BLOM (2003:374).

2.3.2- LA SIGNIFICACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL COMO ORDEN INMATERIAL

Al definir al orden público en estas áreas, lo primero que la doctrina menciona es que se trata de una caracterización especial para el Derecho Internacional. Ello da lugar, entonces, a un “orden público internacional” que tiene una definición singular y que se diferencia de otros “ordenes públicos” que podría haber, como otras nociones que se invocan en el derecho interno de cada Estado.

El orden público internacional es un concepto que parte de SAVIGNY y que posee desarrollo a través de otros autores, como BARTIN⁶⁰⁴. Se indica, siguiendo a CAPITANT, que es el *“conjunto de instituciones y de normas de tal manera unidas a la civilización de un país, que los jueces deben aplicarlas con preferencia a la ley extranjera, aunque éstas fueran aplicables según las reglas ordinarias para resolver conflictos de leyes”*⁶⁰⁵. Se trata de principios fundamentales para el Estado, con los que su población -y por tanto el propio Estado- se identifican, por lo que el Poder Judicial no podría aplicar el derecho extranjero o realizar un acto que los contraríe.

Se trata, entonces, de los *“principios fundamentales que hacen a la esencia y a la individualidad jurídica de un Estado”*⁶⁰⁶; *“la esencia de las instituciones, de las costumbres y de la organización de un país”*⁶⁰⁷; o los *“principios y valores jurídicos fundamentales”* (ATS 1803/2001, FJ 9), *“básicos – ejes centrales de la reglamentación- e irrenunciables”*⁶⁰⁸ de dicho Estado. El fundamento se encuentra en la soberanía o en la voluntad del Estado⁶⁰⁹, en la

⁶⁰⁴ NAJURIETA (1997:1436-1437).

⁶⁰⁵ CABANELLASDE TORRES (1979:226); FUEYO LANERI (1967:432). En similar sentido se refieren al conjunto de principios fundamentales de carácter político, moral, religioso, social: VILLA-REAL y ÁNGEL DEL ARCO (2006:369).

⁶⁰⁶ FRESNEDO DE AGUIRRE (2004:272) y (2014:114). En igual sentido: MONROY CABRA (2016:279).

⁶⁰⁷ OSSORIO (1982:518).

⁶⁰⁸ PALÉS (2001:1061).

⁶⁰⁹ ALFONSIN (1955:566) y FRESNEDO DE AGUIRRE (2004:269). Por su parte, PÉREZ SOLFT (2012:9) citando a BASADRE menciona que afectar el orden público implica afectar la soberanía y los fundamentos básicos del Estado.

conservación o protección estatal⁶¹⁰, o también, en la cohesión jurídica de la sociedad de un país⁶¹¹ o de una comunidad, sea ésta regional o internacional.

Este orden público *internacional* se distinguiría, para la doctrina, del orden público *interno*⁶¹². Esta distinción deriva, incluso, de la Declaración pronunciada por Uruguay antes citada, pues la preocupación es que no se incluyan cuestiones de derecho interno en esta excepción, propia del Derecho Internacional. Al decir de FRESNEDO: *“Esta Declaración determina claramente el alcance restrictivo que debe dársele, preceptivamente, en nuestro país, al orden público como excepción a la aplicación del derecho extranjero, distinguiéndolo claramente del orden público interno”*⁶¹³.

La jurisprudencia uruguaya ha diferenciado el orden público *interno* del *internacional* sobre la base de la Declaración, sosteniendo que: *“El orden público interno es el conjunto de normas y principios que no pueden ser derogadas por los particulares, pero eso no quita que puedan ser desplazados por la aplicación de un derecho extranjero. El orden público internacional, entonces, debe entenderse como el conjunto de normas o principios en el que un Estado asienta su individualidad jurídica; de tal forma, para concluir en un no reconocimiento de una ley extranjera (en el caso de marras, de una sentencia), debe ofender en forma concreta, grave y manifiesta las normas y principios esenciales de orden público internacional en los que el Estado asienta su individualidad jurídica”* (Tribunal de Apelaciones de Familia de Uruguay - TAF 1 193/2007).

Si bien se indica que la diferencia entre el orden público interno y el internacional es en cuanto al contenido, no encuentro una divergencia en lo sustancial, sino que, a mi juicio, la distinción radica, únicamente, en los efectos que uno u otro apareja. Así, entonces, el orden público internacional refiere a la excepción de la aplicación del derecho extranjero o del internacional. Los efectos del orden público interno son, en cambio, restringir la autonomía de la voluntad,

⁶¹⁰ ALFONSIN (1940:223).

⁶¹¹ CALVO y CARRASCOSA (2017:609). En similar sentido: CARRILLO (1976:314).

⁶¹² Sostienen ALFONSIN (1955:569) y FEUILLADE (2015:61) que esta distinción, ya sugerida por SAVIGNY, proviene de BROCHER. Igualmente, cabe apuntar que algunos autores lo vinculan con una diferenciación entre nacionales y extranjeros. Así, el orden público interno se aplica a los nacionales, mientras que el internacional se aplica a éstos y a los extranjeros. A este respecto: ALFONSIN (1955:569) y PÉREZ SOLFT (2012:8-10).

También pueden encontrarse otras clasificaciones del orden público, en referencia a lo anterior: nacional e internacional, nacional y universal, relativo y absoluto, territorial y personal. En este punto: ALFONSIN (1940:255); PÉREZ SOLFT (2012:10); DE LA FUENTE (2013:85 y ss.).

⁶¹³ FRESNEDO DE AGUIRRE (2004:282) y (2016:127).

e impedir que las disposiciones internas sean derogadas por acuerdo de partes. En cuanto al contenido, no obstante, ambos conceptos refieren a una acepción inmaterial, sin perjuicio de que, para cierta doctrina, el interno podría ser más amplio, lo que se ve intensificado tras el desarrollo del instituto hacia otras áreas, sociales o económicas, conforme a lo antes desarrollado (*supra* 2.2.4)⁶¹⁴.

Corresponde en esta etapa igualmente distinguir al orden público internacional de otra noción igualmente afín e intrínsecamente relacionada: las normas de aplicación inmediata.

Las normas de aplicación inmediata -o también denominadas por la doctrina como “orden público como excepción a priori” o “normas de policía del Derecho Internacional Privado”⁶¹⁵- son aquellas que por su importancia deben ser aplicadas al caso, excluyendo a la norma de conflicto y al derecho extranjero: *“...las normas se refieren a un asunto en el que ese estado tiene un gran interés en aplicar su propio derecho, cuando hay un fuerte principio de orden público que impide la aplicación de ningún otro derecho más que el del foro”*⁶¹⁶. Son disposiciones que se emplean de forma preceptiva e imperativa, y que no pueden dejarse de lado por el Poder Judicial: *“El legislador del foro quiere asegurarse una solución de fondo y entiende que ese objetivo sólo puede alcanzarse si*

⁶¹⁴ La doctrina indica que el orden público internacional es más restringido al orden público interno en la medida que solo se compone por aquellos principios básicos e irrenunciables: PALÉS (2001:1061); ALFONSIN (1955:570); FRESNEDO DE AGUIRRE (2014:115).

⁶¹⁵ Tal sostiene FRESNEDO DE AGUIRRE (2016:104), la manifestación clásica del orden público es como excepción a posteriori, desarrollada por el derecho británico. La excepción a priori, denominada como *lois de police*, fue empleada originariamente por el derecho francés, e impone una preferencia obligatoria por la regla del foro. Esta excepción puede observarse en el artículo 11 de la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP V, 1994): *“No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos”*.

Asimismo, el artículo 7 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (1980) establece: *“Leyes de policía. 1. Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente en vínculo estrecho, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación. 2. Las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato”*.

⁶¹⁶ FRESNEDO DE AGUIRRE (2004:273-274). La autora agrega, asimismo, y citando a GOLDSCHMIDT que estas normas *“concernen a la comunidad de manera más vital”*. También se refiere a esta distinción ALFONSIN (1955:561).

*aplica la regla sustancial en el ámbito exorbitante que ella misma define, explícitamente*⁶¹⁷.

En la excepción de orden público internacional, el Poder Judicial no puede aplicar lo extranjero o no puede colaborar en lo requerido porque con ese acto contrariaría principios fundamentales en los que el Estado se identifica. En el supuesto de las normas de aplicación inmediata, en cambio, el Poder Judicial no llega a realizar ese razonamiento, puesto que ante el caso que se le presenta ya tiene una norma interna que debe aplicar por encima de toda otra norma o requerimiento extranjero.

La diferencia es minuciosa y a mi juicio las normas de aplicación inmediata podrían formar parte del concepto de orden público internacional. Sostiene a este respecto FRESNEDO que las reglas de aplicación inmediata fueron consideradas como una especie dentro del género de la excepción de orden público, aunque luego aclara que pueden o no integrarlo. Obedecen a un interés político o necesidad económica del Estado, de particular importancia, mientras que en el orden público internacional se evoca un valor social o moral fundamental. Concluye con una explicación que clarifica la cuestión: la excepción de orden público opera cuando la aplicación de la ley extranjera es inaceptable; las reglas de aplicación inmediata se aplican cuando, por su imperatividad, son las únicas que pueden ser invocadas⁶¹⁸.

Con base en lo anterior, y si bien a mi parecer las normas de aplicación inmediata serían una especie dentro del género “orden público”⁶¹⁹, ello no es unánime en doctrina, pues también se les asigna un contenido propio y distinto. No obstante esta precisión, y tanto en una u otra postura, resulta de indudable trascendencia definir qué es el orden público internacional⁶²⁰: cuáles son esos principios fundamentales que individualizan el ordenamiento jurídico de un Estado, quién y cómo los determinan. Y, si entendemos que las normas de

⁶¹⁷ NAJURIETA (1997:1437).

⁶¹⁸ FRESNEDO DE AGUIRRE (2016:107-109). En similar sentido: GARCIMARTÍN ALFÉREZ (2016:317-318) y BLOM (2003:379). No obstante esta diferenciación, ÁLVAREZ ORTEGA (2003: 31) expresa que la consideración doctrinaria como manifestación del orden público “*podría, no obstante, cifrarse en su finalidad protectora de los elementos esenciales del foro*”.

⁶¹⁹ Esta concepción es la manifestada por MEREZHKO (2012:154). Para este autor las normas de aplicación inmediata son las más importantes del Estado, y toman fuente en el orden público.

⁶²⁰ ALFONSIN (1955:565-566) vierte énfasis en definir los límites del concepto, pues con el mismo el Estado podría no aplicar el normal desenvolvimiento del Tratado (norma de conflicto).

aplicación inmediata forman parte de dicho género, habría entonces también que definir cuáles son, y por qué estas otras normas serían de “aplicación inmediata”.

Tal como he analizado, el orden público en esta materia se relaciona con “principios fundamentales”, con aspectos que caracterizan al Estado como tal, así definidos por la sociedad, por su moral, por su filosofía y por sus intereses. El orden público internacional, como en toda acepción inmaterial, se ha vinculado con normas que están escritas en interés de todos, y no solamente en interés de cada uno; con un *fin social* de la ley⁶²¹. Se lo asocia con la protección de los “intereses generales”⁶²², con el interés general del Estado y con las “imperiosas exigencias sociales”⁶²³.

En la doctrina española se exigen dos requisitos para que un principio sea considerado como “fundamental” y, por tanto, de orden público internacional: que tenga un valor absoluto y general en el ordenamiento jurídico, y que recoja intereses necesarios para el correcto funcionamiento de la sociedad⁶²⁴. Asimismo, se aclara que el concepto es esencialmente variable. Lo que hoy integra el orden público, puede no componerlo mañana. La definición dependerá del lugar y del tiempo⁶²⁵. En esto, el ejemplo del matrimonio homosexual es de trascendencia, pues si bien antes constituía un supuesto clásico de aplicación de esta excepción de orden público internacional⁶²⁶, hoy en día no pueden caber dudas que ni en España, ni en Uruguay, se podría invocar el orden público internacional para dar ineficacia a un matrimonio homosexual.

En este sentido, la jurisprudencia uruguaya ha sentado las primeras dudas sobre la permanencia de la heterosexualidad del matrimonio como integrante del orden público en sentencia del Tribunal de Apelaciones de Familia (TAF) 1 237/2011. Finalmente, el fallo de la Magistrada María Cristina Crespo (Juzgado

⁶²¹ ALFONSIN (1940:140-141); PÉREZ SOLFT (2012:7).

⁶²² CALVO y CARRASCOSA (2017:610).

⁶²³ ALFONSIN (1940:224). Es interesante detenernos en esta última acepción «imperiosas exigencias sociales» que el autor cita de BROCHER, para vincularlo con la jurisprudencia del TEDH que también utiliza este vocablo, y que también toma la Corte IDH. Este punto será desarrollado en el Capítulo IV.

⁶²⁴ CALVO y CARRASCOSA (2017:623).

⁶²⁵ ALFONSIN (1940:116); BORRÁS RODRÍGUEZ (1984:69); FRESNEDO DE AGUIRRE (2004:276); PÉREZ SOLFT (2012:7).

⁶²⁶ Este ejemplo es dado en la Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Familia de Uruguay - TAF 1 193/2007, en la que se invoca que: “un ejemplo en tal sentido es el matrimonio entre personas del mismo sexo. El reconocimiento de tal matrimonio es a ojos vista improcedente para la ley y para la idiosincrasia del Uruguay como nación, así como también lo sería una sentencia extranjera que admitiese la esclavitud”. El ejemplo también se puede observar en: FRESNEDO DE AGUIRRE (2004:276) y (2016:107).

Letrado de Familia de 27 Turno, 1940/2012) entiende que la heterosexualidad no es integrante del orden público internacional uruguayo. En esta última se hace especial referencia al cambio de concepción que había sido recibido a través de la ley sobre unión concubinaria (Ley 18.246 de fines del año 2007) y, particularmente, con la regulación del cambio de identidad de género (Ley 18.620, de 2009)⁶²⁷. Actualmente, el punto queda sin discusión tras la Ley de Matrimonio Igualitario, 19.075, del 2013. Es éste también el caso, en España, con la Ley 13/2005, que fue declarada constitucional en STC 198/2012. Y algo similar también ocurrió en España respecto de la indisolubilidad del matrimonio, punto que era invocado por la jurisprudencia como de orden público internacional, pero que también ha variado (STS 3608/2007, FJ 4, y ATS 8770/2004, FJ 5)⁶²⁸.

El contenido que se le asigna al orden público, según analizo, posee vertientes que lo relacionan con los derechos fundamentales, pero es aún más amplio, también integrándose con otras concepciones sociales, filosóficas, morales y económicas. En lo que respecta a los derechos, se denota una semejanza en la caracterización del orden público internacional en España y en Uruguay en conexión con el derecho procesal. En el ámbito procesal los tribunales de ambos países consideran de orden público los principios del debido proceso y de tutela jurisdiccional efectiva (TCE 43/1986, FJ 4, 54/1989, FJ 4; 132/1991, FJ 4; STS 1442/2007, FJ 3 y ATS 1627/2000, FJ 3; y SCJ 165/2015, 166/2015, 154/2007). Asimismo, en forma específica, se entiende que la motivación de la sentencia atañe al orden público (TCE 132/1991, FJ 4; y SCJ 50/2014 y 61/2015)⁶²⁹. Así, entonces, no reconocen validez a una sentencia extranjera que no los hubiera cumplido. En Uruguay, por su parte, la prohibición de prisión civil por deudas también forma parte del orden público (SCJ

⁶²⁷ En comentario de esta sentencia puede verse: FRESNEDO DE AGUIRRE (2012). También allí puede consultarse el texto del fallo (cita online: UY/JUR/216/2012).

⁶²⁸ Al respecto: CARRILLO (1976: 318); DORAL (1967: 39 y 110); TRINIDAD GARCÍA (1995:11308-11309); CALVO y CARRASCOSA (2017:626). Asimismo, también MARTÍN-RETORTILLO (1983-A:311-312) hace referencia a la imposibilidad de contraer matrimonio luego de estar divorciado, lo que antes era de orden público, y lo que también se varió.

⁶²⁹ La aplicación práctica puede observarse, en mayor medida, en el ejecutivo, pues se analizará si la sentencia dictada en el Estado de origen cumple con dichos postulados. En este punto puede consultarse: PÉREZ ÁLVAREZ (2006:472-473). Asimismo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1970:22 y ss. y 264) menciona que para la jurisprudencia del Consejo de Estado francés también son vicios de orden público estas cuestiones: la incompetencia, la omisión de dictámenes vinculantes y las actuaciones realizadas fuera del campo de aplicación de la ley.

2580/2011), así como la prohibición de esclavitud (Tribunal de Apelaciones de Familia de Uruguay - TAF 1 193/2007).

Sin embargo, y tal adelantaba, estas no son las únicas materias que se refieren al orden público internacional. En Uruguay el carácter monogámico del matrimonio es un aspecto que, actualmente, se mantiene como integrante de la noción de orden público⁶³⁰. También así en España, pues el TSE ha expuesto que: *“la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (art. 12.3CC). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 CP). Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un «suficiente grado de integración en la sociedad española»”* (STS 3054/2008, FJ 3; 3707/2011, FJ 3; y 4539/2017, FJ 1). No obstante ello, más recientemente, la STS 121/2018, aunque sin desconocer que la poligamia es contraria al orden público internacional español, otorga un cierto efecto a dicho matrimonio, al brindar una pensión de viudez a una de las viudas⁶³¹.

Por otra parte, CALVO y CARAVACA realizan un estudio de la jurisprudencia española que se ha emitido en la materia, entendiendo como contrario al orden público internacional español, entre otras cuestiones: permitir un despido arbitrario a un trabajador; admitir el matrimonio concertado por padres o familiares de los contrayentes o sin haber acreditado el consentimiento matrimonial; la capacidad del varón de contraer varios matrimonios; los contratos

⁶³⁰ A este respecto se ha pronunciado especialmente ALVAREZ COZZI (2011).

⁶³¹ La STS concluye que: *“la constatación de una situación de poligamia de un súbdito marroquí no impide, por razones de orden público, el reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado, regulado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, a favor de todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante receptor de una pensión con cargo al Estado español”* (STS 121/2018, FJ 6).

de esclavitud; la prohibición de heredar por profesar determinada religión; la diferenciación entre mujeres y varones en la sucesión; atribuir automáticamente la patria potestad del hijo menor a la madre en el marco de un proceso de divorcio; permitir a un sujeto antes extranjero, y ahora español, conservar los apellidos que le atribuye el derecho extranjero si todos ellos son de la línea paterna, pues se entiende que infringe el “principio de infungibilidad de las líneas paterna y materna”⁶³².

El orden público internacional trataría, entonces, de preservar un contenido cuyo fundamento se halla en la moral, en la filosofía, en la política, en la religión, en la economía, entre otros⁶³³. Se lo refiere como un “conjunto de aquellas características y valores de la convivencia que una sociedad considera como «no negociables»”⁶³⁴. Para algunos autores el significado del orden público internacional también depende de otros factores. Explicita ALFONSIN que el concepto de orden público internacional “refleja fielmente el movimiento de ideas de cada sociedad” e invoca el ejemplo de la España franquista: “Con el advenimiento del general Franco, p.e., se transformó radicalmente el orden público de España por la implantación de los principios fundamentales del derecho canónico”⁶³⁵. NAJURIETA también menciona la “actualidad”, en tanto que de ella depende el espíritu de la legislación de un país, que es esencialmente cambiante. Esta se funda, según la autora, en la religión, la inmigración, entre otros⁶³⁶.

Si bien dedicaré un apartado a analizar la época franquista (Sección 3.1.2), cabe desde ya plantear la interrogante respecto de la variación absoluta del orden público. Se trata de discernir si éste puede ser un concepto completamente cambiante, o si, por el contrario, se integra con, al menos, un núcleo esencial que debiera mantenerse⁶³⁷. En esta última posición, se podría agregar incluso la cuestión de si dicho núcleo esencial podría relacionarse con

⁶³² CALVO y CARRASCOSA (2017:615).

⁶³³ ALFONSIN (1940:125) y (1955:559); MURPHY (1981:591); TRINIDAD GARCÍA (1995:11294); NAJURIETA (1997:1437); PÉREZ SOLFT (2012:10); JIMÉNEZ SOLARES (2014:327).

⁶³⁴ PÉREZ SOLFT (2012:2).

⁶³⁵ ALFONSIN (1955:572-573).

⁶³⁶ NAJURIETA (1997:1438).

⁶³⁷ En este último punto, por ejemplo, PÉREZ SOLFT (2012:10) sostiene que el concepto no es inmutable, pero no puede ser esencialmente variable. Responderé especialmente esta interrogante en el Capítulo V.

las “normas de aplicación inmediata” antes abordadas, aunque no se trate de una categoría clara en su composición.

De las definiciones doctrinarias, pueden extraerse, entonces, tres caracteres principales de este orden público “internacional”: (a) que es un concepto variable; (b) que es definido por cada Estado⁶³⁸, vinculado a las normas que son interés de todos (interés público/interés general); y (c) relacionado con percepciones o concepciones que la sociedad posee respecto de aspectos morales, económicos o sociales. Se trata de una significación inmaterial esencialmente imprecisa y confusa, difícil de determinar, que, a mi parecer, tiene un similar contenido a lo que fue abordado como “orden público interno”. La doctrina aclara, no obstante, que principios que integran la noción de orden público internacional pueden estar positivizados en el ordenamiento, o pueden no estarlo⁶³⁹, pudiendo ser una categoría de definición jurisprudencial⁶⁴⁰, aunque se matiza indicando que no puede constituir un acto arbitrario, de desaplicación del derecho extranjero, sino que debe ser responsable y estar debidamente fundado⁶⁴¹.

En este marco, entonces, surge la necesidad de precisar y determinar el contenido de la excepción. Existe, asimismo, un significativo riesgo de no conocer cuál es la fuente de la que emana la definición del instituto, y de entenderlo como completamente variable, dependiente de concepciones sociales que se desconoce de dónde emergen.

Este punto se relaciona con lo ya cuestionado respecto de la acepción inmaterial del término en el análisis del orden público interno. Se invocan como de “orden público” principios imprecisos, concepciones filosóficas o morales que, parecería, son el sentir colectivo de la sociedad. Sin embargo, ello estaría basado en la apreciación que algunos tienen de *lo común*, o bien en la mayoría social. La cuestión de los límites a estas acepciones, o de los derechos de las minorías parecerían permanecer ajenos a este análisis.

⁶³⁸ CALVO y CARRASCOSA (2017:610-611) vierten énfasis en el carácter de “nacional” del orden público, dado que es de cada Estado.

⁶³⁹ FRESNEDO DE AGUIRRE (2014:115). Asimismo, esta autora (2016:120-121) indica que sería de utilidad encontrar un criterio que permita al juez determinar los principios fundamentales, lo que también otorgaría previsibilidad en la aplicación de este instituto.

⁶⁴⁰ PALÉS (2001:1061); FRESNEDO DE AGUIRRE (2004:270); GARCIMARTÍN ALFÉREZ (2016:318).

⁶⁴¹ FRESNEDO DE AGUIRRE (2004:270); CALVO y CARRASCOSA (2017:614 y 420).

No obstante lo anterior, en los últimos tiempos y por el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la concepción del orden público internacional ha sido vinculada, por algunos autores, con la preservación de ciertos derechos, tal analizaré especialmente a continuación.

2.3.3- EL INCIPIENTE VÍNCULO ENTRE EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y LOS DERECHOS HUMANOS

Tal lo adelantado, y sin perjuicio de la concepción clásica antes analizada, en los últimos tiempos varios autores de Derecho Internacional Privado se centraron en analizar la influencia que el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha tenido en la significación del orden público internacional. Pues, si nos referimos a principios que asientan la individualidad jurídica de un Estado, los derechos humanos debieran ser los integrantes por excelencia de este significado⁶⁴².

El Profesor CARRILLO SALCEDO escribía sobre la necesidad de otorgar al orden público *“un perfil auténticamente internacional, universal y supranacional”*. Nombraba a los derechos y libertades fundamentales como integrantes del concepto y sostenía la necesidad de limitar su invocación únicamente a las *“hipótesis excepcionales en las que la coordinación de ordenamientos no es viable, porque ninguna equivalencia ni ajuste es posible”*⁶⁴³.

La Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos tuvieron un importante efecto en el Derecho Internacional al manifestar, en su interior, un núcleo común de valores, los que la comunidad internacional -o al menos los signatarios de estos instrumentos- se veían avocados a respetar⁶⁴⁴. Lo anterior también denota el cambio de concepción que, según detallaré en el análisis constitucional que realizaré en el Capítulo siguiente

⁶⁴² En este punto FRESNEDO DE AGUIRRE (2016:93 y 224) indica que hay quienes expresan que no se puede aplicar el derecho extranjero si es contrario a la protección de un derecho humano. Asimismo, menciona que los derechos humanos se invocan, cada vez más, en los instrumentos sobre Derecho Internacional Privado, como ocurre con el “interés superior del menor” recepcionado, por ejemplo, en la Convención de La Haya sobre Restitución Internacional de Menores (artículo 1). Respecto del interés superior de las personas menores, la jurisprudencia uruguaya considera que es un principio que forma parte del orden público (SCJ 103/1990). Similar apreciación realiza la doctrina española: CARRASCO PERERA (2017:24).

⁶⁴³ CARRILLO (1976:330).

⁶⁴⁴ CARRILLO (1969:42); ARBUET (1988:38).

(Capítulo III), se presentó en las Constituciones posteriores a los períodos dictatoriales. En España, el Tribunal Constitucional enfatizó la diferencia que el concepto de orden público internacional tenía en la entonces nueva Constitución de 1978: *“Este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza solo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluso los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Constitución”* (STC 43/1986, FJ 4; 54/1989, FJ 4; 132/1991, FJ 4; y ATC 116/1992, FJ 3)⁶⁴⁵.

Por su parte, la jurisprudencia uruguaya también ha variado en este sentido en los últimos tiempos. En la Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Uruguay - TAC 1 i74/2011 se expresa: *“hoy puede afirmarse que el orden público internacional está constituido por un conjunto de principios fundamentales que, por regla general, son recibidos por las Constituciones estatales y viene a cumplir una doble función, de salvaguardia del orden nacional, porque permite impedir la aplicación en cada Estado de leyes extranjeras que colidan con los fundamentos esenciales del sistema jurídico nacional, funcionando como excepción y, a la vez, asegura un orden mínimo común a las naciones, que tendría el carácter de jus cogens según la terminología actualmente más difundida, formando un verdadero derecho de gentes que constituye el mínimo exigible en el orden internacional a cualquier norma o decisión”*.

Ejemplos contemporáneos del dinamismo asignado al concepto, así como de su vínculo con los derechos fundamentales, son los casos vinculados a la temática denominada como “maternidad subrogada” o “gestación por

⁶⁴⁵ Respecto del TSE la doctrina también señala el cambio en la concepción. Sostiene PÉREZ ÁLVAREZ (2006:474): *“finalmente, por cuanto se refiere al contenido del `orden público constitucional`, si bien en sus primeros pronunciamientos abogó por colmarlo con los principios necesarios para el mantenimiento del orden y de la paz social en una época y tiempos determinados, pronto lo situó de conformidad con la doctrina del TC, en el plano de los derechos y de las libertades fundamentales”*.

sustitución”. Se trata de un fenómeno reciente y que incluso aún no presenta casos jurisprudenciales en Uruguay, pero que sí ha suscitado un importante debate en Europa. En España, la excepción de orden público fue fundamento para rechazar el reconocimiento de la filiación a quienes gestaron sus hijos e hijas a través de esta técnica, que se define como *“el proceso en función del cual una mujer capaz consiente libremente en llevar a cabo la concepción, mediante TRA [Técnicas de Reproducción Asistida], y posterior gestación de un feto, con el compromiso de entregar al bebé nacido a otra/s persona/s, que será/n su/s progenitor/a/es legal/es. Esta sustitución gestacional puede ser parcial o total”*⁶⁴⁶.

En estos casos se cuestiona la validez del registro como hijos o como hijas a quienes lo fueron de este modo. La posición que rechaza dicha validez lo fundamenta en que con él se contraría el orden público porque se está eludiendo una norma prohibitiva del ordenamiento jurídico interno -en España artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida⁶⁴⁷- a través de la realización en el exterior de lo prohibido en el interior. Y lo fundamenta también en la necesaria salvaguarda de la mujer y de su dignidad, y la necesidad de desestimular el comercio de su cuerpo⁶⁴⁸.

El debate antes comentado puede verse en la jurisprudencia del TSE, así como en el TEDH y el TJUE. En la STS 247/2014 el reconocimiento de estos casos como válidos en España posee el límite del orden público *“entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan”* (FJ 4). Con este fundamento, no se admite el reconocimiento de la filiación de hijas o hijos de españoles gestados por subrogación en California, aunque sí se deja abierta una posible protección posterior, si se comprobaran otros supuestos, como la

⁶⁴⁶ RODRÍGUEZ RUIZ (2017: 259).

⁶⁴⁷ Este artículo establece: *“Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”*. Tal sostiene RODRÍGUEZ RUIZ (2017: 262), el artículo es claro en cuanto declara nulos los contratos celebrados en España, pero no implica efecto alguno a quienes lo realicen en el exterior, en una jurisdicción que sí los permite. Ello es lo que genera, justamente, los cuestionamientos respecto de cómo abordar los casos de gestación en el extranjero pero que luego solicitan reconocimiento en España.

En postura opuesta, y sosteniendo el argumento que menciono, se pronuncia el Magistrado Excmo. Sr. José Manuel López García de la Serrana en Voto Particular a la STS 5375/2016.

⁶⁴⁸ Este punto es referido en la STS 247/2014, FJ 3, apartado 10.

ruptura de todo vínculo con la madre gestante, la existencia de un núcleo familiar, o bien la paternidad biológica de alguno de los interesados (FJ 12).

En la postura opuesta, cabe destacar el voto particular formulado por el Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana, y al que se adhieren los Magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol. Se menciona que: “*Se discrepa abiertamente de lo que sostiene la mayoría sobre la vulneración al orden público (...) El orden público en esta materia no debe valorarse desde la perspectiva de la contrariedad con la normativa interna, sino desde la consideración que merezca la tutela del interés del menor (como ocurre en materia de adopciones internacionales), cuya normativa reguladora tiene también características de orden público y debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en cuanto les afecte*” (FJ 3).

Este último aspecto es el salvaguardado en la jurisprudencia del TEDH, a través del caso *Mennesson vs. Francia* (2014). La temática también fue abordada en la reciente Opinión Consultiva del mismo Tribunal (2019)⁶⁴⁹. El TEDH hace referencia a que no hay un consenso sobre el tema en Europa, pues algunos ordenamientos lo prohíben expresamente, otros no lo regulan, y los menos lo permiten. Se justifica, entonces, un amplio margen de apreciación a los Estados⁶⁵⁰. Sin embargo, también precisa que dicho margen se ve acotado al confrontar el interés de la comunidad en salvaguardar los intereses públicos enunciados, con el interés de los recurrentes -y especialmente de las personas menores- a ser protegidos en sus derechos de vida privada y familiar⁶⁵¹. Al

⁶⁴⁹ TEDH. Opinión Consultiva – Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, requerida por la Corte de Casación de Francia, 10 de abril de 2019.

⁶⁵⁰ TEDH. Caso *Mennesson vs. Francia*, 24 de junio de 2014, p. 77-79. El margen de apreciación será abordado en el Capítulo IV. Asimismo, en la Opinión Consultiva el TEDH también hace una comparación entre la legislación de los Estados (TEDH. Opinión Consultiva – Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, requerida por la Corte de Casación de Francia, 10 de abril de 2019, p. 22-24 y 51).

⁶⁵¹ TEDH. Caso *Mennesson vs. Francia*, 26 de junio de 2014, p. 80-84. TEDH. Opinión Consultiva – Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, requerida por la Corte de Casación de Francia, 10 de abril de 2019, p. 44.

Encuentro por demás trascendente el equilibrio al que hace mención el TEDH, pues, en mi opinión ello hace a la propia definición de orden público y no resulta un aspecto ajeno o independiente a su significado. Retomaré este punto el Capítulo IV de este análisis en oportunidad de estudiar particularmente la jurisprudencia del TEDH.

analizar particularmente la situación de los menores se constata una incertidumbre jurídica y se detallan los efectos negativos que conlleva su no reconocimiento como hijos o hijas, por el derecho francés. Por ello en el caso *Menesson* se condena, finalmente, la vulneración en el caso del artículo 8 del CEDH (protección a la vida privada y familiar). Luego, en la Opinión Consultiva (2019) el TEDH no solamente refiere al supuesto en el que había un vínculo biológico -como lo era en los hechos de *Menesson*-, sino que precisa que el derecho reconocido en el artículo 8 del CEDH requiere que la regulación interna provea una posibilidad de reconocimiento de la filiación, aunque no hubiera tal vínculo. Sin embargo, también resuelve que ello no implica que deba realizarse necesariamente dentro del registro de nacimientos, pudiendo efectuarse por otros institutos o medios, como la adopción.

El fallo *Menesson* es citado especialmente en la STS 5375/2016 en la que se aborda el otorgamiento de la prestación de maternidad al padre que ha sido tal a través de esta técnica. Se destaca la relevancia que el TEDH otorga a la protección de la situación realmente generada: *“aunque no se explicita de tal modo, lo que se hace es optar por un «mal menor»: mantener las consecuencias de una situación contraria al Derecho nacional (convivencia derivada de la maternidad subrogada) porque así conviene al interés del menor (mantenerlo en su núcleo familiar «de facto»).* Y esto, al margen de lo que disponga el Derecho Internacional Privado, obviamente también integrado en el ordenamiento español”. La Sentencia realiza una interpretación constitucional del caso y de la noción de orden público, para resolver concediendo las prestaciones de maternidad solicitadas. Ello, motivado en cuanto el CEDH y la jurisprudencia del TEDH reconocen el derecho de inscripción de los menores nacidos gestados por sustitución, con base en el interés superior de las personas menores y en la necesidad de proteger un estado real.

La posición, sin embargo, es algo distinta en el TJUE. En el caso C-167/12 (2014) se establece que la Directiva 92/85/CEE no impone la obligación de conceder un subsidio por maternidad a quien es madre por gestación sustituta, aunque, siendo una regulación de mínimos, tampoco prohíbe a los Estados otorgarla. En el caso C-363/12 (2014) se aclara que el no otorgamiento de un subsidio por maternidad en estos supuestos no implica discriminación basada en

el sexo o la discapacidad, en los términos de las Directivas 2006/54/CE y 2000/78/CE, respectivamente.

Lo anterior pone de manifiesto la complejidad en la definición del contenido a ser asignado al orden público, a la vez que manifiesta el vínculo intrínseco que el término posee con la protección de los derechos fundamentales. En base a ello, cierta doctrina propone buscar los principios que definen al orden público internacional en el Derecho Constitucional, incluyendo en este ciertas Convenciones⁶⁵². La invocación de estas fuentes como integrantes del orden público, o bien para resolver casos de Derecho Internacional, también se hizo corriente⁶⁵³.

NAJURIETA menciona a los derechos fundamentales como “*de orden público verdaderamente internacional o ius cogens*”, indicando que “*un país los debería aplicar independientemente de los compromisos asumidos por un tratado o de toda disposición de derecho interno*”. Los derechos fundamentales integrarían, entonces, “*el sustrato mínimo común del orden público internacional*”⁶⁵⁴. Parecería que la excepción de orden público internacional ya no se fundamenta únicamente en la soberanía o en la protección del ordenamiento jurídico interno, sino que, con el desarrollo del Derecho

⁶⁵² NAJURIETA (1997:1436 y 1444) y HAMMIE (1997). MONROY CABRA (2016:279) indica que los principios esenciales, por regla general, están contenidos en las Constituciones. CALVO y CARRASCOSA (2017:625) puntualizan que la fuente del orden público se halla en la Constitución, en el Derecho Comunitario de la Unión Europea, en las convenciones sobre derechos humanos, y en el derecho privado interno. Por su parte, y además de la Constitución y las Convenciones, GARCIMARTÍN ALFÉREZ (2016:318) agrega a los intereses públicos o generales expresados en la propia Constitución o en otras normas de rango legal. BLOM (2003:395) no invoca directamente a la Constitución, aunque admite que los valores del orden público deben ser hallados no solo en el derecho interno, sino también en el derecho internacional.

⁶⁵³ Al respecto puede consultarse: DREYZIN (2012:129 y ss.). Asimismo, HAMMIE (1997:7) menciona una decisión de la Corte Constitucional Francesa de 1971, evocando a los derechos fundamentales como barrera a la aplicación del derecho designado por la norma de conflicto.

⁶⁵⁴ NAJURIETA (1997:1439 y 1443). La autora menciona incluso el artículo 20 de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 en la que, en lugar de invocarse al orden público internacional como excepción, se refiere directamente a los derechos fundamentales: “*La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el art. 12 podrá negarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*”.

Por su parte, el TCE en ATC 565/1987 también parecería considerar a los derechos fundamentales como integrantes de la noción de orden público, pues expresa que lo analizado no vulnera “*ni el orden público interno en general ni los derechos fundamentales, en particular*”. En dicho caso se analiza el fallo del TSE que concede un exequátur a un laudo arbitral. El TSE, aunque para el ámbito procesal, también incluye a los derechos fundamentales como integrantes de la noción de orden público (STS 1442/2007, FJ 3).

Internacional de los Derechos Humanos, el centro se traslada hacia la persona⁶⁵⁵.

En este sentido, en los Comentarios al Modelo de Acuerdo Tributario de OCDE se incluye que la invocación al orden público es excepcional. Como ejemplo, y además del secreto de Estado, se menciona el caso de *“si una investigación tributaria en el Estado solicitante tuviera motivaciones de persecución política, racial o religiosa”*⁶⁵⁶. Por tal motivo, con ocasión del análisis del concepto en el marco de los convenios tributarios hemos trazado con COSTA un indudable vínculo entre la excepción de orden público, la Constitución y la protección de los derechos, siendo este último el fin estatal de mayor relevancia⁶⁵⁷. También en esta materia sostuvieron FERRERI y NIEVES que: *“Las leyes de orden público no son sólo las destinadas a proteger la seguridad colectiva, sino, también aquellas que desarrollan los principios constitucionales determinantes de la organización económica y social de una determinada comunidad”*⁶⁵⁸.

Por su parte, señala ÁLVAREZ ORTEGA que *“el contenido del orden público español se compone de: los derechos fundamentales y valores constitucionales; aquella parte del derecho internacional o comunitario que participa de un núcleo axiológico inderogable y se halla incorporado en el derecho nacional, principalmente: las libertades comunitarias, los derechos de defensa, y las normas sobre Derechos Humanos”*⁶⁵⁹. Similar razonamiento aplica FRESNEDO, indicando que es corriente la expresión del *“l'ordre public des droits de l'homme”*. El Poder Judicial no podría aplicar el derecho extranjero si con ello

⁶⁵⁵ JIMÉNEZ SOLARES (2014:328). Por su parte, CARRILLO (1969:68-69) otorga, desde estos instrumentos, una nueva dimensión a la noción de soberanía, que califica como la “dimensión jurídica”. Sostiene que se trata del *“deber de respetar los derechos de las demás comunidades independientes y expresa la reciprocidad de derechos y deberes de los Estados, la sumisión directa de éstos al Derecho internacional”*.

⁶⁵⁶ OCDE (2010:422). El ejemplo se relaciona indudablemente con la preservación de los derechos fundamentales del investigado, siendo ello un cambio en la concepción, como vengo desarrollando. Sin embargo, igualmente, cabe aclarar que la concepción clásica continúa siendo invocada, pues la excepción se trata como de tutela de “intereses vitales del Estado”.

⁶⁵⁷ COSTA y GARAT (2012:12). Entendimos al orden público en dicho marco como *“el conjunto de principios y valores fundamentales sobre los que se asienta el Estado, que lo caracterizan, cuya observancia permite el normal funcionamiento de las instituciones tendientes a garantizar el cumplimiento de los fines estatales y la protección de los derechos individuales”*. También se hizo referencia a ciertos rasgos coincidentes que dan unicidad al concepto.

⁶⁵⁸ FERRERI y NIEVES (2013:1080). Los autores introducen igual ejemplo al comentado en los Comentarios al Modelo de Convenio de Acuerdo Tributario de OCDE, ya abordado.

⁶⁵⁹ ÁLVAREZ ORTEGA (2003:43).

contradice los valores y principios fundamentales de su ordenamiento, teniendo los derechos fundamentales un papel especial⁶⁶⁰. La citada autora también halla una integración del concepto de orden público con el Derecho Comunitario europeo y con las convenciones sobre derechos humanos⁶⁶¹. Se refiere a un “orden público transnacional” calificando a este como el que contiene los principios comunes que integran el orden público de cada Estado⁶⁶². Así entonces, y más allá de que cada Estado delimite su orden público, se halla una sinonimia en el contenido, sobre todo en Europa⁶⁶³.

En la relación entre la excepción de orden público internacional y los derechos humanos se suelen nombrar, también, a las normas de *ius cogens*. Estas últimas son definidas por el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, como: “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”⁶⁶⁴.

La noción de *ius cogens* se vincula con las “exigencias morales y jurídicas indispensables para la propia existencia de la comunidad internacional”⁶⁶⁵, y con valores e intereses comunes⁶⁶⁶. Son normas generales que emanan de valores comunes y universales de la sociedad internacional, que poseen aceptación y reconocimiento universal, que no pueden ser modificadas por la voluntad de dos Estados, sino únicamente a través de otra norma de *ius cogens*⁶⁶⁷. Se caracterizan pues por ser aceptadas y reconocidas en forma universal, por toda

⁶⁶⁰ FRESNEDO DE AGUIRRE (2016:227-228).

⁶⁶¹ FRESNEDO DE AGUIRRE (2014:116); y (2016:93).

⁶⁶² FRESNEDO DE AGUIRRE (2014:119).

⁶⁶³ FRESNEDO DE AGUIRRE (2016:379).

⁶⁶⁴ Sostiene PUCEIRO RIPOLL (2005:365) que Luxemburgo se opuso a la inclusión de esta disposición, por entender que no había criterios superiores al acuerdo de los Estados, generaba incertidumbre y confusión. Sobre este término y sus antecedentes puede verse también: VARÓN MEJÍA (2004: 215-228).

⁶⁶⁵ MARTÍN ARRIBAS (2005:661). Tal señala PUCEIRO RIPOLL (2005:360) el *ius cogens* es una noción del derecho romano que por influjo del derecho canónico llegó a la escuela clásica del derecho natural como algo lógico: las naciones no pueden alterar por convenio aquellas obligaciones que son necesarias e indispensables para el Derecho.

⁶⁶⁶ ALCAIDE FERNÁNDEZ (2005:91-92). Para este autor, la superioridad de esos intereses comunes tuvo su primera manifestación en el artículo 20 del Pacto de la Sociedad de Naciones y, luego, en el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas. Este último establece: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

⁶⁶⁷ PUCEIRO RIPOLL (2005:368-374). El autor admite que pudiera haber una norma de *ius cogens* en un ámbito regional, más reducido que el internacional.

la comunidad⁶⁶⁸, y por su imperatividad, esto es, que deben ser respetadas incluso frente a normas internas constitucionales⁶⁶⁹. El lazo con el orden público está, entonces, en la propia definición, pues en ambos casos se trata de principios cuya significación es fundamental⁶⁷⁰.

No obstante, la doctrina puntualiza que no estamos ante conceptos equivalentes. Pues las normas que conforman el orden público internacional pueden producir el efecto de las normas de ius cogens, aunque no necesariamente se identifican con estas⁶⁷¹. Para ALCAIDE FERNÁNDEZ las normas imperativas serían el mínimo de humanización, socialización y democratización del Derecho Internacional, formando parte del concepto de orden público internacional⁶⁷². Al decir de MARIÑO MENÉNDEZ: *“la noción de orden público internacional expresa la vigencia de los valores fundamentales de la Comunidad internacional que son esencialmente dos, la paz y seguridad internacionales, de una parte, y la dignidad de la persona humana, de otra”*⁶⁷³. De ello se deduce, entonces, que el concepto de orden público sería más amplio que el de norma imperativa o de ius cogens, conteniendo a esta última.

Desde los primeros instrumentos de creación de las Naciones Unidas⁶⁷⁴ y, posteriormente, con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los derechos son reconocidos como normas de ius cogens y dan al

⁶⁶⁸ FERNÁNDEZ TOMÁS (2005:622) pone énfasis en la fuente de las normas de ius cogens, para puntualizar que no provienen de un derecho natural, sino de la propia colectividad y del consenso de Estados. En esta materia, las Declaraciones y Resoluciones de Naciones Unidas son la fuente que manifiesta la costumbre internacional y el reconocimiento o consenso universal, lo mismo que otras organizaciones internacionales. CARRILLO (1991:86-89). Al respecto del proceso de elaboración de las normas por esta fuente véase: CARRILLO (1991:94 y ss.); y PUCEIRO RIPOLL (2005:374).

⁶⁶⁹ MARIÑO MENÉNDEZ (2005:827 y 831).

⁶⁷⁰ MARTÍN ARRIBAS (2005:662). ALCAIDE FERNÁNDEZ (2005:94) señala, a mi juicio con razón, que el problema es la indeterminación del contenido. En este aspecto, FERNÁNDEZ TOMÁS (2005:627-628) apunta que, en el proceso de elaboración de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si bien no se dudaba de la existencia de las normas imperativas, no se quiso elaborar un listado de cuáles eran éstas.

⁶⁷¹ JIMÉNEZ SOLARES (2014:330).

⁶⁷² ALCAIDE FERNÁNDEZ (2005:93).

⁶⁷³ MARIÑO MENÉNDEZ (2005:825). El autor agrega que no es indiscutido cuáles son las normas de ius cogens, pero sí entiende que indudablemente lo integran *“los derechos humanos fundamentales que constituyen el estándar mínimo inderogable: el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, el derecho a no ser sometido a torturas o a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre y el derecho a un proceso debido, en particular en caso de ser acusado penalmente”*. También incluye la prohibición de agresión armada, de genocidio y de terrorismo internacional.

⁶⁷⁴ Sin perjuicio de estos instrumentos, la doctrina es enfática en señalar la insuficiencia de garantías frente a las normas de ius cogens y en relación a la protección de los derechos en el sistema de Naciones Unidas. Por tanto, se afirma que un nuevo concepto de orden público internacional posee un importante déficit institucional. A este respecto: CARRILLO (1969:43); ALCAIDE FERNÁNDEZ (2005:107).

orden público otro significado, siendo el mismo para todos los Estados o, al menos, teniendo principios compartidos para éstos: los derechos fundamentales. Este igual contenido deriva de los instrumentos regionales o internacionales que los distintos Estados han ratificado: en Europa, del CEDH, del Derecho Comunitario, entre otros; en América, y aunque no se arribe a tal grado de integración, principios iguales derivan de los instrumentos de derechos fundamentales ratificados por todos o casi todos los Estados, de las Convenciones CIDIP en Derecho Internacional Privado, y de otros instrumentos aplicables a ciertos grupos de países, como el Mercosur⁶⁷⁵.

El razonamiento anterior es lógico y deriva también de analizar los artículos 1.1 y 2 de la CADH⁶⁷⁶ y el artículo 1 del CEDH⁶⁷⁷. Con base en ellos, un Estado no podría invocar su derecho interno -tampoco la norma de conflicto- para desapplicar la CADH o el CEDH, según el caso. No caben dudas que en la noción de orden público internacional los derechos fundamentales ocupan un papel principal a modo de estándar mínimo⁶⁷⁸. Sin embargo, además de éstos, la doctrina no deja de lado a aquellos principios que conciernen el mantenimiento del sistema jurídico en general: normas que protegen los intereses y los valores de la comunidad como tal; y normas que tutelan los derechos de los Estados y sus relaciones⁶⁷⁹. Se incluyen en ellas: la soberanía, la preservación de la paz y

⁶⁷⁵ FRESNEDO DE AGUIRRE (2016:95 y 130-131). La autora refiere a una decisión del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, de fecha 3 de abril de 2007, en la que se invoca un “orden público regional” compuesto por la custodia y garantía de la integración y los derechos humanos. La decisión puede ser consultada en: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/PrimeraOpinionConsultativa-Versionfinal.pdf?contentid=377&version=1&filename=PrimeraOpinionConsultativa-Versionfinal.pdf> (última consulta: 29/07/2018).

Para FEUILLADE (2015:65) habría igualmente una gran dificultad para definir este concepto regional, dado que el Mercosur carece de un órgano jurisdiccional como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁶⁷⁶ El artículo 1.1 de la CADH prevé: “*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”. El artículo 2 de la CADH establece: “*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*”.

⁶⁷⁷ El artículo 1 del CEDH prevé: “*Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidas en el Título I del presente Convenio*”

⁶⁷⁸ NAJURIETA (1997:1442) también aplica la directriz de preferencia a su razonamiento, lo que es completamente lógico y surge de la interpretación de los propios tratados de derechos humanos. Sobre ello véase *infra* Capítulo IV, Sección 4.1.

⁶⁷⁹ PUCEIRO RIPOLL (2005:378-379).

de la seguridad nacional⁶⁸⁰, el principio de no intervención, la libre determinación de los Estados, entre otros⁶⁸¹. Se trataría de un *mínimum ético* compartido por todos los Estados, dejando de lado fines particulares⁶⁸², intereses y valores vitales y comunes, ubicados más allá de los sistemas sociales, ideológicos o económicos de cada Estado⁶⁸³.

Podemos, pues, concluir que el concepto de orden público internacional ha experimentado, en los últimos tiempos, una variación importante, reconociendo a los derechos fundamentales como componente principal, aunque sin afectar su clásica acepción. El orden público internacional se identifica, actualmente, con aquellos principios esenciales sobre los que se asienta la individualidad jurídica del Estado. Se trata de principios que varían de acuerdo con el lugar y con la época, que, pareciera, poseen una base ya inmutable -los derechos fundamentales-, pero que, igualmente, se componen de una esfera aún hoy impredecible y que depende de las concepciones ideológicas, religiosas, filosóficas y morales que caractericen a *lo normal* y a *lo social*. Esto último, con los cuestionamientos ya pronunciados, aplicables tanto a la noción de orden público, como a la particular de “normas de aplicación inmediata”, y aún en cierta medida incluso a las “normas de *ius cogens*”, según lo analizado.

Ciertamente, lo anterior admite matices diferenciadores según el tribunal, como fue analizado en algunos de los ejemplos comentados, lo que se presenta como un “diálogo entre tribunales” y lo que será ahondado en el Capítulo IV en lo que particularmente respecta a la Corte IDH, al TEDH y al TJUE.

⁶⁸⁰ A este respecto cabe recordar la puntualización realizada respecto del comentario al Modelo de Convenio de OCDE (*supra* nota al pie 656). Asimismo, en este punto se manifiesta JIMÉNEZ SOLARES (2014:332 y 341). La Corte Internacional de Justicia en los casos “Canal de Corfú” y “Barcelona Traction” citados por PUCEIRO RIPOLL (2005:363-364) refirió a ciertos principios generales y reconocidos, como la libertad de las comunicaciones marítimas, la obligación de los Estados de no dejar utilizar sus territorios para actos contrarios a los derechos de los demás Estados, la agresión y genocidio, derechos fundamentales como la esclavitud y discriminación racial.

⁶⁸¹ PUCEIRO RIPOLL (2005:378-379).

⁶⁸² PUCEIRO RIPOLL (2005:361 y 377). El autor hace referencia a un “ethical minimum”. Asimismo, expresa que se trataría de principios que se corresponden con intereses esenciales y sus concepciones morales básicas. Retomaré en el Capítulo III, Sección 3.2, el concepto y la determinación de este “mínimum ético” al que también refiere la jurisprudencia del TCE.

⁶⁸³ PUCEIRO RIPOLL (2005:367)

2.4.- EL CAMBIO EN LA CONCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO. LA NECESIDAD DE UN ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

A lo largo de este Capítulo he estudiado de manera transversal tres particulares aspectos del orden público, en torno a su utilización histórica y a su evolución: (a) si es una noción determinable, pese a su indeterminación y cómo se llega a su significado; (b) cuál es el uso que se le ha otorgado tanto en el derecho interno como en el Derecho Internacional y, en ello, si hay varios ordenes públicos o es un único concepto; y (c) cuáles son los límites de este término, si es que los hay en la práctica.

Habiendo desarrollado las distintas acepciones y usos que el “orden público” ha tenido como tal, y habiendo analizado más particularmente la evolución por la que, hasta estos momentos, se ha transitado, es posible arribar a algunas conclusiones, aún preliminares.

En primer término, el orden público es un concepto jurídico indeterminado. Ello no significa que no sea determinable, o que su significado sea el resultado de una operación subjetiva o arbitraria del operador jurídico, sea la Administración, sea el Parlamento o sea el Poder Judicial. Por el contrario, es a través de la interpretación y, en el caso concreto, también de la estimación, que arribaremos a su significado.

En segundo lugar, a lo largo de este Capítulo he notado que los contenidos atribuidos al concepto de orden público son muchos y diversos. Tanto la caracterización material, como, mayor aún, la inmaterial, se identifican con una constante imprecisión. Las significaciones son más o menos amplias, pero siempre surge la cuestión de cuáles son sus límites. Pues se trata de concepciones que varían en función del lugar y del tiempo, que en un momento pueden ser más o menos restringidas, mientras que en otros puede ampliarse su significado. El concepto, en definitiva, no posee contornos claros, lo que tiene evidentes y graves repercusiones por la consecuente indeterminación de los límites en su contenido.

En tercer lugar, corresponde concluir que las fronteras del orden público están escasamente definidas y, con ello, el control jurisdiccional sobre la aplicación de este concepto es vago, dependiendo de sus distintas acepciones y de sus contornos más o menos laxos según la época.

En la concepción actual se percibe una ampliación de las competencias policiales y, en general, de las estatales, producto de un Estado Social de Derecho, pero también derivado de otras doctrinas, como las económicas. En este contexto se pregunta GREGORY hasta qué punto es tolerable la intervención estatal. El ejemplo que utiliza resulta muy drástico, apuntando que el orden público se preservaría mejor con una gran intervención sobre los manifestantes o protestantes, característica de los períodos totalitarios y de las sumisiones coloniales. Sin embargo, se cuestiona si eso es aceptable⁶⁸⁴. Este cuestionamiento puede verse, con mayor relevancia, en la noción de orden público económico, que hasta supera el proteccionismo anterior y podría, con su mera invocación, congelar condiciones de trabajo o afectar determinados derechos. En este punto se señala que el orden público social está en crisis por influjo de las teorías económicas que se vinculan con el utilitarismo⁶⁸⁵.

En atención a lo anterior, el concepto de orden público, especialmente en su esfera económica, debiera ser precisado y delimitado, tomando en consideración que en éste también se integra la salvaguarda de los derechos fundamentales⁶⁸⁶. La Corte Suprema de Chile, en este mismo sentido, falló que: *“el orden público económico debe ser interpretado y aplicado con sujeción a los valores que moldean la institucionalidad política, social y económica proclamada en la Constitución: libertad, subsidiariedad, igualdad de derechos y oportunidades, prohibición de discriminar arbitrariamente, entre otros”*⁶⁸⁷.

La salvaguarda de un determinado orden, o de una cierta estabilidad económica, no puede ser, entonces, el fundamento para cualquier limitación o prohibición⁶⁸⁸. Incluso el propio CEA EGAÑA pone de manifiesto esta posición al sostener que *“el propósito del constituyente es que impere un orden público específico para la economía, fundado en la libertad, la igualdad y los derechos*

⁶⁸⁴ GREGORY (1985:45).

⁶⁸⁵ GARMENDIA (2016:234).

⁶⁸⁶ GARAT (2018-A). En este mismo punto es de interés lo sostenido por FERRÉS RUBIO (2012:82) quien, siguiendo a la doctrina española, presenta a los derechos fundamentales como aspectos que el orden económico no puede violentar, estando la Economía al servicio de las personas.

⁶⁸⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Chile del 17 de noviembre de 1997 citada por: FERMANDOIS (2001:50). El mismo autor (2014:33) también muestra cómo estos temas se debaten, con idas y vueltas, en el Tribunal Constitucional chileno.

⁶⁸⁸ GARAT (2018-A).

*que la Constitución reconoce a la persona, individualmente o asociada en grupos que gozan de autonomía para realizar sus objetivos económicos*⁶⁸⁹.

Coincido con el sector de la doctrina que argumenta que la noción de orden público es una sola, siendo que las distintas ramas del Derecho toman una diferente realización concreta del mismo término⁶⁹⁰. Lo común a todas estas acepciones parte del contenido dado por la Constitución. Es lo que refirió el TCE al entender al orden público civil como un derivado del orden público constitucional (*supra* 2.2.4), y es lo que comenzó a vislumbrarse en el orden público internacional (*supra* 2.3.3). También, desde fecha temprana, OJEDA AVILÉS ha sostenido que la *“plasmación de los principios fundamentales que informan el orden público de una sociedad se realiza en su parte más importante por las Constituciones. Es a ellas a las que hay que dirigirse para conocer la estructura básica política, económica y social de la comunidad”*⁶⁹¹.

La tendencia del Derecho Internacional hace que el concepto clásico de orden público se vea alterado por el influjo de los derechos, lo que lo dota de otra significancia y lo uniformiza. No es sorprendente, entonces, que varios autores hagan referencia a un orden público internacional común a los Estados, o bien a ciertos grupos regionales; e, incluso, en materia laboral, también se menciona un orden público común, conformado por los derechos laborales y sindicales expresados en las Constituciones y en el Derecho Internacional⁶⁹².

Cabe preguntarnos, entonces, si no estamos ante un cambio en la concepción del orden público impulsada por su dimensión internacional. La excepción, quizás, no se fundamenta en la preservación del Estado o de sus instituciones, sino de las personas y de sus derechos. La excepción, quizás, ya no contiene los principios religiosos y morales de la mayoría social, sino aquellos que son parte del Estado como tal, de toda la sociedad incluidas en lugar

⁶⁸⁹ CEA EGAÑA (1991), citado por: FERMANDOIS (2014:31). También BIANCO (2008:7) hace referencia a que la Constitución Económica es un orden que pretende el cumplimiento de la protección de los derechos en la esfera económica.

⁶⁹⁰ OJEDA AVILÉS (1971:47); SAINZ MORENO (1977:602-603); MONEREO PÉREZ (2016:30); GARMENDIA (2016:203).

⁶⁹¹ OJEDA AVILÉS (1971:47).

⁶⁹² MANGARELLI (2016); GARMENDIA (2016:240-241). En similar conclusión aplicable a la materia tributaria puede verse: COSTA y GARAT (2012). Por su parte, y en materia societaria, GERMÁN (2010: 125) también propugnaba que el concepto de orden público *“tiene su base primigenia en las normas constitucionales, que recogen el tipo de sociedad que un país, Estado o nación, pretende otorgarse”*.

destacado sus minorías, y que emanan del único instrumento cuya fuente de legitimidad es la propia sociedad democrática: la Constitución.

En el capítulo siguiente (*Capítulo III*) analizaré el concepto de orden público en la Constitución de España y de Uruguay; para luego relacionarlo también con la significación que se le otorga en el ámbito de los Sistemas Europeos e Interamericano de protección de los derechos fundamentales (*Capítulo IV*). Con ello, procuraré ahondar en un nuevo concepto de orden público, que se corresponda con los sistemas democráticos y con los derechos fundamentales, y que contenga, en él, límites más precisos no solo en lo que respecta a la acepción constitucional del término, sino, a través de ésta, en lo que hace a su utilización por el resto del ordenamiento jurídico interno e internacional.

CAPÍTULO III: EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL

Habiéndome aproximado a las definiciones y usos empleados al orden público en el Capítulo anterior, me concentraré ahora en analizar la significación que este concepto posee en la esfera constitucional. Me propongo estudiar, en concreto, qué es el orden público en las actuales constituciones de España (1978) y de Uruguay (1967). Para ello, comenzaré haciendo una alusión al empleo histórico de este término, refiriéndome concretamente a su significación en la historia constitucional de ambos países (*Sección 3.1*). Luego, me concentraré en ahondar en el empleo actual, tanto en la Constitución española (*Sección 3.2*), como en la uruguaya (*Sección 3.3*). Culminaré este capítulo realizando algunas apreciaciones sobre el orden público constitucional, en atención a lo analizado (*Sección 3.4*).

3.1.- ANTECEDENTES. EL “HISTÓRICO” CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO Y SUS CONSECUENCIAS

Conviene recapitular lo expuesto hasta ahora sobre el orden público, muy especialmente aquello que concierne a la aplicación de este concepto al ámbito constitucional. Conviene, en concreto, reflexionar sobre las tres aportaciones principales del orden público al Derecho Constitucional y sobre las consecuencias que cabe extraer de ellas. En primer lugar, convertir al orden público en el fundamento último del Estado, en una concepción que podríamos denominar como histórica o clásica, implica que el Estado podría emplear todos los medios idóneos para alcanzarlo. Cualquier acto, orientado a ese fin, sería legítimo para el Estado; pues de lo contrario no cumpliría con el fin para el que fue creado. Al decir de JELLINEK: “*Sólo partiendo del problema de los fines se puede juzgar acerca del valor o del error de la política de un Estado*”⁶⁹³. En segundo lugar, subsumir la voluntad o interés particular en lo general, en lo estatal, en lo público, incorporando la influencia roussoniana, priva a lo particular en sí mismo de trascendencia alguna en el fin de la existencia del Estado. Esta

⁶⁹³ JELLINEK (1905:239).

aproximación al orden público llevó a alguna jurisprudencia a sostener que “*el interés privado se supedita al general y público, pues de otro modo las funciones de Policía del Estado, en su amplia significación, habrían de claudicar ante el interés particular*”⁶⁹⁴. Todo lo anterior se agudiza aún más si, en tercer lugar, el “orden público” ya no se circunscribe a ciertos postulados de orden y seguridad material, sino que, ampliado, se le hace abarcar otras áreas de actuación del Estado en aras de asegurar el “bienestar general” o “bien común”, siendo que éstos son definidos, bien por la autoridad, o bien por la *voluntad general* o el *interés general*, lo que en varias ocasiones se confunde con la mayoría social, y puede ser fundamento limitador de garantías o derechos.

Esta dualidad en la concepción del orden público, como un concepto de índole tanto material como inmaterial, junto con esas consecuencias, están presentes en la evolución del constitucionalismo español y uruguayo, según profundizaré a continuación.

3.1.1.- EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL Y SU EVOLUCIÓN EN LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y URUGUAYA

En España⁶⁹⁵, el artículo 70 de la Constitución de 1812, con origen francés⁶⁹⁶, otorgaba al Rey la autoridad de realizar todo cuanto “*conduce a la conservación del orden público en lo interior*”⁶⁹⁷. El término también era mencionado en el artículo 321 que, dotando de competencias al Ayuntamiento, les ordenaba auxiliar al alcalde para la “*conservación del orden público*”. Asimismo, y en la segunda de las acepciones, en el artículo 306 el “*buen orden y seguridad del Estado*” era un habilitador de allanamientos de hogares.

⁶⁹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA (1981-B:124). En igual sentido esta jurisprudencia se vincula con la pronunciada por la SCJ. Al respecto véase *infra* Capítulo 3.3.3.2.

⁶⁹⁵ A los efectos de ahondar en la evolución histórica, es posible consultar, entre otros: MARTÍN REBOLLO (1975:53- 84); FERNÁNDEZ SEGADO (1977); BALLBÉ (1983); LÓPEZ GONZÁLEZ (1995:17-94); DOMÍNGUEZ, et al (1997); DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:173 y ss.); y DELGADO, IGLESIAS y ALCUBILLA (2011).

⁶⁹⁶ MARTIN-RETORTILLO (1983:296 y 422); y DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:162). El primer autor traza una diferencia con Francia, en el sentido que, en la interpretación francesa, el orden público está pensado como un orden público material, vinculado a lo policial; orden público solo como evitación de altercados. Para tales afirmaciones se basa en RIVERO (1997:157).

⁶⁹⁷ MARTIN-RETORTILLO (1983:28) menciona, como significativo, que al explicarse en el Discurso Preliminar el tema de la potestad judicial, se aludió en forma expresa y directa a la posible intervención militar para defender por las armas el orden público.

La Constitución de 1812 se señala como el comienzo del papel decisivo que la cláusula de orden público tuvo en la historia del constitucionalismo español y, más particularmente, en la historia de las competencias regias y, luego, administrativas⁶⁹⁸. En este contexto, el orden público como fin estatal habilitaría la realización de cualesquiera actos para su preservación. Tal recuerda BALLBÉ, el Teniente General O`Donnell dictó el 15 de mayo de 1823 un bando, estableciendo que *“cualquier sujeto o persona a quien se encuentre reuniendo gentes, o profiriendo cualquier manera de expresiones capaces de trastornar el orden público, será cogido y presentado en un acto a una comisión militar que le juzgará y le sentenciará en el término de tres horas”*⁶⁹⁹.

El concepto mantuvo las dos características antes señaladas en las Constituciones de 1845, 1869, 1876, y únicamente la primera de ellas, la material, en la Constitución de 1837. En estas el orden público se menciona como finalidad última en las competencias del Rey⁷⁰⁰ y, por otra parte, como presupuesto habilitador del dictado de una ley que posibilitaría la suspensión de garantías en estados de excepción⁷⁰¹. En la Constitución de 1931 se mantiene esto último, previendo una “ley de orden público” para regular la suspensión de garantías y el estado de guerra⁷⁰². Asimismo, las *“perturbaciones graves al orden público o inminente peligro de ellas”* también facultaban al gobierno a conceder créditos o suplementos cuando las Cortes no estuvieran reunidas⁷⁰³. Si bien en esta Constitución se encontraban reconocidos los derechos de libertad religiosa y reunión, el orden público no se mencionaba como supuesto limitador, sino que se hizo una única referencia a la moral pública en el primero de los mencionados⁷⁰⁴.

A nivel legislativo, la utilización que se ha hecho del orden público en la historia española es calificada como negativa, al haberse empleado con ánimo de limitar derechos en forma arbitraria⁷⁰⁵. La primera Ley de Orden Público, que

⁶⁹⁸ MARTIN-RETORTILLO (1983:419).

⁶⁹⁹ BALLBÉ (1983:85).

⁷⁰⁰ Artículo 45 de la Constitución Española de 1837, 43 de la de la Constitución Española de 1845, 69 de la Constitución Española de 1869, y 50 de la Constitución Española de 1876.

⁷⁰¹ Artículo 2 del Acta Adicional de la Constitución Española de 1845, y artículo 31 de la Constitución Española de 1869.

⁷⁰² Artículos 42 y 95 de la Constitución Española de 1931.

⁷⁰³ Artículo 114 de la Constitución Española de 1931.

⁷⁰⁴ Artículos 27 y 38 de la Constitución Española de 1931.

⁷⁰⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA (1983:12); DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:17 y 27); PRIETO ÁLVAREZ (2005:94); PORRAS RAMÍREZ (2006:89); y ESPINOSA DÍAZ (2016:54-55).

sistematiza la normativa anterior sobre esta materia, data del 20 de marzo de 1867⁷⁰⁶. Esta Ley, dictada bajo la Constitución de 1845, entendía como contrario al orden público *“toda manifestación pública que ofenda a la religión, a la moral, a la monarquía, a la Constitución, a la dinastía reinante, a los cuerpos colegisladores y al respeto debido a las leyes, ó que considerados el lugar y las circunstancias en que se realice, produzca escándalo, agitación, bullicio, tumulto, asonada ó conato de motín ó que pueda ocasionar relajación de la disciplina del ejército”*⁷⁰⁷. Con esta base, y al decir de la doctrina, el orden público era un *“instrumento de habilitación plenipotenciaria a la Administración, y desde el punto de vista de su funcionalidad en un límite a cualquier derecho subjetivo, ambiguo y con muy diversas y posibles justificaciones”*⁷⁰⁸.

BARRERO ORTEGA se refiere a la gestación de una definición usual de este término, relacionado con la limitación a los alborotos o disturbios, que *“alternan la normalidad de la paz ciudadana”*⁷⁰⁹. Este es el concepto adoptado por las leyes de orden público dictadas en los años 1870 y 1933, teniendo como fin preservar el *orden en la calle*⁷¹⁰.

La ley de 1870, dictada bajo la Constitución de 1869⁷¹¹ regulaba dos estados en los que las autoridades podrían tomar ciertas medidas excepcionales para el restablecimiento del orden público: el estado de prevención y el estado de guerra⁷¹². El primero exigía la aprobación de una ley de suspensión de garantías constitucionales y, en ese supuesto, la autoridad civil quedaba facultada *“para adoptar cuantas medidas preventivas y de vigilancia conceptúe convenientes a fin de asegurar el orden público”*⁷¹³. Entre ellas, se le habilitaba a disolver grupos, suspender publicaciones, detener personas, mudarlas de residencia o domicilio, o ingresar al domicilio de cualquier español o extranjero residente⁷¹⁴.

⁷⁰⁶ DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:190).

⁷⁰⁷ El texto de la ley fue extraído de: DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:190).

⁷⁰⁸ DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:190-191).

⁷⁰⁹ BARRERO ORTEGA (2006:193).

⁷¹⁰ BARRERO ORTEGA (2006:193). También: MARTIN-RETORTILLO (1975: 41-44).

⁷¹¹ Cabe aclarar que la Constitución estuvo suspendida por la declaración de estado de guerra dada por Prim el 5 de octubre de 1869. Asimismo, el 10 de diciembre del mismo año quedó derogado el estado excepcional. A los efectos de ahondar en dicha época y en las diferentes problemáticas: BALLBÉ (1983: 181-211).

⁷¹² Al respecto: BALLBÉ (1983:207-208).

⁷¹³ Artículo 3 de la Ley de Orden Público, del 23 de abril de 1870.

⁷¹⁴ Artículos 3 a 11 de la Ley de Orden Público, del 23 de abril de 1870.

El artículo 12 preveía lo correspondiente al estado de guerra: *“Si la Autoridad civil, una vez empleados todos los medios de que en circunstancias ordinarias dispone, y los que para las extraordinarias le otorgan los precedentes artículos, no pudiese por sí sola, ni auxiliada por la judicial, dominar la agitación y restablecer el orden, lo prevendrá en un bando, que se publicará con la solemnidad posible, é inmediatamente después dispondrá que la militar proceda a la adopción de las medidas que reclame la paz pública, previa la declaración del estado de guerra”*. A pesar de ser una norma de excepción, la utilización de este artículo 12 se hizo común bajo la Circular del General Prim, de fecha 31 de julio de 1870, la que ordenaba a la milicia el cumplimiento de la Ley de Orden Público, aún en épocas de normalidad⁷¹⁵. Asimismo, la Circular también dispuso que la declaración del estado de guerra se delegaba a las autoridades militares, por lo que *“si ésta considera que un tumulto o una manifestación altera el orden público, puede forzar la declaración de estado de guerra de manera unilateral”*⁷¹⁶.

Por su parte, la Ley de Orden Público de 1933, dictada bajo la Constitución de 1931, aunque con problemático ámbito contextual⁷¹⁷, establecía tres estados de excepción: prevención, guerra y alarma. Los dos primeros guardaban similitudes con la regulación anterior, aunque con alguna diferenciación, puesto que la prevención podría extenderse por el plazo de dos meses. El tercero, de alarma, era declarado por el Consejo de Ministros en casos de “notoria e inminente gravedad” y a los efectos de procurar la seguridad del Estado⁷¹⁸.

Tomando dicho cimiento, el orden público se vincula con la policía y con las fuerzas de seguridad, que eran llamadas “Fuerzas del Orden Público”⁷¹⁹, entendido, claro está, en una concepción material. Se trata de un orden público militarizado, pues en algunos de estos períodos son los militares quienes hacen la labor de policía y, mayor aún, parte de la función jurisdiccional. Concluye al respecto DE BARTOLOMÉ: *“De esta forma, el orden público se convierte en un*

⁷¹⁵ BALLBÉ (1983:208-209). Señala el autor que la propia norma establecía que *“los artículos 11 a 15 de la Ley de Orden Público pueden aplicarse ya sin la previa publicación de la Ley de Suspensión de Garantías, puesto que ninguno de ellos menoscaba los derechos que la Constitución otorga a los españoles”*.

⁷¹⁶ El texto fue extraído de: BALLBÉ (1983:209).

⁷¹⁷ No me referiré a cada uno de los contextos en los que se dictaron las normas; sin embargo, es importante recalcar que el ámbito histórico-político ya vulneraba derechos fundamentales, por lo que la legislación de orden público y, fundamentalmente, su posterior aplicación, también obedecen a dicho contexto.

⁷¹⁸ Al respecto: BALLBÉ (1983:361).

⁷¹⁹ IZU BELLOSO (1988:238).

*concepto jurídico absolutamente indeterminado, en manos de los militares, y vacío de cualquier garantía constitucional efectiva*⁷²⁰.

No obstante, hay quienes también relacionan este concepto con unas *“convicciones básicas de la colectividad”*⁷²¹. Puede advertirse, entonces, la significación ideal del término, que luego vincularé con el actual artículo 16.1 de la CE. En este punto, el propio Tribunal Supremo de España entendió al orden público como *“un concepto igualmente variable conformado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales, económicos que son necesarios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”*⁷²².

Parecería ser este último significado el tomado en la Ley de Orden Público del 30 de julio de 1959, promulgada bajo el régimen totalitario franquista⁷²³, en la que se parte del concepto material, pero se amplía de tal forma que, a mi parecer, se alcanza una significación ideal⁷²⁴. Es lo que MARTIN-RETORTILLO denomina la *“trivialización del concepto de orden público”*, haciendo referencia a que el término ha quedado *“desencorsetado”*⁷²⁵.

Lo particular de esta nueva norma, en efecto, es el fundamento que se le da a través de su exposición de motivos: *“El normal desenvolvimiento de las Instituciones políticas y privadas, así como el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales son conceptos que siendo base y fundamento del orden público, evolucionan en su amplitud, contenido y vigencia (...) se ha procurado fundir armónicamente el viejo material heredado, que ha mantenido su prestigio a través de la prueba histórica, con las tendencias modernas apuntadas, y de este modo confeccionar un instrumento jurídico capaz de afrontar con las máximas garantías de acierto las necesidades de la paz*

⁷²⁰ DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:199).

⁷²¹ BARRERO ORTEGA (2006:194) hace referencia a esta alusión, vinculándolo a las concepciones derivadas del Derecho Civil ya analizadas (*supra* Sección 2.2.3).

⁷²² Sentencia del Tribunal Supremo de España del 31 de diciembre de 1979 citada por CAÑAMARES ARRIBAS (2005:37-38).

⁷²³ Respecto al contexto imperante en la época, véase: MARTIN-RETORTILLO (1975:48 y ss.).

⁷²⁴ La conclusión a la que arribo se extrae del análisis de diversos actos pronunciados bajo la vigencia de la Ley de Orden Público del 30 de julio de 1959. En este punto, la doctrina es enfática en contraponer ese concepto de orden público con el actualmente vigente desde la Constitución de 1978. Véase IZU BELLOSO (1988: 251).

⁷²⁵ MARTIN-RETORTILLO (1975:33 y 54-55).

*pública nacional*⁷²⁶. En este último punto, cabe notar que, partiendo de una norma de aplicación excepcional, su contenido se normaliza paulatinamente; siendo que aquello que antes era excepcional y de aplicación ante casos limitados se transforma en lo normal, punto sobre el que volveré al finalizar este apartado, pues en Uruguay se observa igual conclusión.

En lo que respecta a Uruguay, el “orden y tranquilidad en lo interior” como cometido del Poder Ejecutivo es una expresión que encontramos ya desde la primera Constitución del año 1830 y que se mantiene hasta la hoy vigente⁷²⁷. Sin embargo, a diferencia de España y en lo que se relaciona con el segundo de los significados, el orden público no aparece en la Constitución de 1830 únicamente como supuesto limitador de derechos, sino también como un límite al poder: “*las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero*” gozarían de inmunidad ante la autoridad pública⁷²⁸.

La Constitución de 1934 se caracteriza por la incorporación de diversos derechos fundamentales, especialmente de segunda generación⁷²⁹. Consecuencia de ello es que el orden público, además de lo anterior, se empieza a utilizar como límite al derecho de reunión y a la libertad de enseñanza, aspectos que se mantienen incambiados hasta la constitución actual⁷³⁰. Asimismo, se incluye en el artículo 51 un particular empleo del término, al referirse a la prohibición de la usura, mencionado como de “orden público” que la ley limite el interés en los préstamos⁷³¹.

Por otra parte, desde 1830 hasta la actual⁷³², las Constituciones uruguayas prevén dos casos en los que los medios normales para la defensa del

⁷²⁶ Preámbulo de la Ley 45/1959, del 30 de julio de 1959 («BOE» núm. 182, de 31 de julio de 1959, pp. 10365 y ss.).

⁷²⁷ Artículo 79 CU de 1830 y de 1918; artículo 158 CU de 1934; 157 CU de 1942; y 168 CU de 1952 y 1967.

⁷²⁸ Artículo 79 CU de 1830. Esta redacción, aunque con algún matiz, se mantuvo incambiada en todas las Constituciones, siendo la vigente en el artículo 10 CU de 1967. Se analizará en la Sección 3.3 de este Capítulo.

⁷²⁹ En doctrina se menciona que: “*La Constitución de 1934 innovó fundamentalmente en lo relativo a la declaración de derechos y deberes. (...) inspirándose en las Constituciones de la postguerra europea, incluyó un conjunto de normas que reconocen derechos de contenido económico y social*”. GROS ESPIELL y ARTEAGA (1991:81).

⁷³⁰ Artículos 37 y 59 CU de 1934 y de 1942, artículos 38 y 68 CU de 1953 y de 1967.

⁷³¹ Artículo 51 CU de 1934. Esta norma se mantuvo en las Constituciones Uruguayas de 1942 (51); 1952 (52); y la hoy vigente de 1967 (52).

⁷³² Artículos 81 y 130 CU de 1830; artículos 79 numeral 19 y 168 CU de 1918; artículos 30 y 158 numeral 18 CU de 1934; artículos 30 y 157 numeral 18 CU de 1942; artículos 31 y 168 numeral 17 CU de 1952; y artículos 31 y 168 numeral 17 CU de 1967.

orden público podrían resultar insuficientes, autorizando la adopción de medidas de excepción⁷³³: (i) cuando el ataque al orden es de una extrema intensidad, calificada como una situación de “traición o conspiración contra la patria”, hipótesis que, si se presentare conjuntamente con otros requisitos, habilita la suspensión de la seguridad individual (artículo 31 en la Constitución vigente)⁷³⁴; o (ii) los casos graves e imprevistos de ataque exterior o conmoción interior⁷³⁵, presupuestos para la adopción de medidas prontas de seguridad (artículo 168, numeral 17 en la Constitución vigente)⁷³⁶. Todo lo cual trae causa de antecedentes de la Constitución francesa de 1791 y de los Años III y VIII, además del Estatuto Provincial de 1813⁷³⁷.

Estas normas prevén hipótesis de excepción, por lo que corresponde acreditar el supuesto de hecho habilitante de cada uno de los dos institutos y, asimismo, no permiten suspender todas las garantías que fueren aplicables, sino solamente realizar aquello específicamente previsto en la disposición, según el caso del que se trate⁷³⁸.

⁷³³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:107-108, Tomo III). Respecto de la evolución constitucional en esta materia, hasta 1934, véase: REAL (1952:87-90). Asimismo, en este punto cabe destacar lo sostenido por ALVEAR en la Convención de Buenos Aires de 1870, a propósito de la Constitución de Argentina. Manifestándose en contra de estas excepciones, establecía que: “...este recurso, en lugar de provocar tranquilidad y la unidad de los ciudadanos, provocaba alarma y la desconfianza, porque concebían que esa arma estaba destinada solamente a esgrimirse contra ellos y no contra el enemigo que se combate en el campo de batalla”. ARAYA (1908:307).

⁷³⁴ El artículo 31 CU establece: “La seguridad individual no podrá suspenderse sino con la anuencia de la Asamblea General, o estando ésta disuelta o en receso, de la Comisión Permanente, y en el caso extraordinario de traición o conspiración contra la patria; y entonces sólo para la aprehensión de los delincuentes, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 17 del artículo 168”.

⁷³⁵ La conmoción interior ha sido relacionada por SEMINO (1996:56) con una alteración grave a la paz, a la tranquilidad y al orden público. En Argentina, y en igual punto, ARAYA (1908:319) también la vincula con una perturbación a la paz y al orden público.

⁷³⁶ El artículo 168, numeral 17, establece que al Poder Ejecutivo corresponde: “Tomar medidas prontas de seguridad en los casos graves e imprevistos de ataque exterior o conmoción interior, dando cuenta, dentro de las veinticuatro horas a la Asamblea General, en reunión de ambas Cámaras o, en su caso, a la Comisión Permanente, de lo ejecutado y sus motivos, estándose a lo que éstas últimas resuelvan. En cuanto a las personas, las medidas prontas de seguridad sólo autorizan a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro del territorio, siempre que no optasen por salir de él. También esta medida, como las otras, deberá someterse, dentro de las veinticuatro horas de adoptada, a la Asamblea General en reunión de ambas Cámaras o, en su caso, a la Comisión Permanente, estándose a su resolución. El arresto no podrá efectuarse en locales destinados a la reclusión de delincuentes”.

⁷³⁷ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:108 y ss., Tomo III). La referencia al Estatuto Provincial de 1813 es al Estatuto dictado por la Asamblea General Constituyente en Buenos Aires.

⁷³⁸ A modo de ejemplo, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:120, Tomo III) sostenía que: “...tales medidas no pueden infringir el principio de separación de Poderes, ni la regla de la descentralización autonómica que sirve de fundamento a nuestra organización institucional. El Poder Ejecutivo no puede sustituir al Legislador o al Juez. Tampoco puede, a título de ejecutor de medidas de seguridad, invadir las competencias constitucionalmente atribuidas a los Gobiernos Departamentales ni a los Entes Autónomos”. Por otra parte, respecto de las garantías a los derechos humanos, profusa doctrina se extiende en limitar estos institutos, procurando la mayor preservación de derechos y garantías, a lo que cabe agregar muy

No obstante lo anterior, conforme sostiene la doctrina, las medidas prontas de seguridad fueron utilizadas en forma amplia y como sustento de base para los gobiernos dictatoriales⁷³⁹, lo que da muestras de que la preservación o mantenimiento del orden público fue un aspecto por demás empleado como fundamento para la adopción de distintas medidas, incluso en gobiernos de facto. Por lo tanto, aun tratándose de una norma de aplicación excepcional y para casos limitados, observamos que, al igual que lo concluido respecto de España, en cierto momento se normalizó, siendo de aplicación amplia y constante.

Me detendré sobre este punto en el apartado siguiente, en lo que respecta a los gobiernos de facto más recientes de ambos países. Sin embargo, la normalización de lo excepcional no es únicamente un acontecimiento del pasado. Es una situación recurrente incluso en la actualidad. A modo de ejemplo, ante la represión de ataques terroristas las repuestas occidentales suponen la adopción de medidas de excepción, pues pretenden dar solución a esta puntual amenaza al orden. Ello puede observarse, incluso, en la propia Constitución (artículo 55.2 CE) y legislación españolas, lo que se analizará especialmente más adelante (Sección 3.2.2). No obstante, cabe desde ya preguntarnos si estas respuestas no son o serán normalizadas, generalizadas y, al igual de lo que ocurrió en la historia -punto que abordaré a continuación-, el objetivo de la preservación del orden público conlleve a tomar medidas en contra del propio contenido de dicho término, en forma ya no excepcional, sino normalizada.

En este mismo punto sostiene SERRA CRISTÓBAL: *“Por un lado, el terrorismo se considera una de las más flagrantes violaciones de los derechos humanos y constituye una amenaza para la paz y la democracia. Pero al mismo tiempo, muchas de las medidas adoptadas para combatirlo, -no solo para la persecución de los autores, sino también las puestas en marcha con carácter preventivo-, han dejado dudosos ejemplos de respeto por los derechos humanos”*⁷⁴⁰. Dedicaré el apartado siguiente a profundizar sobre este aspecto,

especialmente las Opiniones Consultivas de la Corte IDH para estos casos. Para mayor abundamiento sobre este tema véase: Corte IDH (1987), OC- 8/87 y 9/87. En doctrina véase: SEMINO (1996) y RISSO FERRAND (2005:282). En el ámbito europeo y con similares conclusiones sobre el artículo 15 CEDH puede verse: GREER (2000:23-24) y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (2005:697-716). Véase también *infra* 4.2.1.

⁷³⁹ MARTÍNEZ (1964:157); JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:106, Tomo III); y SEMINO (1996:30 y ss.).

⁷⁴⁰ SERRA CRISTÓBAL (2016:488). Sobre este punto había sostenido LÓPEZ PINA (1991:26): *“En los últimos tiempos, sin embargo, han tendido el Estado y sus aparatos de seguridad harto frecuentemente en*

en lo que particularmente refiere a los últimos y más importantes períodos dictatoriales habidos en España y en Uruguay, y retomaré el abordaje de los fenómenos actuales más adelante⁷⁴¹.

3.1.2.- LAS INCIDENCIAS PRÁCTICAS DE ESTA IDENTIFICACIÓN TEÓRICA: LOS PERÍODOS DICTATORIALES

Sin perjuicio de casos anteriores⁷⁴², me concentraré en analizar en forma sucinta la presencia que tuvo el “orden público” en los últimos períodos dictatoriales tanto en España como en Uruguay.

En la España franquista (1939-1975) la utilización de la cláusula de orden público fue corriente, fundamento y finalidad para limitar derechos⁷⁴³. *“Las instituciones de orden público constituirán la médula espinal de la dictadura, pues suponen el medio más importante para el sostenimiento del régimen”*⁷⁴⁴. Así entonces, fue dictada la ya nombrada Ley de Orden Público del año 1959, calificada como una norma política y de policía, más que jurídica⁷⁴⁵. Esta Ley, como ya fue observado, procuraba lograr un *“normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales”*⁷⁴⁶. Con este fundamento, calificaba como contrarias al orden público conductas como las siguientes:

“a) Los que perturben o intenten perturbar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Fuero de los Españoles y demás Leyes fundamentales

nuestros países, a ser particularmente indulgentes en la invocación de la seguridad a despecho de la igual libertad para todos. La tensión en casos límite entre seguridad y libertad han llegado a hacer de aquélla un «ideal destructivo»”.

⁷⁴¹ Volveré sobre el tema de la respuesta al terrorismo en oportunidad de analizar si España propugna un régimen de “democracia militante”, en el contexto del estudio de la libertad ideológica (Sección 3.2.2 de este Capítulo). Asimismo, al tratar el ámbito regional me detendré particularmente sobre el análisis de algunos fallos de especial interés para este punto (Capítulo IV).

⁷⁴² A modo de ejemplo, DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:185) menciona el caso de la Constitución de 1931, en la que, a pesar de ser técnicamente correcta, las continuas inestabilidades políticas no favorecieron un buen clima para su plena aplicación y efectividad.

⁷⁴³ SORIANO (1990:88).

⁷⁴⁴ DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:214).

⁷⁴⁵ DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:242).

⁷⁴⁶ Preámbulo de la Ley 45/1959, del 30 de julio de 1959 («BOE» núm. 182, de 31 de julio de 1959, pp. 10365 y ss.).

de la Nación, o que atenten a la unidad espiritual, nacional, política y social de España.

b) Los que alteren o intenten alterar la seguridad pública el normal funcionamiento de los servicios públicos y la regularidad de los abastecimientos o de los precios prevaleciendo abusivamente de las circunstancias.

c) Los paros colectivos y los cierres o suspensiones ilegales de Empresas, así como provocar o dar ocasión a que se produzcan unos y otros.

d) Los que originen tumultos en la vía pública y cualesquiera otros en que se emplee coacción, amenaza o fuerza o se cometan o intenten cometer con armas o explosivos.

e) Las manifestaciones y las reuniones públicas ilegales o que produzcan desórdenes o violencias, y la celebración de espectáculos públicos en iguales circunstancias.

f) Todos aquellos por los cuales se propague, recomiende o provoque la subversión o se haga la apología de la violencia o de cualquier otro medio para llegar a ella.

g) Los atentados contra la salubridad pública y la transgresión de las disposiciones sanitarias dictadas para evitar las epidemias y contagios colectivos.

h) Excitar al incumplimiento de las normas relativas al orden público y la desobediencia a las decisiones que la Autoridad o sus Agentes tomaren para conservarlo o restablecerlo.

i) Los que de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores faltaren a lo dispuesto en la presente Ley o alterasen la paz pública o la convivencia social⁷⁴⁷.

La autoridad podía detener a quien realizare estos actos, que por lo demás abarcan un área de aplicación extensa. Podía así impedir el ejercicio de algunos derechos que hoy entendemos como fundamentales en un sistema democrático, tal el derecho de reunión⁷⁴⁸, disolviendo reuniones o manifestaciones realizadas

⁷⁴⁷ Artículo 2 de la Ley 45/1959, del 30 de julio de 1959 («BOE» núm. 182, de 31 de julio de 1959, pp. 10365 y ss.).

⁷⁴⁸ A este respecto, señala LÓPEZ GONZÁLEZ (1995:92) que: “Las disposiciones restrictivas son producto del temor del poder público frente a la potencialidad de su crítica política implícita en el derecho de reunión y, especialmente, en su vertiente de manifestación. El temor ante la crítica libre en un régimen

fuera de los límites permitidos, entre otras potestades. La lista contenía además una norma residual (literal i), según la cual también sería contrario al orden público todo acto que alterare la “paz pública o la convivencia social”, términos amplios e indeterminados. No es por ello de extrañar que de esta norma se hiciera una interpretación también amplia en su aplicación. IZU BELLOSO señala la jurisprudencia más relevante, que vedaba actos como: vender leche aguada en una lechería, dirigir peticiones a la autoridad mediante carta, o criticar en la prensa obras públicas, entre otras⁷⁴⁹. En la misma línea se incardinan otras normas de la época, tal como la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, del año 1956. En ésta se preveía que era posible suspender o no ejecutar una sentencia de los tribunales si el Consejo de Ministros observaba que la misma implicaría un “*peligro de trastorno grave al orden público*”⁷⁵⁰.

En aplicación de estas disposiciones, el orden público sirvió de fundamento para limitar la libertad religiosa de forma arbitraria y amplia⁷⁵¹. MARTIN-RETORTILLO lo ejemplifica con innumerables casos, en los que se destaca la reticencia a la apertura a otras religiones que no fueren la católica, ordenando, incluso, medidas contra personas que hacían proselitismo a favor de los Testigos de Jehová, confiscando publicaciones, entre otros motivos “*por atender contra la unidad espiritual de España*”⁷⁵². Se afirmaba que las sanciones a ser aplicadas serían competencia de la Ley de Orden Público, por formar parte de su materia⁷⁵³.

El Tribunal Supremo de España se pronunciaba en el sentido de garantizar la libertad religiosa, de todas las religiones, pero siempre en un ejercicio privado, esto es, proscribiendo el proselitismo⁷⁵⁴. Asimismo, llegó incluso a aceptar una limitación a la libertad de pensamiento, calificando a las personas de marxistas por su ideología, no por el acto que hubieren realizado. En el caso, comentado por DE BARTOLOMÉ, el solo portar determinados

de opinión pública, con las posibilidades de cambio y transformación que conlleva, hacía pensar a los liberales moderados en hipotéticos actos contrarios a la seguridad pública”.

⁷⁴⁹ IZU BELLOSO (1988:242) señala a las citadas, entre otras, como las más llamativas. Un análisis más exhaustivo puede verse en: MARTIN-RETORTILLO (1975:48 y ss.).

⁷⁵⁰ Al respecto, véase: MARTIN-RETORTILLO (1983:413).

⁷⁵¹ Esta utilización también es posible observarla en Francia. Al respecto véase: MARTIN-RETORTILLO (1983:325 y ss.).

⁷⁵² MARTIN-RETORTILLO (1970:24 y 54) y (2011:9).

⁷⁵³ MARTIN-RETORTILLO (1970:57).

⁷⁵⁴ MARTIN-RETORTILLO (1970:36).

contenidos en papel, sin llegar a propagarlo en concreto, alcanzó para entender atacado el orden público y sancionar a las personas implicadas⁷⁵⁵.

También la libertad de prensa tuvo su cercenamiento. La crítica al gobierno municipal no estaba permitida, sino, muy por el contrario, la jurisprudencia la entendió proscripta por atentar contra la paz pública y la convivencia social, acto prohibido según el artículo 2 de la Ley de Orden Público⁷⁵⁶.

En definitiva, y tal sostiene DE BARTOLOMÉ, *“orden público podría ser cualquier cosa cuando de lo que se trataba era de defender los principios del régimen”*⁷⁵⁷. Advierte este autor, asimismo, que en el franquismo se organizó una administración militarizada, que se ocupaba de los asuntos de orden público sin garantías mínimas⁷⁵⁸.

Lo paradójico, no obstante, es que bajo la expresión de “orden público” tanto la ya citada exposición de motivos de la Ley del año 1959, como otros actos institucionales, ubican el normal funcionamiento de las instituciones, el mantenimiento de la paz, y también el *“libre y pacífico ejercicio de los derechos”*⁷⁵⁹. Se parte de un orden público material, para ampliarlo al ideal, y para agregar dentro de la significación la protección de derechos, siendo que con dicho postulado se cometieron las más graves limitaciones a los mismos. Se puede observar entonces aquí el doble significado del término, material e ideal, y, en la práctica, es posible advertir un empleo por demás abierto y flexible, sin delimitación concreta y que justificaría -con el ideal de la protección de los derechos- la restricción a la libertad. En este punto, sostiene RODRÍGUEZ ARANA que una concepción abstracta y genérica de estos términos conllevaría a amparar actuaciones administrativas irracionales y arbitrarias⁷⁶⁰, tal como las analizadas y tal como las que ocurrieron en Uruguay.

⁷⁵⁵ DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:361 y ss.).

⁷⁵⁶ MARTIN-RETORTILLO (1975:59 y 60).

⁷⁵⁷ DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:217).

⁷⁵⁸ DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:217).

⁷⁵⁹ Véase la Exposición de motivos a la Ley de Orden Público de 1959 ya citada, y otros actos, tal las palabras del Ministro de Gobernación en acto del 17 de mayo de 1958, citadas por DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:239-240).

⁷⁶⁰ RODRÍGUEZ ARANA (2012:36).

En el caso de Uruguay también puede observarse un uso profuso del concepto de “orden público” en el último período dictatorial (1973-1985), así como en los años previos a su gestación⁷⁶¹.

Dado el contexto político y el estado de hecho en el que se ubica la dictadura, cuyas circunstancias no me detendré a analizar⁷⁶², la llamada “doctrina de la seguridad nacional” fue asentando cimientos, hasta arribar a la cúpula del poder⁷⁶³. Si bien el sector militar no tenía, hasta entonces, una injerencia trascendente en lo político⁷⁶⁴, en dicho momento, y al encomendarse a la milicia la lucha antsubversiva, esta doctrina comenzó a tener cabida⁷⁶⁵. Con base en ella se daba una definición de seguridad nacional muy amplia, que tenía por objetivos, entre otros, lograr el “bienestar nacional”, el “bienestar social general”, la estabilidad institucional, así como el desarrollo económico y social nacional⁷⁶⁶. Para ello, la organización de la seguridad era “*el escudo del Estado para proteger esos objetivos*”⁷⁶⁷.

En el proyecto de ley sobre Seguridad Nacional, del año 1972, estos fines eran suficientes para justificar la limitación de derechos fundamentales. Se procuraba la creación de normas específicas para casos de subversión, limitación del habeas corpus, de la necesidad de obtener permisos para allanar hogares o del impedimento para hacerlo en la noche, y una mayor conexión entre las Fuerzas Armadas y el Poder Judicial⁷⁶⁸.

El Poder Ejecutivo hizo un uso abusivo de las medidas prontas de seguridad⁷⁶⁹, procurando preservar el “orden público”, y por Decreto 464/973, del

⁷⁶¹ Tal como sostienen GROS ESPIELL y ESTEVA GALLICCHIO (2008:400-401), el gobierno de facto comenzó con el Decreto 464/973 que mencionaré seguidamente, sin perjuicio de que puedan individualizarse hitos anteriores. Asimismo, es de notar que las normas a las que me referiré en este período fueron dictadas en contrariedad a la Constitución.

⁷⁶² Respecto de los distintos acontecimientos políticos, económicos y sociales véase, entre otros: NAHUM, FREGA, et al. (1998:58); y ZUBILLAGA y PÉREZ (2002:45-76).

⁷⁶³ GINESTA (1987:9-10); MONTAÑEZ (1987:50 y ss.); y DELPIAZZO (2006:263). NAHUM, FREGA, et al. (1998:91) y NAHUM (2004:285) también refieren a que el ascenso de las Fuerzas Armadas estuvo “*fuertemente inspirad[a] en la «doctrina de la seguridad nacional»*”. Sobre esta doctrina puede verse: CASTAGNOLA y MIERES (2002:117-135).

⁷⁶⁴ En este punto GINESTA (1987:6) señala que antes de 1973 existía en Uruguay una tradición de no intervención política de los militares.

⁷⁶⁵ NAHUM, FREGA, et al. (1998:91); y NAHUM (2004:284). Cabe puntualizar que tal señalan NAHUM, FREGA, et al. (1998:90) fue en setiembre de 1971 cuando “*el Poder Ejecutivo encomendó al Ejército, la Armada y las Fuerzas Armadas la conducción de la lucha antsubversiva (9 de setiembre de 1971)*”.

⁷⁶⁶ GINESTA (1987:15).

⁷⁶⁷ GINESTA (1987:15).

⁷⁶⁸ NAHUM, FREGA, et al. (1998:88).

⁷⁶⁹ NAHUM, FREGA, et al. (1998:54), GINESTA (1987:10), JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:115, nota al pie 49, Tomo III).

27 de junio de 1973, declaró disueltas las Cámaras, creando un Consejo de Estado. Este Decreto hizo énfasis en una situación de hecho, dada por la existencia una *“acción delictiva de la conspiración contra la Patria, coligada con la complacencia de grupos políticos sin sentido nacional”*, lo que se penetró en las organizaciones sindicales, la enseñanza general y los poderes del Estado. Ante ello, el Poder Ejecutivo se nombra como *“custodio, en definitiva, de la unidad y continuidad del Estado”* procurando la *“defensa de la soberanía nacional y de los más altos intereses colectivos”*.

Se explicita que esta realidad político-institucional consiste en un *“falseamiento constitucional”*, aludiendo a la aplicación de usos contrarios a las normas básicas de la Carta, o bien al empleo de facultades legales con desviación de los fines propios. Además de la disolución de las Cámaras y la instauración de un nuevo gobierno dictatorial, lo que supuso un golpe de Estado, se prohíbe la divulgación por la prensa de todo tipo de información o comentario que directa o indirectamente mencione o refiera al Decreto *“atribuyendo propósitos dictatoriales al Poder Ejecutivo, o pueda perturbar la tranquilidad y el orden públicos”*. El “orden público” aparece, entonces, emparentado a la tranquilidad y al fin de preservar por parte del Estado, vinculándose, asimismo, con la doctrina de la seguridad nacional que comenzó a tener cada vez más desarrollo.

En el Plan Político de las Fuerzas Armadas de setiembre del año 1971, se define a la seguridad nacional como una finalidad que se logra con *“medidas preventivas, que es lo que en esencia la distingue de la defensa nacional, en las que esas medidas ya no alcanzan, debiéndose acudir a otras más enérgicas (...) Pero en todo caso y al igual que la defensa nacional no puede ser lograda ni garantida con la prescindencia de las Fuerzas Armadas que por antonomasia constituyen el sector del estado especializado en ambas materias”*⁷⁷⁰. En este documento, y tal señala la doctrina, se dejan entrever los objetivos de: (i) mantener el control de la subversión; (ii) destruir el aparato político-militar subversivo que opera en el país; y (iii) finalmente, y en una etapa definitiva, proporcionar seguridad al desarrollo nacional⁷⁷¹. Las Fuerzas Armadas fueron, entonces, adquiriendo presencia en los órganos de poder, hasta el Acto

⁷⁷⁰ El texto fue extraído de: NAHUM, FREGA, et al. (1998:92); y NAHUM (2004:285).

⁷⁷¹ NAHUM, FREGA, et al. (1998:91) y NAHUM (2004:285).

Institucional N° 3, del 1° de setiembre de 1976, en el que se estableció que el Poder Ejecutivo actuaría, en una de sus formas de funcionamiento, a través del Presidente de la República actuando con el Consejo de Seguridad Nacional⁷⁷².

La limitación y afectación en los derechos humanos también se hizo corriente. El Acto Institucional No. 4, del 1° de setiembre de 1976, prohibió a diversos ciudadanos como miembros del Directorio de los partidos políticos, por el término de quince años, *“el ejercicio de todas las actividades de carácter político que autoriza la Constitución de la República, con exclusión del voto”*. Esta doctrina y la restricción a los derechos se vio inmersa en dos importantes áreas: en la organización de la función jurisdiccional y en la educación.

El Acto Institucional No. 2, del 12 de junio de 1976, modifica la forma de designación de los miembros de la SCJ y atribuye al Consejo de la Nación, - órgano creado por el gobierno de facto-, la competencia de sentenciar a los miembros de la Corte por *“delitos graves, acciones u omisiones que perturben seriamente la vida institucional o desarreglos de conducta”*. En el Acto No. 8, del 1° de julio de 1977 se exponen los fundamentos teóricos por los cuales el Poder Judicial no es considerado como un tercer poder, supraordenado, en el principio de separación de poderes, sino como una función que merece únicamente ser objeto de *“separación funcional”*. Así entonces, *“la actividad jurisdiccional importa el ejercicio de un poder propio de decisión, soberano e independiente, aún cuando en el plano de la actividad administrativa exista una línea funcional de jerarquización que nace en el Poder Ejecutivo y sigue hasta el órgano de grado inferior de la Administración de Justicia, en cuanto no afecte a aquélla”*.

Como consecuencia, la independencia del Poder Judicial quedó afectada⁷⁷³. La injerencia del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial se hizo manifiesta, asimismo, con el Decreto 398/977, del 12 de julio de 1977, que reserva al Poder Ejecutivo la posibilidad de introducir modificaciones en los actos administrativos dictados por la Corte de Justicia y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, o aún dejarlos sin efecto⁷⁷⁴. Similar punto es el previsto en el Acto

⁷⁷² GROS ESPIELL y ESTEVA GALLICCHIO (2008:400).

El Consejo de Seguridad Nacional fue creado por el Decreto-Ley orgánico militar 14.157, del 21 de febrero de 1974. Respecto de su composición y funcionamiento véase: DELPIAZZO (2006:261 y ss.).

⁷⁷³ En este sentido: GROS ESPIELL y ESTEVA GALLICCHIO (2008:404).

⁷⁷⁴ Nótese que similar aspecto había sido analizado respecto de España, en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, del año 1956.

Institucional No. 12, del 10 de noviembre de 1981, mediante el cual se creó un Consejo Superior de la Judicatura, presidido por el Ministro de Justicia, con potestades jerárquicas sobre los jueces⁷⁷⁵.

En lo que respecta a la educación, por una parte, se buscó limitar la actividad sindical y, por otra parte, ésta fue un medio para la impulsión y propagación de la nueva ideología. Primeramente, el Decreto 88/970, del 12 de febrero de 1970, dispuso la intervención de las autoridades de los Entes de enseñanza media, lo que es calificado por la doctrina como un “avasallamiento de las autonomías”⁷⁷⁶. La Ley 14.101, del 4 de enero de 1973, con movilización contraria de estudiantes y docentes, modificaba diversos aspectos de la enseñanza, creando incluso un Consejo Nacional de Educación, con injerencia en las autoridades de esta materia, cuya independencia se vio gravemente afectada⁷⁷⁷. Luego del golpe de Estado, el Decreto 921/973, del 28 de octubre de 1973 dispuso intervenir la Universidad de la República y cometió al Ministerio de Educación y Cultura su administración⁷⁷⁸.

La doctrina de este régimen se plasmó en el proyecto de Constitución impulsado desde el gobierno de facto y sometido a plebiscito de ratificación el día 30 de noviembre de 1980, habiendo sido rechazado⁷⁷⁹. Es en base a estos usos históricos dados al “orden público” que su inclusión en las constituciones más modernas fue vista con desconfianza⁷⁸⁰. Incluso, y tal como analizaré a continuación, en el proceso constituyente español que culminó en la Constitución de 1978 se dejan entrever los recelos por la adopción del término de “orden público” proponiendo su sustitución por otro menos ambiguo⁷⁸¹.

Al estudio del uso constitucional democrático del concepto de orden público en España y en Uruguay estarán dedicados los siguientes apartados.

⁷⁷⁵ Al respecto véase DELPIAZZO (2006:80).

⁷⁷⁶ DELPIAZZO (2007:17).

⁷⁷⁷ NAHUM, FREGA, et al. (1998:183-184).

⁷⁷⁸ DELPIAZZO (2007:18).

⁷⁷⁹ Respecto del contenido del Proyecto de Constitución y los contrastes con la democracia, es posible consultar la nota realizada por Enrique TARIGO, en defensa del “No”: TARIGO (1980:3).

⁷⁸⁰ SORIANO (1990:88).

⁷⁸¹ Me refiero a la enmienda número 693 presentada por el Grupo Parlamentario Comunista respecto del artículo 15 (libertad ideológica y religiosa). Al respecto véase los comentarios de TAMAMES GOMEZ en: Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:2469). Congreso, 18 de mayo de 1978. Por su parte, en igual punto, PORRAS RAMIREZ (2006:90) expresa que no era necesario recurrir al orden público, sino que bastaba con la referencia genérica al deber de respeto de los demás derechos.

3.2.- EL ORDEN PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Sostiene MORALES ARROYO que, en España: “...la cláusula del orden público no puede identificarse con la tradicional acción administrativa de policía o con la seguridad de la calle”⁷⁸². En efecto, en la CE del año 1978, el orden público dejó de ser determinado como el fin de las fuerzas policiales⁷⁸³. A pesar de que en el anteproyecto⁷⁸⁴ se proponía referirse a las “Fuerzas de orden público” y de tratarlo como un fin a estos efectos, el artículo 149.1 finalmente aprobado únicamente hace referencia a la “seguridad pública”. Precisa así el artículo 149.1 en su numeral 29 que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la “Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica”.

El orden público aparece constitucionalizado, únicamente, como un posible límite a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1 CE); y al derecho de reunión (art. 21.2 CE), lo que restringe la actividad del legislador. Asimismo, el artículo 10.1 CE hace referencia al fundamento de un “orden político” y de la “paz social” que se fundamenta en la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, y el respeto a la ley y a los derechos de los demás.

El objeto de este apartado es precisar el concepto de orden público en la CE de 1978. Para ello, comenzaré haciendo referencia al orden político del artículo 10.1 CE y a su vinculación con el artículo 1.1 CE (Sección 3.2.1), de necesario análisis previo y que aparejará efectos importantes en la interpretación de las otras referencias. Luego, me concentraré en la libertad ideológica, religiosa y de culto (Sección 3.2.2) y en el derecho de reunión (Sección 3.2.3), procurando, a través de ellos, delimitar textual, doctrinaria y jurisprudencialmente este concepto.

⁷⁸² MORALES ARROLLO (1994:292). En similar sentido: ESPINOSA DÍAZ (2016).

⁷⁸³ BALLBÉ (1983:461-462); IZU BELLOSO (1988-233).

⁷⁸⁴ En el anteproyecto preliminarmente propuesto se hacía referencia a las “Fuerzas de orden público”, término que fue modificado y suprimido. Véase: Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:686) Cortes, 5 de enero de 1978. Asimismo, el “orden público” era incluido como finalidad estatal dentro del contenido del actual artículo 149. Véase el Anteproyecto del 5 de enero de 1978. La comparación de los textos puede ser consultada en: Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:5314 y ss.).

3.2.1.- EL “ORDEN POLÍTICO” EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 10 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y SU RELACIÓN CON EL “ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL”

A los efectos de estudiar la noción constitucional de orden público, considero de extrema importancia referirme, primeramente, a los artículos 1.1 y 10.1 de la CE. El artículo 1.1 CE constituye la base axiológica de la Constitución, aclarándose en él que se propugnan como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político⁷⁸⁵. Establece este artículo que: *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”*. Por su parte, el artículo 10.1 CE dispone que: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*. La interpretación de cualquier otra disposición constitucional -como luego estudiaré los artículos 16 y 21 de la CE- debe necesariamente partir de estos artículos 1 y 10.1⁷⁸⁶. Su análisis es pues un paso previo en la definición del orden público desde la CE.

La definición de España como un *Estado social y democrático de Derecho*⁷⁸⁷ implica su caracterización unitaria a través de los tres componentes

⁷⁸⁵ La finalidad en alcanzar estos valores deriva del verbo empleado en el artículo 1: “propugnar”. Al respecto, véase: Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:2176). Congreso, 11 de mayo de 1978. No obstante lo anterior, es de señalar que OLLERO GÓMEZ criticó el empleo de este verbo, al señalar que en la acción estatal no es suficiente con formular o proclamar, sino con actuar (Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:1508). Congreso, 18 de agosto de 1978. Por otra parte, para LLAMAZARES FERNÁNDEZ (2001:297) cabría añadir dos valores más: *“el personalismo consagrado en el artículo 10.1 que encabeza el Título I de la Constitución, ya que en él encuentran su fundamento y razón de ser todos los demás, y el de participación formulado en el artículo 9.2”*.

⁷⁸⁶ En los antecedentes constitucionales ya se mencionaba que: *“el artículo 10, tal como está redactado, puede servir y servirá, sin duda, de inspiración hermenéutica del Tribunal Constitucional”*. Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:1737). Senado, 23 de agosto de 1978. Respecto de la función de dichos postulados para la interpretación del resto del ordenamiento véase: PECES BARBA (1984:43); PRIETO SANCHIS (1984:86); y PÉREZ LUÑO (2017:294). Respecto a la necesaria interpretación del orden público, partiendo de dichos artículos véase: DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:54 y ss. y 252); y BARRERO ORTEGA (2006:220). En Italia, PACE (1967:154 y 155) considera una serie de principios y valores constitucionales para interpretar el concepto.

⁷⁸⁷ No me detendré en cada uno de los componentes del Estado social y democrático de Derecho, sino solo en lo que ello apareja para la significación del orden público. A este respecto, puede consultarse entre otros: PEREZ LUÑO (2017:218-251); FERNÁNDEZ SEGADO (1992:109-126); VILAS NOGUEIRA (1984:87-102); y LUCAS VERDÚ (1983:7-48). Asimismo, ARAGÓN-REYES (2008:26-27) puntualiza que con esta fórmula no se identifica a una forma de Estado, sino que enuncia la orientación de sus fines, aspecto que será profundizado en este apartado.

del término: Estado de Derecho, social y democrático. Tal sostiene FERNÁNDEZ SEGADO: *“Cada una de las tres notas caracterizadoras del Estado se ha traducido históricamente en una serie de rasgos peculiares: así, sin ánimo exhaustivo, el principio de legalidad y la división de poderes (Estado de Derecho), el sufragio universal (Estado democrático) y el reconocimiento de un conjunto de derechos sociales y la subsiguiente intervención estatal en la vida socio-económica (Estado social). Sin embargo, en nuestra época, el tríptico de rasgos caracterizadores del Estado se nos presenta dotado de una verdadera unidad. (...) El Estado español es, en fin, cada una de esas tres calificaciones, pero no es ninguna de ellas si no se la considera en función de las demás”*⁷⁸⁸.

PECES BARBA identifica la noción de Estado social y democrático de Derecho con la concreción de los valores superiores enumerados en el artículo 1.1 CE y lo vincula, asimismo, con el alcance del artículo 9.2 CE⁷⁸⁹. Esta última referencia es acompañada por VILAS NOGUEIRA, quien entiende que el artículo 9.2 CE otorga el alcance específico del concepto de Estado social y democrático de derecho⁷⁹⁰. El artículo 9.2 CE establece: *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.

El Estado social y democrático de Derecho se concreta pues, más allá de los fines estatales, en la persona, sus derechos fundamentales y en las vías democráticas para su participación⁷⁹¹. Ello posee importantes repercusiones en lo que respecta al punto de partida para el análisis del *orden público*, marcando una distinción con el constitucionalismo anterior⁷⁹².

Al decir del TCE: *“los conceptos de «paz pública» y de «orden público» no son los mismos en un sistema político autocrático que en un Estado social y democrático de Derecho. En este sentido, hemos tenido ocasión de declarar que*

⁷⁸⁸ FERNÁNDEZ SEGADO (1992:110).

⁷⁸⁹ PECES BARBA (1984:39).

⁷⁹⁰ VILAS NOGUEIRA (1984:91).

⁷⁹¹ En análisis de FERNÁNDEZ SEGADO (1992:115), respecto de la conjunción del artículo 1.1, 10.1 y 9.2 CE se señala que la axiología se alimenta del liberalismo, del socialismo democrático y del humanismo social-cristiano. Por su parte, RODRÍGUEZ-PIÑERO (2008:12) vierte énfasis en la expresión *“se constituye”* para señalar el rechazo y la transformación democrática respecto de lo anterior.

⁷⁹² PORRAS RAMÍREZ (2006:91) y (2013:54). En igual sentido, LÓPEZ GONZÁLEZ (1995:235); RODRÍGUEZ ARANA (2010) y (2012); y RUOCCO (2015).

dicho concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978” (STC 59/1990, FJ 4; 43/1986, FJ 4)⁷⁹³. Por su parte, el TSE puntualizó que *“tras la Constitución, la cláusula de orden público no puede encerrar otro interés que garantizar el orden público de las libertades”*⁷⁹⁴.

En los antecedentes de la Constitución, antes comentados, queda expuesto el cambio por el que el concepto de orden público iría a transitar⁷⁹⁵, ciñéndose ahora este término a la consecución de un fin primordial y concreto centralizado en la persona humana⁷⁹⁶. Según puntualiza CALVO, el orden público debe ser interpretado como orden público de la sociedad (público referido a lo social), más que como orden público del Estado⁷⁹⁷.

Por otra parte, la incorporación de *valores superiores* a la CE conlleva la positivización de valoraciones meta-jurídicas y, especialmente, morales⁷⁹⁸. Al decir de PECES BARBA, el artículo 1.1 CE es una disposición sin precedentes en el constitucionalismo comparado⁷⁹⁹. En este punto, señala GARCÍA DE ENTERRÍA que la libertad es una de las decisiones políticas fundamentales insertas en la Constitución, que fundamenta todo el sistema constitucional en su

⁷⁹³ En esta última se referencia al concepto aplicable a los efectos de la excepción de orden público en el Derecho Internacional Privado, aspecto que también cambió tras la Constitución conforme a lo ya abordado (*supra* 2.3.3).

⁷⁹⁴ STS del 27 de enero de 1987, citada por: DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:251).

⁷⁹⁵ Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:2031). Congreso, 5 de mayo de 1978.

⁷⁹⁶ Esta conclusión también permite ser extrapolada para otros conceptos, tal el de “interés general”. Sostiene RODRÍGUEZ-ARANA (2005:100): *“En el artículo 10.1 encontramos una declaración solemne en la que el constituyente señala, con toda solemnidad, cuáles son los fundamentos del orden político y la paz social, conceptos obviamente estrechamente vinculados a lo que puede entenderse por interés general constitucional”*.

⁷⁹⁷ CALVO (1983:246). En este mismo punto, BÖCKENFORDE hace hincapié en la diferenciación entre las cuestiones de carácter público y las cuestiones de carácter estatal. Todas las tareas públicas no son necesariamente tareas del Estado, correspondiendo diferenciar entre Estado y Sociedad, pues muchas tareas públicas lo son en cuanto son de la Sociedad, y no del Estado. GONZALEZ ENCINAR (1995:27).

⁷⁹⁸ Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:2176). Congreso, 11 de mayo de 1978. En igual sentido: VILAS NOGUEIRA (1984:93). En esta temática ALEXY (2016:39) señala que: *“Los derechos fundamentales son derechos morales de índole universal, fundamental, abstracta y prioritaria. Como intentos de positivización de los derechos morales, los derechos fundamentales expresan la doble naturaleza del derecho de un modo particularmente significativo”*. En relación a la vinculación de los derechos con la moralidad es posible consultar también: PECES BARBA (1999:391-392). Sobre los valores superiores en el constitucionalismo alemán puede verse: HESSE (1983).

⁷⁹⁹ PECES BARBA (1984:12). Igualmente, el autor (1984:23) cita al Tribunal Constitucional Federal Alemán, que dispone: *“La Ley Fundamental es un ordenamiento vinculado a los valores (...) La Ley Fundamental parte del reconocimiento de ciertos valores fundamentales, supremos, el Estado Constitucional liberal democrático. Estos valores fundamentales constituyen el ordenamiento material liberal democrático que considera esencial en el ámbito del ordenamiento máximo del Estado, del ordenamiento constitucional...”*.

conjunto, como resulta del Preámbulo y del artículo 1 CE, y como es concretado aún más en el artículo 10 CE⁸⁰⁰.

Los valores superiores son normas jurídicas que, para PECES BARBA, *“representan ideales que una comunidad decide erigir como sus máximos objetivos a desarrollar por el ordenamiento jurídico. En ese sentido, son expresión de la moralidad mayoritariamente aceptada en el ámbito cultural y en el momento histórico, en el que se sitúa nuestra Constitución, y son también expresión máxima de la decisión política de España como Estado social y democrático de Derecho”*⁸⁰¹. Agrega el autor que son *“elementos identificadores del sistema político expresado por la Constitución de 1978”*⁸⁰².

PEREZ LUÑO, por su parte, otorga a los valores constitucionales una triple dimensión: fundamentadora, ordenadora y crítica. La primera, en un sentido estático, actúa como fundamento del conjunto de disposiciones e instituciones de la Constitución. El autor realiza un paralelismo entre los valores fundamentales de la doctrina germana (*Grundwerte*) y los valores superiores de la CE. Son superiores *“para acentuar su significación como núcleo informador de todo el sistema jurídico-político”*⁸⁰³. La dimensión orientadora tiene contenido dinámico y posee como objeto conducir el ordenamiento *“hacia unas metas o fines predeterminados que hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional”*⁸⁰⁴. Por último, la dimensión crítica, asume que los valores superiores son criterio de valoración para justipreciar hechos o conductas⁸⁰⁵. Por consiguiente, y tomando estas funciones, los valores superiores llevan a la delimitación e interpretación del concepto de “orden público” utilizado en las demás disposiciones constitucionales. En este sentido, el TSE enfatizó que *“el orden público se alcanza cuando cada ciudadano puede usar pacíficamente de sus derechos y libertades”*⁸⁰⁶.

⁸⁰⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA (1981-B:115).

⁸⁰¹ PECES BARBA (1984:41-42).

⁸⁰² PECES BARBA (1984:43).

⁸⁰³ PEREZ LUÑO (2017:294).

⁸⁰⁴ PEREZ LUÑO (2017:294). En similar sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO (2008:13) sostiene que estos “supraprincipios axiológicos” inspiran a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, además de a los poderes públicos.

⁸⁰⁵ PEREZ LUÑO (2017:294).

⁸⁰⁶ STS del 20 de enero de 1989, citado por: DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002: 251-252).

Dentro de estos valores, sin perjuicio de la importancia de la libertad, la igualdad y la justicia, cabe detenernos en el agregado -a igual trascendencia de los anteriores- del *pluralismo político*. Corresponde naturalmente enmarcar dicho pluralismo como un valor básico del sistema democrático. Conforme sostiene la doctrina, dicho pluralismo implica el rechazo al partido único, la consecuente existencia de varias opciones políticas y la posibilidad de éstas de acceder al poder⁸⁰⁷. Es pues incompatible con posiciones ideológicas dogmáticas que consideran sus objetivos como necesarios⁸⁰⁸. La CE contiene así una opción clara por el reforzamiento de los valores de la convivencia, lo que se traduce en una concepción plural de la sociedad, en la que la democracia se concibe como la posibilidad de participación de todos los grupos, en un plano de igualdad⁸⁰⁹. Asimismo “*no basta con el reconocimiento del pluralismo, sino que el proceso político exige de la competencia entre los diferentes individuos y grupos en que éste se integra, siendo impensable tal competencia sin la previa participación de todos*”⁸¹⁰.

Estos valores superiores recogidos en el artículo 1.1 CE se vinculan con el artículo 10.1 CE, que establece los *fundamentos del orden político y de la paz social*. La “paz social” ha sido incluso tratada como sinónimo de “orden público”⁸¹¹. En efecto, no resulta casual que se empleara la palabra “orden” para referirse al “orden político”. Incluso la enmienda propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista incluía la mención a un “orden político y social” fundamentado en cuanto la palabra “orden” comprende la de “paz”⁸¹². Sostuvo, en efecto, PECES BARBA que: “*orden, en un sentido profundo, es la seguridad*

⁸⁰⁷ PECES BARBA (1984:166).

⁸⁰⁸ PECES BARBA (1984:166).

⁸⁰⁹ FERNÁNDEZ SEGADO (1992:116).

⁸¹⁰ FERNÁNDEZ SEGADO (1992:117).

⁸¹¹ Me refiero a la mención que a este respecto realiza el parlamentario SOLE TURA al referirse a que: “*tanto en un sentido como en otro, especialmente en Derecho Penal, el concepto de «paz social» se entiende prácticamente como equivalente al de «orden público»*”. Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:2396). Congreso, 17 de mayo de 1978. Asimismo, PORRAS RAMÍREZ (2006:92) también concluye que se podría invocar el orden público “*solo en situaciones de necesidad que ocasionen una alteración de la paz pública, resultando objetivamente apreciables...*”.

⁸¹² PECES BARBA aclara este punto, al precisar que la idea de paz no es contenido de orden, sino que el término “orden” comprende al de paz, siendo más acorde a un Estado social y democrático de Derecho; “*el término «paz» sería más propio de un Estado liberal, del Estado policía del siglo XIX*”. Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:3889). Congreso, 5 de julio de 1978. En similar sentido, DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:241) señala que la “paz pública” es un concepto aún más indeterminado que el de “orden público”. Asimismo, en una concepción contraria, FRAGA IRIBARNE expuso que “*La paz social es la tranquilidad del orden y por eso digo que no se confunda con el orden político*”. Constitución Española. Trabajos Parlamentarios(1978:3891). Congreso, 5 de julio de 1978.

*que produce una adecuada organización política y social que favorezca el ideal humanista del respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Se trata con la palabra “orden” de señalar un equilibrio dinámico, y en ese sentido es también la paz por cuanto la paz está organizada e institucionalizada a través del orden*⁸¹³.

Sin embargo, otros ponentes de las Cortes Constituyentes de 1978 prefirieron sentar las diferencias entre el orden social y la paz pública, estableciendo una relación medio-fin⁸¹⁴. A este respecto FRAGA IRIBARNE puntualizó que: *“No es paz social un término alternativo con orden social, y aunque ambos conceptos se funden en el ideal de justicia, no son exactamente lo mismo y no pueden confundirse. El orden social no sería sino el conjunto de las instituciones sociales, es decir, el orden político, porque orden es regla, modo o norma de acción y no meta o aspiración. El orden alcanza la paz, pero no siempre, pues como afirmara Lumley, «la lucha puede ser ordenada». El orden es un método, y puede decirse que el orden social es la totalidad de las relaciones humanas de convivencia en un lugar y tiempo determinado, en tanto que la paz social comporta una decisión trascendente de convivencia, más allá de la coyuntura y del método, y constituye un auténtico proyecto de vida en común*⁸¹⁵.

La seguridad es una finalidad del Estado de trascendencia. Sin embargo, desde aquella noción de seguridad como la *“única y la fundamental justificación del Estado*⁸¹⁶ de autores como HOBBS (*supra* 2.2.1), iríamos a una función de seguridad que no se presenta como exclusiva ni excluyente, sino emparentada y ligada en forma profunda e intrínseca con otros fines, pues la persona es el

⁸¹³ Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:2394). Congreso, 17 de mayo de 1978.

⁸¹⁴ Esta diferenciación también es realizada en doctrina por CALVO (1983:46), quien expone que el derecho vive y opera para conseguir una auténtica paz social; no la simple tranquilidad pública, que todavía es un bien precario.

⁸¹⁵ Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:3893). Congreso, 5 de julio de 1978.

⁸¹⁶ Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:2031). Congreso, 5 de mayo de 1978.

centro del orden político y social⁸¹⁷, y el respeto al pluralismo⁸¹⁸ y a los derechos humanos son factores primordiales⁸¹⁹.

Sostuvo PECES BARBA en las Cortes Constituyentes que: *“Nosotros queremos que en la Constitución estén las reglas de organización. Hemos dicho que la función de seguridad es fundamental para la realización de una Constitución correcta, pero entendemos que esas funciones de seguridad hunden sus raíces en la justicia, son insuficientes y quedan, de alguna manera, al aire; porque por esta función de justicia se incorporan a la Constitución los dos grandes valores del mundo moderno: el de la libertad y el de la igualdad, que felizmente están situados en el marco mismo de nuestro proyecto de Constitución en el artículo 1º”*⁸²⁰. La función de seguridad ya no es, pues, el fin principal del Estado, sino que lo es tan sólo en cuanto se relaciona con los valores superiores protegidos por el ordenamiento. El Estado no habrá alcanzado su fin de garantizar la seguridad si, con él, no ha logrado al mismo tiempo tutelar otros valores, como la libertad. Esta es la diferenciación fundamental que hace al orden público en esta Constitución; *“porque por la función de justicia se incorporan a la Constitución los conceptos básicos de una sociedad democrática”*⁸²¹.

El punto de partida en la Constitución de 1978 es, en definitiva, la garantía de los derechos, no su limitación. La actuación estatal que limite un derecho debe entenderse como excepcional⁸²². Sostiene PRIETO SANCHIS que estas normas asignan al Estado una actitud positiva, de garantía de los derechos y libertades; de intervención a los efectos de lograr una libertad e igualdad efectivas y

⁸¹⁷ Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:2393) Congreso, 17 de mayo de 1978. A los efectos de profundizar en la función de seguridad, analizada desde esta perspectiva, así como de las demás funciones, es posible consultar la ponencia de PECES-BARBA, en: Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:2029-2032). Congreso, 5 de mayo de 1978.

⁸¹⁸ La incorporación del “pluralismo” como valor superior fue cuestionada en los antecedentes constitucionales por OLLERO GÓMEZ: *“No solo sorprende, a primera vista, la equiparación, en idéntico plano, del pluralismo político con la libertad, la igualdad y la justicia, sino que llama la atención el hecho de que sea definido como valor supremo del ordenamiento; y sorprende porque el pluralismo es un principio de organización político-social, cuando no una teoría que trata de explicar el funcionamiento de una sociedad política determinada”*. Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978: 1567). Senado, 18 de agosto de 1978.

⁸¹⁹ Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:2172). Congreso, 11 de mayo de 1978.

⁸²⁰ Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:2032). Congreso, 5 de mayo de 1978.

⁸²¹ Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:2032). Congreso, 5 de mayo de 1978.

⁸²² TORRES MURO (1991:137). En similar sentido, DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:252) sostiene que el “fundamento del orden político y de la paz social” podría hacerse extensivo al orden público.

reales⁸²³. El artículo 10 CE, que la doctrina ha venido luego a calificar como un principio constitucional⁸²⁴, vendría así a establecer un límite al poder, pues el tener que respetar el contenido de dicho orden -dignidad, derechos fundamentales y el libre desarrollo de la personalidad- imposibilita las formas de Estado transpersonalistas y totalitarias⁸²⁵. En una línea similar, desarrolla DE OTTO que corresponde al Estado desempeñar un rol activo de crear las condiciones sociales y económicas para la efectividad de los derechos. Pero, asimismo, expresa que el Estado social no sería posible sin esa efectividad de los derechos, pues *“su actividad prestacional sólo puede tener un sentido realmente liberal e igualador si está encauzada a través de la participación de los ciudadanos”*⁸²⁶.

También el TCE desarrolló desde fecha temprana, una rica jurisprudencia respecto de los derechos fundamentales, que: *“son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1) (...) en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal”* (STC 25/1981, FJ 5).

Asimismo, en STC 53/1985 agregó que: *“Los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión el constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. Son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social»”* (STC 53/1985, FJ 4).

⁸²³ PRIETO SANCHIS (1984:87).

⁸²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA (1981-B:115); JIMÉNEZ CAMPO (2008:179); y PÉREZ LUÑO (2013:55).

⁸²⁵ Me refiero a la ponencia de PECES BARBA. Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:3888). Congreso, 5 de julio de 1978.

⁸²⁶ DE OTTO (1988:165). El necesario vínculo entre democracia y derechos fundamentales es señalado en las teorías de HABERMAS (1992:187-188) y de HÄBERLE (1962:20-21), conforme ya fue expuesto en el apartado introductorio y lo que será ahondando también en el Capítulo V.

En este sentido, adquieren relevancia las afirmaciones que realizan autores como MORALES ARROYO al sostener que: “*el componente primordial del orden público en nuestro ordenamiento constitucional viene fijado por la garantía de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos, como medio de satisfacer los valores propios del orden jurídico de un Estado social y democrático de Derecho y de conseguir el respeto de la dignidad de la persona y su desarrollo (arts. 1.1 y 10.2 CE)*”⁸²⁷.

En Derecho Administrativo, por su parte, ha puntualizado RODRÍGUEZ ARANA que este precepto marca la orientación del interés general en el Estado social y democrático de Derecho⁸²⁸ y, con ello, los presupuestos de la actuación administrativa, dada la expresión del artículo 103 de la CE⁸²⁹.

Los valores superiores del ordenamiento, y el orden público y la paz social delimitarían, entonces, el núcleo constitucional que se denominaría “orden público constitucional” y que sería eventualmente oponible al ejercicio de los derechos fundamentales (STC 38/2007, FJ 7; 128/2007, FJ5; 51/2011, FJ 4; y 140/2014, FJ 5)⁸³⁰. El TCE ha recurrido al concepto de “orden público constitucional” en aplicación del principio de igualdad y no discriminación⁸³¹, lo que luego se ha proyectado a otros ámbitos como el aquí abordado. Del razonamiento realizado en la STC 87/2007 se desprende que dicho orden estaría compuesto por el respeto de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución y, en especial, los de libertad, igualdad y no discriminación⁸³². En

⁸²⁷ MORALES ARROLLO (1994:293). En igual sentido: BARRERO ORTEGA (2006:216) y RODRÍGUEZ ARANA (2012:92). Este último encuentra en los componentes del artículo 10.1 CE los elementos centrales del interés general. En posición particular, MONEREO PÉREZ (2016:29) expresa que el orden público es un concepto complejo que no puede ser identificado tan sólo con los derechos fundamentales, sino que posee una significación más abierta y omnicompreensiva.

⁸²⁸ RODRÍGUEZ ARANA (2012:16 y 20). El autor vincula esta norma con la cláusula del Estado social en la Ley Fundamental de Bonn, atribuyéndoles igual significado.

⁸²⁹ El artículo 103 CE establece: “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”.

El artículo 103 CE fue fuente de inspiración, en Uruguay, del artículo 2 del Decreto 500/991 sobre procedimiento administrativo. A mayor abundamiento sobre esta vinculación véase: RUOCCO (2015).

⁸³⁰ También véase LOPEZ CASTILLO (1999:93). Este “orden público constitucional” se podría relacionar con la construcción realizada por la Corte Constitucional italiana que lo entiende como un límite a derechos, en principio inviolables, y que se compone, por ejemplo, del principio democrático formal. A este respecto: DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:439). Asimismo, me remito a lo ya expuesto en el Capítulo I, Sección 1.3.3.

⁸³¹ Véase: STC 108/1989, 184/1991, y 114/1995, entre otras. Asimismo, para mayor abundamiento en doctrina véase: DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:440-443).

⁸³² El TCE establece que la cláusula “sin perjuicio” del artículo 6.1 de la LOLR responde al “orden público constitucional”. STC 87/2007 (FJ 6), 88/2007 (FJ 6). Asimismo, la consideración realizada sobre los

similar sentido, ALONSO GARCÍA hace referencia a que *“los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección primera constituyen por excelencia este orden público constitucional”*⁸³³.

De este modo, los artículos 1.1 y 10.1 CE contribuyen a dar contenido al concepto de orden público constitucional, aspecto que corresponderá atender en forma especial a los efectos de definir la significación actual del orden público en el marco de la CE, contrastando el mismo con el orden público ideal y material que desarrollaré a continuación, en el marco de los artículos 16 y 21 de la CE, respectivamente⁸³⁴.

3.2.2.- LA LIBERTAD IDEOLÓGICA, RELIGIOSA Y DE CULTO

3.2.2.1.- Delimitación de las libertades y estructura del análisis

El artículo 16.1 CE establece que: *“Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”*.

Se reconoce así la libertad ideológica, la libertad religiosa y de culto. La libertad ideológica contiene un componente interno, consistente en la libertad de poseer una determinada ideología o pensamiento, y uno externo, esto es, la libertad de expresarlo (STC 190/1990, FJ 10; 137/1990, FJ 8; 141/2000, FJ 4; 154/2002, FJ 6; 101/2001, FJ 3)⁸³⁵. La libertad religiosa implica poder poseer y manifestar determinada creencia religiosa. Por tanto, la libertad ideológica es más amplia que la libertad religiosa, comprendiéndola, pero a su vez

derechos de igualdad y no discriminación puede vincularse con lo postulado en la Corte IDH, según analizaré en el Capítulo IV.

⁸³³ ALONSO GARCÍA (1984:353) y DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:144).

⁸³⁴ Cabe también volver a mencionar que, en algunos supuestos, y tal comentaba MEDINA GUERRERO (1996:87-88), el TCE utilizó al orden público como límite inmanente a otros derechos (*supra* 1.1.2.2). El autor hacía referencia a la STC 65/1992 en la que se previó que el derecho a un juicio público (artículo 24.2 CE) puede ser limitado *“por razones de orden público justificadas en una sociedad democrática, que estén previstas por las leyes”* (FJ 2). Se hace alusión a un orden público material, tal como se analizará en el marco del artículo 21 CE. También el orden público es mencionado en otros supuestos, tal como fue ya abordado en el Capítulo anterior.

⁸³⁵ En igual sentido: RUIZ MIGUEL (2008:343). Por su parte, expresa XIOL RIOS (2001:17-18) que esta libertad ideológica es, a veces, denominada por el TCE como libertad de conciencia. No me detendré en el análisis de los casos particulares que refieren al ideario de los centros educativos (STC 5/1981 y 47/1985), ni a la objeción de conciencia (STC 53/1985; 151/2014 y 145/2015).

diferenciándose de ella en cuanto esta última contiene, además de la dimensión individual, una dimensión colectiva: la libertad de culto⁸³⁶.

Las libertades ideológica y religiosa amparadas por el artículo 16 CE constituyen un elemento primordial de toda sociedad democrática, lo que es destacado por el TCE, quien las califica como necesarias a los efectos de asegurar los “valores superiores del ordenamiento jurídico” (STC 46/2010, FJ 10)⁸³⁷. En la STC 90/1990 se especifica que: “*sin la libertad ideológica consagrada en el art. 16.1 de la Constitución, no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el art. 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de derecho que en dicho precepto se instaure. Para que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva y no la enunciación teórica de unos principios ideales, es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático que nos hemos dado en la Constitución de 1978*” (STC 90/1990, FJ 3 y 46/2010, FJ 9)⁸³⁸. Como corolario de lo anterior, la autoridad no debe interferir, ni con la posibilidad de tener una propia creencia, derecho pleno e irrestricto⁸³⁹, ni con la manifestación externa de la misma (STC 141/2000, FJ 4; 46/2001, FJ 4; 154/2002, FJ 6; 101/2004, FJ 3; 177/2015, FJ 5). Ahora bien, en esto último juega, como excepción, la única limitación admitida: el mantenimiento del orden público protegido por la ley⁸⁴⁰ (STC 20/1990, FJ 5; 190/1990, FJ 10; 137/1990, FJ 8; 14/2000, FJ 4; 46/2001, FJ 4, 9 y 10; 254/2002, FJ 6; 177/2015, FJ5).

⁸³⁶ RODRÍGUEZ RUIZ (2016:203 y 206). Por su parte XIOL RIOS (2001:17) puntualiza que la libertad religiosa no es más que un simple aspecto de la libertad ideológica, no diferenciable de la misma más que en función del grado de convicción con que se profesan las creencias religiosas.

⁸³⁷ En la STC citada el TCE establece que estas libertades son fundamento de todo orden de convivencia democrática (art. 1.1 CE). En igual sentido, LLAMAZAREZ FERNÁNDEZ (2001:326) y RODRÍGUEZ RUIZ (2016:203).

⁸³⁸ Asimismo, en el voto particular de la STC 5/1981 del Magistrado Francisco Tomás y Valiente, al que se adhieren los Magistrados Angel Latorre Segura, Manuel Díez de Velasco y Plácido Fernández Viagas, y en su fundamento 4, se aclara respecto del artículo 16.1 CE que “*sirve de cobertura a varias libertades concretas, de un principio que constituye la proyección en materia educativa de dos de los «valores superiores» de nuestro ordenamiento jurídico: la libertad y el pluralismo (art. 1.1 de la C.E.)*”.

⁸³⁹ PORRAS RAMÍREZ (2006:90).

⁸⁴⁰ No obstante, a ello cabe agregar el límite de los “derechos de los demás”, sea como límite adicional al orden público o como componente del mismo, aspecto que será abordado en detalle más adelante. Por su parte, BARRERO ORTEGA (2006:186-188) enfatiza que no es cualquier orden público, sino el “protegido por la ley”, dando significación a la ley previa -no exigiéndose una ley orgánica- e imposibilitando que la misma pueda remitirse a otras normas distintas, como el reglamento. En similar sentido, DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:145).

A continuación, procuraré definir qué es el orden público en el marco de la libertad ideológica y religiosa. Analizaré primeramente y como punto de partida (*Sección 3.2.2.2*), si España propugna un régimen de Constitución militante, o aún de democracia militante -lo que, según se analizará, prefiero denominar como “defensa democrática”-, pues ello tendrá efectos por demás trascendentes en la determinación del contenido del orden público. Me concentraré particularmente en el estudio de algunos supuestos referidos a la lucha contra el terrorismo, que repercuten de un modo singular en la protección de la libertad ideológica y, en ello, en la precisión de sus límites. Asimismo, y seguidamente, abordaré con particular atención la caracterización que la doctrina y la jurisprudencia del TCE han realizado respecto del orden público, a través de distintos casos y ejemplos prácticos de variada naturaleza (*Sección 3.2.2.3*). Procuraré, en definitiva, delimitar algunos de los componentes del orden público en el artículo 16 CE, y exponer también algunos de sus cuestionamientos.

3.2.2.2.- España: ¿Constitución militante o defensa democrática? Sus repercusiones en el contenido del orden público constitucional

La CE, por una parte, propugna una esfera de libertad -del pensamiento en lo interior- que estaría exenta de toda injerencia o limitación. Es lo que BARRERO ORTEGA simplifica al invocar el viejo aforismo jurídico “*el pensamiento no delinque*”⁸⁴¹. En efecto, el sistema democrático se sustenta en la tolerancia, lo que supone la coexistencia de diversas ideologías. La cuestión que surge aquí es si dichas ideologías pueden ser tanto favorables como contrarias al orden jurídico, incluso a la propia Constitución. La cuestión que surge es si España se incardina entre los sistemas llamados de “Constitución militante”, o aún de “democracia militante”.

Por *Constitución militante* entiendo un sistema que impone, no sólo la obligación de respetar la Constitución y al ordenamiento, sino una adhesión positiva a la primera, descartando y proscribiendo aquellas ideologías que sean contrarias a lo postulado por la misma. En palabras del TCE se trata de “*un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al*

⁸⁴¹ BARRERO ORTEGA (2006:185).

ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución” (STC 48/2003, FJ 7; 235/2007, FJ 4; y 177/2015, FJ 5)⁸⁴².

Si bien algunos autores toman la expresión “democracia militante” como sinónima de “Constitución militante”, encuentro que entre ambas existe un matiz diferenciador. En concreto, entiendo por “democracia militante” un régimen en el que, si bien la Constitución no mandata su adhesión en forma expresa y admite cualquier ideología -lo que la diferencia de la “Constitución militante”-, sí contiene igualmente algunos principios implícitos, democráticos, de respeto necesario, aún por quienes quisieran modificarla en forma completa⁸⁴³.

Veo no obstante con recelo la denominación de “democracia militante”, por lo que referiré a este sistema como de “defensa democrática”⁸⁴⁴. En efecto, la palabra “militante” contiene asociada, quizás, una imagen peyorativa, de imposición totalitaria o por la fuerza. Lo que aludo, en cambio, supone el respeto

⁸⁴² En este punto, véase MORALES ARROLLO (1994:306-307). Asimismo, BARRERA ORTEGA (2006:395) recuerda el caso del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *West Virginia State Board of Education* (1943), en el cual se estimó que era inconstitucional obligar a alumnos, testigos de Jehová, a participar de la ceremonia de saludo a la bandera, cuando los mismos rehusaban ser parte. Respecto a la aplicación de estos postulados en Uruguay véase *infra* Sección 3.3.2.

⁸⁴³ Debe advertirse que muchos autores toman como sinónimos lo que aquí diferencio por “Constitución militante” y “democracia militante”. Incluso la terminología del TCE refiere a “democracia militante” cuando, en puridad y de acuerdo a la significación dada, está aludiendo a un modelo de “Constitución militante”.

Al decir de DENNINGER (1996: 460, nota al pie 48) y de HARVEY (2004:407-408) el término “democracia militante” fue acuñado primeramente por Karl LOWENSTEIN. Para MARTIN-RETORTILLO (2011:116) la democracia militante se traduce “*en imponer a los partidos políticos, que son los principales protagonistas de la misma, lealtad hacia los principios democráticos*”. Para DE DOMINGO (2001:228-229) la “democracia militante” surge para evitar que un fenómeno como el régimen nazi vuelva a repetirse.

Por su parte, DENNINGER (1996:452-454) prefiere diferenciar entre un concepto amplio de defensa de la Constitución y uno más estricto, que denomina como “*de defensa del orden fundamental libre y democrático*”. En el primero ingresan todas las disposiciones que tienen por fin la defensa frente a ataques intencionados respecto de los fundamentos constitucionales y la existencia del Estado. En el segundo, coloca los institutos de defensa específica de la Constitución; “*Aquí nos movemos en el terreno de la democracia militante, decidida a defenderse y capaz de defensa, que protege sus propios principios frente a ataques de personas a las que no cabe (ya) suponer tal voluntad institucional*”.

⁸⁴⁴ En este punto GARCÍA ROCA (2005-B:739) expresa que actualmente la noción de “democracia militante” quizás sea exagerada u obsoleta. El autor sostiene que España no constituye una “democracia militante” -en el sentido que aquí he denominado como “Constitución militante”-, pero agrega que: “*Ahora bien, deducir de ahí que no puedan adoptarse entre nosotros medidas de defensa de la democracia es un salto en el razonamiento que haría invariable herramientas cuales son: los estados de emergencia, la suspensión individual de derechos, la legislación antiterrorista, la disolución de los partidos por ilegalidad penal o ilicitud democrática...*”. También DENNINGER hablaba de defensa del orden democrático según ya fue apuntado en la nota al pie precedente, aunque en un sentido más amplio que el aquí empleado.

por unos mismos principios básicos, aplicables para todos, sin perjuicio del contenido de cada ideología⁸⁴⁵.

Pues bien, la primera cuestión que se me presenta, al intentar definir el orden público constitucional en el marco del artículo 16 de la CE, encierra dos aspectos de trascendencia: (a) determinar si la CE establece un modelo de Constitución militante, pues, en este caso, el orden público constitucional se correspondería con tal modelo y su contenido; y (b) definir si, a pesar de no contener tal postulado en forma explícita, sí se propugna igualmente el cumplimiento de cierto *mínimo* constitucional, componente de la noción de orden público, y que se relacionaría con lo que antes denominé como “defensa democrática”.

En lo que respecta a la primera interrogante, esto es, si se propugna un modelo de Constitución militante, el TCE descarta que este sea el caso del sistema español, y refiere a que es posible una “*libre crítica del ordenamiento jurídico existente*” (STC 122/1983, FJ 5). Tal narra RODRÍGUEZ RUIZ, el TCE se pronunció a este respecto en oportunidad de analizar la promesa de acatamiento a la Constitución, por los distintos cargos públicos (STC 101/83, 8/1985, 119/90 y 74/1991) y, más precisamente, con el análisis de constitucionalidad de la Ley sobre Partidos Políticos (Ley Orgánica 6/2002, STC 48/2003)⁸⁴⁶. Coincido con la autora, y con el TCE, en cuanto no es posible un modelo de Constitución militante en un Estado cuya Constitución permite ser reformada en forma total; lo que la diferencia de la alemana⁸⁴⁷. No caben dudas, y así lo ha manifestado el TCE, que el Estado no puede prohibir ni castigar ideologías, y que incluso sería posible concebir a una que propugnare otro sistema de gobierno, y otras normas constitucionales, incluso un cambio total de Constitución –siempre, claro está, que al hacerlo respetase las normas

⁸⁴⁵ He pensado el lenguaje que podría ajustarse mayormente al fenómeno que pretendo explicitar, descartando que por el mismo se parta desde una posición negativa o despectiva para con el régimen, como estimo ocurre con “democracia militante”.

⁸⁴⁶ RODRÍGUEZ RUIZ (2016:205).

⁸⁴⁷ El artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn establece: “*No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20*”. Asimismo, cabe realizar el contraste con la CE según lo que se viene analizando, pues el artículo 21.2 de la Ley Fundamental de Bonn dispone: “*Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. Sobre la constitucionalidad decidirá la Corte Constitucional Federal*”.

constitucionales existentes-. Ello es lógico y es lo compatible con un Estado democrático y plural. Por tanto, la respuesta a la primera cuestión es negativa: la CE no supone un modelo de Constitución militante⁸⁴⁸.

Sin embargo, la segunda interrogante que he planteado va más allá de esta hipótesis. Lo que se cuestiona es si verdaderamente el orden jurídico español admite todo tipo de principios, postulados, valores, aun si son contrarios al marco constitucional; o si, por el contrario, la CE -y el TCE- propugnan cierto *mínimo*, de cumplimiento necesario, declarando inconstitucionales aquellos principios, postulados y valores que sean contrarios a ese mínimo constitucional. Como sostiene RODRÍGUEZ RUIZ, quizás la adhesión a este *mínimo* se esconda bajo la nebulosa diferenciación entre medios y fines de la libertad ideológica y religiosa introducida por el TCE⁸⁴⁹, que pasaré a analizar a continuación.

El TCE ha sido enfático en sostener que no se debe excluir ideología o religión alguna “*ni por su contenido o sus fundamentos*” (STC 5/2004, FJ 9)⁸⁵⁰. Nótese que este postulado se aplica para la libertad ideológica y también para la libertad religiosa. Es más, el término *religión* se interpreta aquí en sentido amplio, favorable al ejercicio de la libertad religiosa (STC 46/2001, FJ 4), aclarando el TCE que al imponer límites a este ejercicio no es posible juzgar el componente religioso (STC 46/2001, FJ 10)⁸⁵¹.

La restricción del derecho no puede fundamentarse, según el TCE, en el contenido de la creencia, sino en los actos que se realicen con base en ella, siempre que éstos incidan en el orden público⁸⁵², pues “*las ideologías son en el*

⁸⁴⁸ Con esta conclusión se corresponde la jurisprudencia sobre la promesa de acatamiento de la Constitución. A este respecto: XIOL RIOS (2001:107) y RODRÍGUEZ RUIZ (2016:205). En igual sentido se han pronunciado: DE OTTO PARDO (1985); DÍAZ REVORIO (2004: 142); GARCÍA ROCA (2005-B:739) y ARAGÓN-REYES (2008:33).

⁸⁴⁹ RODRÍGUEZ RUIZ (2016:205).

⁸⁵⁰ IZU BELLOSO (1988:243) se atrevía a escribir en una nota al pie que: “*Me inclino a pensar que, pese a la Ley Orgánica de libertad religiosa, el concepto aceptado debe ser el restringido. Lo único que se puede prohibir son las ideas o creencias en cuanto se manifiestan al exterior; no se puede suprimir una idea por mucho que atente a la moralidad pública*”.

⁸⁵¹ Esta postura se vincula con las teorías sobre la tolerancia, entendiendo por tal a la “*neutralidad del Estado ante las diversas posturas religiosas, que no son objeto ni de imposición ni de prohibición por parte de sus disposiciones jurídicas*”. RODRÍGUEZ PANIAGUA (1986:360).

⁸⁵² En este sentido: IZU BELLOSO (1988:245) y DE DOMINGO (2001:233). Sin perjuicio de ello, en las STC 101/1983 y 122/1983 se hace referencia a que quien desempeña un cargo público se encuentra en una situación distinta a la de las demás personas, por cuanto a su respecto los derechos previstos en el artículo 16 CE deben armonizarse con el deber positivo inherente al cargo público de actuar dentro del marco constitucional. Véase: STC 101/1983 (FJ 5) y 122/1983 (FJ 4).

ordenamiento constitucional español absolutamente libres y deben encontrar en el poder público la primera garantía de su indemnidad, a la que no pueden aspirar, sin embargo, quienes se sirven para su promoción y defensa de medios ilícitos o violentos y se sirven de la intimidación terrorista para la consecución de sus fines. En definitiva, son esos medios y no las ideas o los objetivos políticos pacíficamente perseguidos a los que está destinada la reacción del poder público en defensa del marco de convivencia pacífica diseñado por el constituyente para que en él tengan cabida todas las ideas” (STC 126/2009, FJ 10)⁸⁵³.

Sin embargo, y si bien esta distinción entre ideologías y medios de expresión de la misma parece clara en la teoría, en la práctica es de difícil delimitación⁸⁵⁴, hasta el punto de que ha llevado al TCE a tomar fines por medios y a permitir la prohibición de los primeros bajo la apariencia de estar vedando los segundos, lo que supone una manera encubierta de implementar una visión defensora de la democracia. En esta cuestión entiendo de pertinencia detenerme sobre el fenómeno del terrorismo⁸⁵⁵, continuando con el punto de la “normalización de lo excepcional” apenas presentado al finalizar el Capítulo II. En concreto, analizaré seguidamente dos aspectos característicos de la lucha antiterrorista en España: la proscripción de ciertos partidos políticos vinculados con el terrorismo; y la suspensión individual de ciertas garantías en el marco de investigaciones relacionadas a las bandas armadas o al elemento terrorista. A través de estos dos fenómenos observaré cómo cierto núcleo esencial se propugna, aunque no sea a través de un régimen de Constitución militante, sí mediante el necesario cumplimiento de ciertos valores democráticos que conforman la base del sistema, a través, esto es, de un mínimo de defensa

⁸⁵³ El TCE cita a este respecto las STC 99/2004 (FJ 18), 48/2003, 85/2003, 5/2004 y 6/2004. Asimismo, véase: STC 177/2015 (FJ 5) y 112/2016 (FJ 2). En similar sentido se ha manifestado MORALES ARROYO (1994: 292-293).

⁸⁵⁴ Sostiene RODRÍGUEZ RUIZ (2016:205) que: “...la distinción entre medios y fines pueda resultar razonable en abstracto, resulta artificiosa en su aplicación a los preceptos cuestionados”. Asimismo, cuestiona la STC 5/2004 en cuanto el silencio a ciertos actos de terrorismo se consideró como un medio, una manifestación de terrorismo, y no como expresión de una ideología.

⁸⁵⁵ El término terrorismo puede poseer diversos significados, según señala LAMARCA PÉREZ (1985:31 y ss.). En esta parte me referiré al terrorismo como fenómeno subversivo, que posee al ataque violento como medio principal, teniendo por fin el engendro del miedo o alarma social. Al decir del TCE: “Característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esta actividad delictiva” (STC 199/1987, FJ 2).

democrática, lo que es de trascendencia al momento de definir el orden público constitucional.

La Ley Orgánica de Partidos Políticos (Ley 6/2002) establece, en el artículo 9 que: *“Los partidos políticos ejercerán libremente sus actividades. Deberán respetar en las mismas los valores constitucionales, expresados en los principios democráticos y en los derechos humanos. Desarrollarán las funciones que constitucionalmente se les atribuyen de forma democrática y con pleno respeto al pluralismo”*.

Asimismo, se prevé la posibilidad de declarar ilegal a un partido político cuando *“su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave: (...) c) Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma”*⁸⁵⁶.

⁸⁵⁶ El siguiente apartado del artículo establece una serie de conductas, cuya repetición y acumulación, suponen que el partido ha cumplido con las causales de ilegalidad:

“a) Dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo, legitimando las acciones terroristas para la consecución de fines políticos al margen de los cauces pacíficos y democráticos, o exculpando y minimizando su significado y la violación de derechos fundamentales que comporta.

b) Acompañar la acción de la violencia con programas y actuaciones que fomentan una cultura de enfrentamiento y confrontación civil ligada a la actividad de los terroristas, o que persiguen intimidar, hacer desistir, neutralizar o aislar socialmente a quienes se oponen a la misma, haciéndoles vivir cotidianamente en un ambiente de coacción, miedo, exclusión o privación básica de las libertades y, en particular, de la libertad para opinar y para participar libre y democráticamente en los asuntos públicos.

c) Incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas, o mantener un amplio número de sus afiliados doble afiliación a organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento, salvo que hayan adoptado medidas disciplinarias contra éstos conducentes a su expulsión.

d) Utilizar como instrumentos de la actividad del partido, conjuntamente con los propios o en sustitución de los mismos, símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo o la violencia y con las conductas asociadas al mismo.

e) Ceder, en favor de los terroristas o de quienes colaboran con ellos, los derechos y prerrogativas que el ordenamiento, y concretamente la legislación electoral, conceden a los partidos políticos.

f) Colaborar habitualmente con entidades o grupos que actúen de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o violenta, o que amparen o apoyan al terrorismo o a los terroristas.

g) Apoyar desde las instituciones en las que se gobierna, con medidas administrativas, económicas o de cualquier otro orden, a las entidades mencionadas en el párrafo anterior.

El TCE ha declarado la constitucionalidad de dichas disposiciones, por entender que lo que se está prohibiendo no son las ideas propugnadas por un partido, por ser contrarias al orden constitucional español; sino los métodos utilizados para defenderlas, en la medida en que vengan asociados a la violencia y al terrorismo (STC 48/2003, FJ 7 y 5/2004, FJ 19). Sostiene a este respecto el TCE en la STC 48/2003 (FJ 7), que España no se adhiere a un modelo de democracia militante -seguramente refiriendo a lo que aquí denomino como Constitución militante-. Ya en relación con la Ley 6/2002, afirma el TCE: *“Ante todo, ya en la Exposición de Motivos parte de la base de la distinción entre ideas o fines proclamados por un partido, de un lado, y sus actividades, de otro, destacando que ‘los únicos fines explícitamente vetados son aquéllos que incurren en el ilícito penal’, de suerte que ‘cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos’. Y, en consecuencia con ello, en lo que ahora importa, la Ley contempla como causas de ilegalización, precisamente, ‘conductas’, es decir, supuestos de actuación de partidos políticos que vulneran con su actividad, y no con los fines últimos recogidos en sus programas, las exigencias del art. 6 CE, que la Ley viene a concretar”* (STC 48/2003, FJ 7).

Según este fallo, si bien no es posible proscribir los fines ideológicos de un partido político, la ley sí puede limitar los medios para conseguirlos. En aplicación de lo anterior y en la STC 5/2004⁸⁵⁷, con oportunidad de decidir el recurso de amparo promovido por el partido político Batasuna, el TCE desarrolló este punto, por cuanto analiza *“si los fines definidores de su ideario político, en principio constitucionalmente libre, se persiguen por medios, no ya pacíficos, sino, antes aun, compatibles con las funciones constitucionales a las que los partidos sirven como instrumento”* (FJ 9).

El TCE entiende probados los hechos por los cuales el partido político había colaborado con el terrorismo. Se manifiestan como hechos probados: *“la*

h) Promover, dar cobertura o participar en actividades que tengan por objeto recompensar, homenajear o distinguir las acciones terroristas o violentas o a quienes las cometen o colaboran con las mismas.

i) Dar cobertura a las acciones de desorden, intimidación o coacción social vinculadas al terrorismo o la violencia”.

⁸⁵⁷ Este caso arribó al TEDH, dando lugar al fallo Herri Batasuna y Batasuna vs. España, 30 de junio de 2009. Me detendré sobre esta sentencia en el Capítulo IV, Sección 4.2.2.

participación de personalidades del partido ilegalizado en manifestaciones y actos de apoyo a la organización terrorista ETA, declaraciones y pancartas en el mismo sentido de defensa de la 'lucha armada' y amenaza con ella, actos de homenaje a miembros de dicha banda terrorista, etc.” (STC 5/2004, FJ 10). Incluso se entiende que “la negativa de un partido político a condenar atentados terroristas puede constituir, en determinadas circunstancias, una actitud de ‘apoyo político...tácito al terrorismo’ (...) por cuanto esa negativa puede tener un componente cierto de exculpación y minimización del significado del terrorismo” (STC 5/2004, FJ 18).

Lo anterior pone de manifiesto la dificultad que antes comentaba de diferenciar entre fines y medios. Ello se hace aún más evidente en este último punto de la doctrina del TCE, al entender que la *omisión* de toda condena de un cierto acto terrorista constituiría un *medio* de expresar una determinada ideología, que como tal cabe limitar y puede servir de base para la ilegalización del partido político. Esto último me parece enteramente discutible⁸⁵⁸. Limitar la posibilidad que un partido tiene de *no actuar* pareciera que afecta a sus razones ideológicas o fines, más que a su actividad, excediendo la noción de medios o métodos utilizados para alcanzarlos⁸⁵⁹. Como antes se indicaba, al tomar fines por medios y permitir la prohibición de los primeros bajo la apariencia de estar vedando los segundos, el TCE estaría implementando una visión defensora de la democracia, una visión que manifiesta que hay cierto mínimo democrático que debe ser preservado. En el fondo, la defensa de la democracia se considera ínsita en la definición de orden público.

El TCE, en varios de sus fallos, diferencia entre la ideología y el proceso para expresarla o ponerla en práctica, matiz que, a mi parecer, es el que distingue la noción de Constitución militante -régimen al que España no se afilia-, respecto de lo que preferí llamar como un sistema de “defensa democrática”. En el pasaje antes citado de la STC 48/2003 se afirmaba que cualquier proyecto es compatible con la Constitución, pero siempre que no se defienda vulnerando

⁸⁵⁸ El TCE dio un paso atrás, luego, y se afilió nuevamente a la postura que remarco en un caso similar: STC 126/2009, FJ 14.

⁸⁵⁹ Este punto también es discutido en doctrina. Véase, por ejemplo, HOLGADO GONZÁLEZ (2010:193-195). La autora igualmente matiza la crítica en cuanto el TCE lo añade a otras conductas y en cuanto el TCE la considera únicamente en las hipótesis en la que el partido en cuestión ha sucedido a un partido ilegalizado, pero no a los ciudadanos individualmente considerados.

los principios democráticos o los derechos fundamentales (FJ 7). En similar sentido, en la STC 5/2004 se propugnaba que, si bien los partidos podrían tener cualquier ideología, esta debiera ser compatible con la función que la CE les asigna (FJ 9). Esto mismo es lo presentado en la STC 12/2008 en la que se examina la compatibilidad, respecto del artículo 16 CE, del artículo 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985 (LOREG) introducido por la Ley Orgánica 3/2007 (LOIMH), y que impone la composición equilibrada de mujeres y hombres en las listas electorales⁸⁶⁰. El TCE argumenta que la norma legislativa no impide la existencia de partidos políticos que defiendan una ideología distinta a la igualdad de sexo: *“Lo que exige la disposición adicional que nos ocupa es que cuando se pretenda defender esas tesis accediendo a los cargos públicos electivos se haga partiendo de candidaturas en las que se integran personas de uno y otro sexo”* (STC 12/2008, FJ 6).

De todo lo anterior se desprende que, en la preservación del proceso democrático para poner en práctica la ideología, el TCE está, de forma implícita, vedando ciertos aspectos de la ideología en sí misma, al menos en lo referido a ciertos aspectos procedimentales. La no militancia de la Constitución es, entonces, y si lo observamos desde el ángulo opuesto, un aspecto de militancia o defensa, lo que puede ser visto especialmente en la proscripción de ciertos medios. Pero también y en algunos casos, el TCE va más allá y, a través de la exigencia del cumplimiento de ciertos procedimientos, llega a vedar algunos puntos de la ideología, como fue visto en el ejemplo de los partidos políticos y el terrorismo⁸⁶¹, o como se desprende de la STC 12/2008 recién comentada.

⁸⁶⁰ El artículo establece: *“Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico.*

En las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las Elecciones de las citadas Asambleas Legislativas”.

⁸⁶¹ MARTIN-RETORTILLO (2011:116, nota al pie 78) relaciona lo anterior con el artículo 6 CE que, refiriéndose a los partidos políticos, prevé que: *“Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”.* También este punto puede vincularse con los casos sobre “discurso del odio” y las dudas sobre cuál es el alcance de estos supuestos (*infra* Sección 4.2.2, especialmente nota al pie 1245). Asimismo, y en vinculación de ello con el terrorismo, indica la doctrina que la incitación a éste se vio ampliada, ensanchándose los casos de limitación a la libertad de expresión, o de otras libertades, ya no exclusivamente en supuestos que impliquen una incitación a la violencia. El punto puede ser observado en el Caso Leroy

En este aspecto es interesante lo que sostiene RUIZ MIGUEL al referir a la STC 43/2003, por cuando si bien afirma que España no configura un modelo de democracia militante -seguramente en referencia, una vez más, a lo que aquí denomino como Constitución militante-, aclara que *“no permite exigir más que el acatamiento a las propias reglas del juego constitucional”*⁸⁶². En similar punto se pronunció MORALES ARROYO, al destacar que la CE no es militante, vertiendo énfasis en la libertad y neutralidad del Estado respecto de las ideologías, *“salvo que se deseen quebrantar los pilares básicos de nuestro régimen democrático”*⁸⁶³. En este mismo sentido, DÍAZ REVORIO expresó que si bien la CE no responde a una “democracia militante” (léase “Constitución militante”), en relación con los partidos políticos *“existen limitaciones que afectan a su actividad y a los medios utilizados, o incluso a los fines (prohibición de perseguir fines ilícitos, obligación de respetar la Constitución y los principios democráticos en su actividad, y exigencia de democracia interna para los partidos políticos). Tales limitaciones y prohibiciones garantizan un «mínimo democrático»”*⁸⁶⁴.

Lo anterior lleva a concluir que, si bien el sistema español no es de Constitución militante, sí propugna cierto mínimo de valores democráticos, sí es un régimen de defensa democrática, y ello necesariamente se inserta en el contenido del orden público.

Este mismo análisis puede llevarse a cabo en el marco del artículo 55.2 CE⁸⁶⁵, que establece: *“Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas*

vs. Francia del TEDH según es mencionado por ROLLNERT (2014:252). Al respecto puede verse: ROLLNERT (2014:231-262) y (2019:81-109). Volveré sobre estos dos aspectos más adelante (*infra* Sección 4.2.2).

⁸⁶² RUIZ MIGUEL (2008:346).

⁸⁶³ MORALES ARROYO (1994:307). En este mismo punto sostiene de igual forma GARCÍA ROCA (2005-B:740): *“En suma, concluyo que la democracia constitucional no puede excluir proyectos políticos por chocantes o impactantes que resulten -ha dicho el Tribunal de Estrasburgo en el caso del Partido de la Prosperidad- salvo cuando los medios o los fines sean incompatibles con su misma supervivencia”*. El caso referido del TEDH será analizado especialmente más adelante (*infra* 4.2.2).

⁸⁶⁴ DÍAZ REVORIO (2004:142).

⁸⁶⁵ Me detendré únicamente sobre el artículo 55.2 CE, pero no sobre los estados de excepción (artículo 116 CE), por ser el primero el que se vincula con lo que vengo abordando y el que presenta una mayor aplicación práctica actual. Respecto de los demás estados de excepción, es posible consultar, entre otros: CRUZ VILLALÓN (1984); y CATOIRA (2011).

*determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas*⁸⁶⁶.

La norma no posee precedentes en el constitucionalismo español ni europeo, aunque sí en diversa legislación existente como respuesta al terrorismo, tanto en España como en otros países de Europa⁸⁶⁷. Se trata de una solución que la propia Constitución da al fenómeno del terrorismo, ante el *“peligro que el mismo implica para la vida y la integridad de las personas y para el propio orden democrático”* (STC 199/1987, FJ2; y 71/1994, FJ 3). Se permite, a través de una ley orgánica⁸⁶⁸, suspender determinadas garantías y derechos (tiempo máximo de detención de 72 horas, inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones), a personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Todo ello en el bien entendido de que, según ha establecido el TCE, estas expresiones (bandas armadas y elementos terroristas) deben ser objeto de interpretación restrictiva y en forma conjunta: *“El concepto de «bandas armadas» ha de ser interpretado así restrictivamente y en conexión, en su transcendencia y alcance, con el de «elementos terroristas» mencionado en el precepto constitucional”* (STC 199/1987, FJ 2). No obstante, el TCE también lo ha extendido a los rebeldes (STC 199/1987, FJ 2)⁸⁶⁹.

⁸⁶⁶ Respecto de un pormenorizado análisis de la hipótesis del 55.2 CE véase: CRUZ VILLALÓN (1984:145 y ss.); FERNÁNDEZ SEGADO (1985); LAMARCA PÉREZ (1985:359-444); REQUEIJO RODRÍGUEZ (2008). Asimismo, cabe agregar que la redacción original distaba mucho del texto aprobado. Tal narra FERNÁNDEZ SEGADO (1985:135) *“en los dos primeros textos se contemplaba la privación temporal de una serie de derechos y libertades por razones de seguridad del Estado o de protección de la moral o de los mismos derechos y libertades de los ciudadanos”*. En igual sentido: LAMARCA PÉREZ (1985:360-361).

⁸⁶⁷ FERNÁNDEZ SEGADO (1985:124); y REQUEIJO RODRÍGUEZ (2008:1208). Volveré sobre el tema del terrorismo en Europa en el capítulo siguiente. Asimismo, respecto de las medidas adoptadas en esta materia en Estados Unidos puede verse: DWORKIN (2006:41 y ss.).

⁸⁶⁸ Las leyes expedidas en relación a este artículo fueron las siguientes: Ley orgánica 11/1980, del 1 de diciembre, derogada por la Ley orgánica 9/1984, del 26 de diciembre, derogada por la Ley orgánica 3/1998, del 25 de mayo. Esta última fue derogada por la Ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre. La hoy vigente es la Ley orgánica 4/1988, del 25 de mayo; aunque fue objeto de declaración de inconstitucionalidad en algunas de sus disposiciones por STC 71/1994. Asimismo, tal narra SERRA CRISTÓBAL (2016:500) la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en redacción dada por la Ley Orgánica 13/2015, también incluye hipótesis especiales para estos casos.

⁸⁶⁹ En la STC 199/1987, en la que se analiza la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 9/1984, se indica primero que la interpretación debe realizarse restrictivamente, conjugando “bandas armadas” con “elementos terroristas”. No obstante, luego, se incluye a la rebelión: *“Es cierto que el art. 55.2 no ha mencionado expresamente a los rebeldes, sino sólo a las bandas armadas o elementos terroristas. Sin embargo, no cabe duda de que, como señala el Letrado del Estado, la rebelión es la más grave de las acciones delictivas susceptibles de ser realizadas, o intentadas, por una banda armada. Por definición, la rebelión se realiza por un grupo que tiene el propósito de uso ilegítimo de armas de guerra o explosivos, con una finalidad de producir la destrucción o eversión del orden constitucional. (...) Por ello a tales*

La suspensión cuenta con una doble garantía, por demás proclamada en la doctrina: la intervención judicial⁸⁷⁰ y el control parlamentario⁸⁷¹. Asimismo, no se trata de despojar a las personas investigadas de derecho alguno, sino únicamente de permitir una mayor injerencia en los tres derechos antes detallados. En estos e igualmente, el TCE, tanto en la STC 199/1987, como en la 71/1994 (FJ 3), ha acotado el campo de intervención limitando las hipótesis de suspensión, así como las facultades de la autoridad en este marco. A modo de ejemplo, en la STC 199/1987 se invoca el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como límite al margen de actuación del legislador en esta materia, quien no podría fijar un plazo arbitrario de extensión de la detención, sino que debe ceñirse a los Pactos Internacionales y a los criterios de razonabilidad. En consecuencia, se entendió inconstitucional la norma legislativa que permitía la ampliación de la detención por siete días adicionales (STC 199/1987, FJ 8)⁸⁷².

Conforme sostiene RODRÍGUEZ RUIZ, la CE ha incorporado el combate al terrorismo en la propia Constitución, como algo “normal”, entendiéndose el artículo 55.2 CE como fuente, más que de suspensión, de limitación de los derechos que en él se mencionan, si bien de una limitación excepcional. Y como toda excepción, el artículo 55.2 CE requiere una interpretación estricta⁸⁷³. Es más, en cuanto que excepción normalizada, la aplicación de este artículo, si bien polémica y si bien discutible, no puede llevar a suprimir el contenido esencial de un derecho, ni tampoco ampliarse a otros. Se trata más bien de una limitación

rebeldes en cuanto integran el concepto de banda armada del art. 55.2 de la Constitución, les resulta legítimamente aplicable la suspensión de derechos a la que habilita el precepto constitucional” (STC 199/1987, FJ 2).

⁸⁷⁰ A modo de ejemplo, en la STC 199/1987 (FJ 8) se indica: “...la prolongación de la detención gubernativa más allá de las setenta y dos horas no puede ni iniciarse ni llevarse a cabo, de acuerdo a los arts. 17.2 y 55.2 de la Constitución, sin una previa y expresa autorización judicial. Por hacer posible esa prolongación con la mera comunicación o petición de prolongación, sin exigir la previa y expresa autorización del órgano judicial, el art. 13 de la Ley Orgánica 9/1984 es inconstitucional”. Aclara por su parte RODRÍGUEZ RUIZ (2011:187) que la orden judicial debe ser obtenida dentro de las 72 horas.

⁸⁷¹ En el voto particular, parcialmente discrepante, que formula el Magistrado don Pedro Cruz Villalón a la STC 71/1994, que se adhieren los Magistrados Eugenio Díaz Eimil, Alvaro Rodríguez Bereijo, Julio Diego González Campos y Carles Viver Pi-Sunyer se hace un especial énfasis en el control parlamentario. No obstante lo dicho, FERNÁNDEZ SEGADO (1992:507) cuestiona que el control sea efectivo.

⁸⁷² Esta suspensión se ha flexibilizado para cubrir la posibilidad de incomunicación de detenido (STC 200/1997; 127/2000, FJ 3; 7/2004, FJ 4), siempre previa orden judicial. Asimismo, y pese a lo anterior el TCE es enfático en entender que esta extensión no se da a otros derechos, como la libertad de expresión (STC 199/1987, FJ 11 y 12)

⁸⁷³ RODRÍGUEZ RUIZ (2011:190).

sujeta a los supuestos de hecho exigidos, a los fines previstos, al control jurisdiccional y al principio de proporcionalidad⁸⁷⁴.

En definitiva, se trata de proteger el orden democrático, si bien integrando dentro de él a los derechos fundamentales. Así, a pesar de que España no sea un modelo de Constitución militante, sí establece cierto mínimo a ser cumplido, mínimo que incluso habilitaría la limitación individual de ciertas garantías, en determinados casos⁸⁷⁵, pero mínimo que, a la vez, debiera asegurar también ciertos derechos y valores. Esto nos lleva a una interrogante clave en este aspecto: ¿cómo se compatibiliza el Estado democrático y de protección de derechos, frente a este caso que permitiría la restricción de garantías? Mayor aún, se trata de una hipótesis de excepcional aplicación, pero que en la práctica se ha normalizado⁸⁷⁶ o, al menos, ha dado paso a lo que CARRASCO DURÁN denomina “estado de tensión”⁸⁷⁷. Es lo que DE OTTO planteaba con la siguiente pregunta: “[¿]cómo se concilian teórica y prácticamente el carácter abierto de la democracia y la ilegalización de opciones políticas determinadas y dónde está el límite más allá del cual la exclusión de estas últimas pone en peligro el carácter democrático del sistema y deteriora, en rigor amenaza con destruir, su base

⁸⁷⁴ Este caso también demuestra que un análisis del fin debe ser precedido al empleo del principio de proporcionalidad. Ello se denota tras el ejemplo dado por ALEXY (2017:41-42) al analizar la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán, del año 2006, sobre filtración de datos electrónicos. En el caso, y en la etapa de la ponderación, hay argumentos contrapuestos para justificar, o no, la medida contra el terrorismo, lo que pone de manifiesto que la ponderación, de por sí, es insuficiente. Me remito a lo expuesto en el Capítulo I.

⁸⁷⁵ En este sentido TORRES MURO (2012:449), citando a TENORIO SÁNCHEZ menciona que nos encontraríamos ante un nuevo modelo de democracia militante “*en el sentido de que las actuales democracias, ante el desafío del terrorismo ubicuo de carácter global han de aceptar ciertas modalidades en determinados derechos fundamentales en concretos supuestos*”.

⁸⁷⁶ Respecto del caso español puede consultarse: RODRÍGUEZ RUIZ (2011). Por su parte, FERNÁNDEZ SEGADO (1985:181-182) resaltaba la necesidad de que las leyes de esta naturaleza sean temporales; “*no debe eternizarse*” dado que “*su prolongación en el tiempo supone una importante devaluación del Estado de Derecho*”. Esta posición fue adoptada por el TCE en STC 71/1994 (FJ 3). Por su parte, CRUZ VILLALÓN (1984:150-155) discute este punto, por cuanto agrega que la Ley 11/1980 incorporó indefinidamente el instituto en el Derecho Español, por lo que si bien aclara que la aplicación debe realizarse en casos excepcionales y cuando se acredite una “*situación de grave peligro para la seguridad del Estado como consecuencia de la actividad terrorista*”, agrega que “*el instituto lleva camino a quedar incorporado al panorama constitucional ordinario*”. En similar sentido se manifestó LAMARCA PÉREZ (1985:365-369).

⁸⁷⁷ CARRASCO DURÁN (2010:22). Sostiene el autor: “*Ello ha dado lugar al surgimiento de un tercer estado, intermedio entre el estado de normalidad y los estados de excepción, que podemos denominar como «estado de tensión». En tal situación, la normalidad de la vida en el Estado se ve sometida a un peligro de naturaleza e intensidad en un grado extraordinario, que puede concretarse en cualquier momento con graves consecuencias para las personas y que da lugar a una sensación generalizada de inseguridad. Sin embargo, dicho peligro no alcanza una intensidad suficiente para poner en riesgo la estabilidad del sistema constitucional*”.

*psicosocial al mermar la confianza en el sistema constitucional y en los procedimientos que éste configura[?]*⁸⁷⁸.

En el caso del artículo 55.2 CE se trata, por una parte, de defender el *mínimo democrático*, proscribiendo los actos de terrorismo y facilitando su investigación con tal fin. Sin embargo, por otra parte, se trata de suspender ciertas garantías de la libertad de las personas, del secreto de sus comunicaciones y de su domicilio. Ante ello, cabe cuestionarse: ¿Estos derechos componen el mínimo que da contenido al orden público, o pueden ser suspendidos, invocando salvaguardar el mismo orden público?

Esta interrogante fue ya planteada en las Cortes Constituyentes. Sostenía CUERDA MONTOYA: “...*junto al estado de excepción de carácter generalizado, aquí se contempla una posibilidad de que para determinadas personas y en relación con determinadas investigaciones sobre actuaciones de bandas armadas o elementos terroristas, puedan establecerse unas circunstancias de excepcionalidad que no requieran declaración de estado de excepción. Nosotros no podemos apoyar este apartado 2, porque nos parece que esta excepción en relación con el estado de excepción podría, en cualquier caso, efectivamente, constituir un grave atentado al ordenamiento jurídico constitucional que intenta establecerse*”⁸⁷⁹. Por su parte, sostiene PÉREZ ROYO que esta norma “*abre la posibilidad de un trato discriminatorio con base en la propia Constitución*”, agrega que “*el tema jurídicamente es muy fuerte. Por eso ha sido tan polémico*”⁸⁸⁰.

Para el TCE, sin embargo, la limitación se justifica “*en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y, por otra, ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático*” (STC 25/1981, FJ 5 y 74/1994, FJ 3).

⁸⁷⁸ DE OTTO (1985:19).

⁸⁷⁹ Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:2203). Congreso, 12 de julio de 1978. Cabe agregar, igualmente, que el ponente luego matiza la posición al invocarse que los defectos quedarían paliados con la intervención judicial y el control parlamentario que prevé el artículo. En el marco del Senado, otros ponentes también desaprobaron el texto, como BANDES MOLET (Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:3718 y ss.). Senado, 31 de agosto de 1978.

XIRINAX DAMIANS, por su parte, agregaba otra perspectiva. Pues, para él, el texto trataba de “*evitar que los derechos reconocidos en los artículos 16 y 17 puedan ser utilizados por bandas armadas y elementos terroristas para burlar la acción de la ley*”. Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:3722). Senado, 31 de agosto de 1978.

⁸⁸⁰ PÉREZ ROYO (2014: 850).

Parecería, entonces, que ciertas reglas, cierto orden democrático, ciertos procedimientos, y ciertos valores subyacentes, debieran ser respetados como mínimo democrático incuestionable. Entiendo, entonces, que cierto *mínimo* integra la noción de orden público, y que, en consecuencia, su caracterización y delimitación se transforman en esenciales y primordiales, pues este es el único límite que la CE prevé para el accionar de un partido político o de una institución religiosa; es lo que, en casos excepcionales, y bajo determinados supuestos, permite, incluso, restringir ciertas garantías; y es lo que, en definitiva, obraría de límite a las libertades ideológica y religiosa, en sus dimensiones externas.

Es necesario igualmente precisar, tal lo hizo DE OTTO, que la afirmación antes realizada debiera ir acompañada de *“medidas necesarias para mantener el equilibrio del sistema constitucional mediante una paralela limitación del poder público”*⁸⁸¹. Pues, el afirmar cierto mínimo de defensa democrática, visto desde la esfera contraria, implicaría una merma en la libertad de las personas a los efectos de su tutela⁸⁸².

Por ello, este orden público debe, sin dudas, ser de *mínimos*⁸⁸³ y ser interpretado en forma estricta (STC 20/1990, FJ 5; 46/2001, FJ 9; 112/2016, FJ 2)⁸⁸⁴. Asimismo, corresponderá acreditar que se afecta en el caso concreto (STC 47/1985, FJ 5) y una vez entendamos que ello ocurre, la jurisprudencia igualmente aplica los requisitos ya analizados en el Capítulo I de este trabajo para limitar derechos fundamentales; en este caso superar una *rigurosa* ponderación (STC 20/1990, FJ 4; 177/2015, FJ2)⁸⁸⁵.

⁸⁸¹ DE OTTO (1985:27). En igual punto se manifiesta SERRA CRISTÓBAL (2016:502) en cuanto entiende necesario encontrar un equilibrio: *“Una respuesta al terrorismo yihadista que sea sensible al respeto a los derechos humanos no parece ser incompatible con la salvaguarda de la seguridad. Porque, si se admite que cualquier cosa vale para hacer frente al terrorismo, podría acabar atentándose contra los mismos valores democráticos y de Derecho que se pretenden proteger en las Constituciones y en la UE”*.

⁸⁸² DE OTTO (1985:26-27).

⁸⁸³ RODRÍGUEZ RUIZ (2016:207).

⁸⁸⁴ En igual sentido: LLAMAZAREZ FERNÁNDEZ (2001:190 y 202). En este punto cabe añadir que el TCE si bien consciente de la vinculación entre la libertad ideológica, en su dimensión externa, con la libertad de expresión, rechaza la subsunción del primer derecho en el segundo y, por tanto, la aplicación de los límites previstos en el artículo 20.4 CE para los supuestos de libertad ideológica (STC 20/1990, FJ 3). Sobre este punto y en igual posición puede verse LÓPEZ CASTILLO (1999:94); MORALES ARROLLO (1994:296-297).

⁸⁸⁵ Respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad en estos casos véase: STC 141/2000 (FFJJ 5 y 6); 254/2002 (FFJJ 7 y 12); 51/2011 (FJ 4) y 112/2016 (FJ 2). Asimismo, en este mismo sentido véase: LÓPEZ CASTILLO (1999:99); CAÑAMARES ARRIBAS (2005:31); BARRERO ORTEGA (2006:191); PORRAS RAMÍREZ (2006:91-92); RODRÍGUEZ RUIZ (2016:207); y ESPINOSA DÍAZ (2016:58). Esta última autora relaciona la aplicación del principio de proporcionalidad con la exigencia de que la limitación sea necesaria en una “sociedad democrática”, exigencia del CEDH y de la LOLR. Al respecto *infra* Capítulo IV.

Sin embargo, el problema sigue estando en la delimitación del orden público: quién lo define, hasta dónde, cuál es su componente. Estas cuestiones serán objeto de desarrollo en el siguiente apartado.

3.2.2.3.- La libertad ideológica y religiosa frente al orden público: desarrollo doctrinario y jurisprudencial. Algunos cuestionamientos en torno a su ampliación.

Pasando ya a analizar qué es el orden público y cuáles son sus componentes, estudiaré los antecedentes de la CE y las definiciones dadas por la doctrina, para luego concentrarme en la jurisprudencia del TCE.

La inclusión del “orden público” como posible límite a la libertad ideológica y religiosa fue altamente discutida en el proceso constituyente. Este papel de la idea de “orden público” parecería tener cimientos en el Concilio Vaticano II⁸⁸⁶, siendo un orden que se define a base de libertad⁸⁸⁷. Otros autores le emparentan con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁸⁸⁸ que en su artículo 10 ya establecía que: *“Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley”*.

En el marco del Concilio Vaticano II⁸⁸⁹, la Declaración denominada *Dignitatis Humanae* tuvo por especial objeto la libertad religiosa, estableciendo un ámbito de inmunidad para su ejercicio, siempre que con el mismo no se vulneraren *“las justas exigencias del orden público”*⁸⁹⁰. El orden público es abordado en este documento como un concepto más limitado pero relacionado con el del “bien común”⁸⁹¹. Se hace especial referencia a que el mismo no es

⁸⁸⁶ Así lo hace notar FRAGA IRIBARNE en: Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:2470). Congreso, 18 de mayo de 1978.

⁸⁸⁷ FRAGA IRIBARNE refiere puntualmente a que en el mencionado Concilio Vaticano II *“se habla claramente de la libertad religiosa, perfectamente compatible con el principio de una religión verdadera, pero vista desde el ángulo de los derechos humanos y de la dignidad de la persona, y se define el orden público dentro del cual se mueve esa libertad religiosa, justamente como un orden público -creo que la frase es genial- creado a base de libertad. Es decir, el orden público como elemento consustancial de libertad”*. Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:2471). Congreso, 18 de mayo de 1978.

⁸⁸⁸ LOPEZ CASTILLO (1999:93); GARCÍA COSTA (2007:203); BARRERO ORTEGA (2006:185); PORRAS RAMÍREZ (2006:89). Para MARTIN-RETORTILLO (1983:296) la fórmula empleada es similar a la francesa, pero el constituyente español no se inspiró en esta, sino en el Concilio Vaticano II.

⁸⁸⁹ A los efectos de profundizar en la doctrina del Concilio Vaticano II, véase COCIÑA Y ABELLA, (1993: 312-366).

⁸⁹⁰ Concilio Vaticano II (1965).

⁸⁹¹ Concilio Vaticano II (1965). MARTIN-RETORTILLO (1983:296-297) reconoce que en esta Declaración la noción de orden público adquiere un tono de gran amplitud. CALVO (1983:24), aunque sin

una noción arbitraria, ni permite favorecer injustamente a una parte; sino que trata del ejercicio del derecho bajo la órbita de la responsabilidad personal y social. Serían componentes del orden público: (i) el respeto por los derechos de las demás personas; (ii) la ordenada convivencia en la verdadera justicia⁸⁹²; y (iii) la moralidad pública⁸⁹³.

En este mismo sentido, algunos de los constituyentes, como FRAGA IRIBARNE, consideraron que el orden público no es un término ambiguo, sino un concepto jurídico indeterminado⁸⁹⁴, el que refiere a lo *“que una sociedad considera aceptable básicamente como conducta. Esto, por ejemplo, pone un límite a una religión, por muy practicada que sea dentro de la fe, que impusiera el suicidio de las viudas o el sacrificio humano u otras semejantes”*⁸⁹⁵. Por el contrario, otros grupos parlamentarios sostuvieron que el concepto no era el adecuado, pues su concreción dependería de la posición de los gobiernos, quienes podrían darle un contenido más o menos amplio y, con ello, crear discriminaciones en las personas⁸⁹⁶.

La doctrina tampoco es unánime al dar una significación al orden público. Para PORRAS RAMÍREZ este término hace referencia a *“la necesidad o conveniencia de garantizar unas condiciones materiales de vida dignas, para hacer posible una convivencia social armónica. Equivale, pues, a una «situación*

referir a la Declaración, vincula el concepto de orden público con el de bien común, estableciendo que *“la noción de orden público garantiza, con una particular eficacia, la satisfacción del interés general de la sociedad, que no es otro que el Bien Común”*. El Consejo de Estado Francés (1999), por su parte, si bien admite esta limitación, concluye que la noción de interés general ha superado a la de bien común, de contenido más religioso y moral.

⁸⁹² Este componente se vincula con una “honesta paz pública”.

⁸⁹³ Concilio Vaticano II (1965).

⁸⁹⁴ Para BARRERO ORTEGA (2006:199 y 219), el ser un concepto jurídico indeterminado se explica por estar vinculado a una realidad esencialmente cambiante, y la aplicación del mismo remite siempre a una única solución justa: o se atenta contra el orden público, o no. Esta posición sobre los conceptos jurídicos indeterminados es la que fue analizada *supra* Sección 2.1. A pesar de ello, otros autores como ESPINOSA DÍAZ (2016:54), puntualizan que el ser, justamente, un “concepto jurídico indeterminado” constituye un problema, dado que el mismo es propicio a ser objeto de valoraciones morales y éticas. En similar sentido, TORRES GUTIÉRREZ (2003:244) y DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:27 y 72).

⁸⁹⁵ Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:2471). Congreso, 18 de mayo de 1878.

⁸⁹⁶ Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:2471). Congreso, 18 de mayo de 1878. Hago referencia a la ponencia de TAMAMES GÓMEZ quien expone que *“...el concepto de orden público puede ser utilizado en forma muy distinta según la composición de los sucesivos gobiernos, y, por tanto, pueden surgir de manera sutil doctrinas como la que me he referido, que sin ir de una manera frontal contra la Constitución, aplicando el concepto de orden público, puedan crear discriminaciones de hecho en los derechos de los ciudadanos, y especialmente en los derechos de las personas que están dentro de la Administración pública, o incluso en los medios de información de masas y en otras actividades del ámbito público”*.

o estado de normalidad»⁸⁹⁷. Para MARTIN-RETORTILLO se trata de una “expresión odiosa” que no solo refiere a los altercados o alborotos en la calle o en el templo, este último derivado de la doctrina francesa⁸⁹⁸. Por el contrario, otros defienden su presencia en el ordenamiento jurídico⁸⁹⁹, y lo relacionan con los principios básicos de la organización estatal, sosteniendo que el orden público los contiene, junto con los derechos fundamentales y libertades públicas⁹⁰⁰. En este punto, se enfatiza que el recelo a la cláusula del orden público puede ser matizado si entendiéramos este límite como la mera traducción de los valores constitucionales⁹⁰¹.

Similar sentido le asigna RODRÍGUEZ RUIZ al puntualizar que el orden público debe ser entendido como el respeto al “orden democrático de convivencia”. Le asigna tres características de importancia: a) ser de *mínimos*; b) estar sujeto a una interpretación favorable a la libertad; y c) ser determinado por el Poder Judicial, y no por la autoridad gubernativa⁹⁰².

Por su parte, BARRERO ORTEGA agrega que el concepto es cambiante y se concretiza en cada momento, pero es un punto de referencia al que deberá ajustarse el ordenamiento jurídico para su plena perfección⁹⁰³. El orden público es entendido, según este autor, como una objetivación de determinadas convicciones sociales⁹⁰⁴. Es definido con un aspecto instrumental, esto es, la sumisión a la ley y al ordenamiento jurídico⁹⁰⁵, y uno material, “*un nivel mínimo de garantías materiales de pacífica convivencia ciudadana, exigido por la conciencia social para que esa convivencia tenga un sentido positivo*”⁹⁰⁶.

Esta doble dimensión del concepto también es observada por PORRAS RAMÍREZ: la garantía de un determinado sometimiento a la ley en aras de

⁸⁹⁷ PORRAS RAMÍREZ (2006:104).

⁸⁹⁸ MARTIN-RETORTILLO (1983:297-299).

⁸⁹⁹ En este punto SORIANO (1990: 86-88) enfatiza en su presencia como limitador del abuso que, históricamente, ha habido en algunas confesiones religiosas “*porque bajo la defensa de la intimidación de las creencias religiosas se pueden ocultar dogmas contrarios a los derechos básicos de la persona*”.

⁹⁰⁰ CAÑAMARES ARRIBAS (2005:27).

⁹⁰¹ TORRES GUTIÉRREZ (2003:245).

⁹⁰² RODRÍGUEZ RUIZ (2016:207).

⁹⁰³ BARRERO ORTEGA (2006:197-206).

⁹⁰⁴ BARRERO ORTEGA (2006:202).

⁹⁰⁵ El autor diferencia el incumplimiento y demás infracciones a la ley, las que tienen una respuesta determinada, de la ruptura abierta del ordenamiento público como criterio básico de convivencia. BARRERO ORTEGA (2006:205).

⁹⁰⁶ BARRERO ORTEGA (2006:206). En similar sentido se había expresado MARTIN-RETORTILLO (1983:311).

asegurar condiciones mínimas para la pacífica coexistencia y, en última instancia, el garantizar los derechos, más que limitarlos⁹⁰⁷. Por una parte, entonces, se descarta toda ruptura abierta del ordenamiento jurídico y, por otra parte, en su aspecto positivo, se hace referencia al mantenimiento de un nivel mínimo de garantías materiales, punto de exigencia que el propio sentir colectivo determinaría⁹⁰⁸.

Dicho esto, desde la perspectiva de la Administración, el orden público *“hace referencia siempre a la actuación encaminada a velar para que la vida ciudadana se desenvuelva básicamente dentro del sometimiento al imperio de la ley, dentro del marco constitucional democráticamente establecido, y con la garantía de unos niveles mínimos de seguridad, salud, tranquilidad y moralidad que hagan posible aquella vida ciudadana en paz, como punto de partida precisamente para el disfrute no teórico, sino real (art. 9.2 CE), de unas libertades públicas, de un bienestar personal y social, etc.”*⁹⁰⁹.

En lo que refiere a la jurisprudencia, el TCE no da una definición precisa del contenido del “orden público”⁹¹⁰. No obstante, desde temprano sostuvo que: *“es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto”* (STC 19/1985, FJ 1). La cláusula del orden público no es abierta ni puede aplicarse por meras sospechas sobre comportamientos futuros; *“el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad”* (STC 46/2001, FJ 10)⁹¹¹.

MORALES ARROYO puntualiza que el mantenimiento del orden público es un *resultado*⁹¹². La primera comprobación ante una limitación será, entonces, determinar si la misma tiene una conexión teleológica con el mantenimiento del orden público, pues, de lo contrario, será ilegítima. Se requiere, entonces, prueba

⁹⁰⁷ PORRAS RAMÍREZ (2006:104-105); y (2013:61-62).

⁹⁰⁸ BARRERO ORTEGA (2006:209).

⁹⁰⁹ BARRERO ORTEGA (2006:212).

⁹¹⁰ ESPINOSA DÍAZ (2016:55).

⁹¹¹ Este precepto es citado, asimismo, en el voto particular a la STC 177/2015 realizado por la Magistrada Adela Asua Batarrita al que se adhirió el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré.

⁹¹² MORALES ARROYO (1994:290).

de la afectación en el caso concreto, aunque también podría ser cautelarse de acreditarse el peligro o riesgo en cuestión (STC 46/2001, FJ 10)⁹¹³.

Un particular ejemplo de esta doctrina lo constituye la sentencia dictada en relación con la inscripción de la Iglesia de la Unificación como institución religiosa. Los fallos de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo entendieron acorde a derecho el rechazo del registro, por concluir que los fines de dicha entidad eran contrarios al orden público⁹¹⁴. El TCE, sin embargo, otorgó el amparo -aunque con votos discordantes⁹¹⁵-, puntualizando que la Administración no debe juzgar el componente religioso de los solicitantes y que, en España, no se habían producido hechos que acreditasen la necesidad de recurrir a una utilización cautelar o preventiva de la cláusula del orden público para impedir el acceso al Registro a la mencionada Iglesia de la Unificación (STC 46/2001, FJ 10 y 13). Se analiza al “orden público” realizando, en definitiva, un juicio de proporcionalidad, pues se estudia la necesidad de esta medida, no ahondando, en definitiva y tal lo apuntado en el Capítulo I, en su significación, sino en la proporcionalidad de una eventual limitación.

En lo que refiere a cuáles son los actos que inciden en el “orden público”, el TCE se sirve, para delimitar su contenido y con base en el artículo 10.2 CE⁹¹⁶, de lo dispuesto por el artículo 9.2 CEDH⁹¹⁷ y en el artículo 18.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así entonces, establece que: *“Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos*

⁹¹³ Asimismo, en el voto particular concurrente del Magistrado Roberto García-Calvo y Montiel a la STC 101/2004 se explicita para el caso, referido a la obligatoriedad o no de un Subinspector del Cuerpo Nacional de Policía de prestar servicios en una procesión religiosa de Semana Santa, que el fin del cuerpo de policía era contribuir a la solemnidad del acto, pero el objeto de garantizar el orden público era en todo caso accesorio.

⁹¹⁴ En este mismo sentido se pronunció la Sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso *Iglesia de la Unificación c/ Subsecretaría de Justicia*, dictada el 15 de setiembre de 2005. Para un comentario a la misma, véase DEL PICÓ RUBIO (2013:451-494).

⁹¹⁵ La discrepancia procede del Magistrado Manuel Jiménez de Praga y Cabrera y tuvo la adhesión de los Magistrados Rafael de Mendizábal Allende, Francisco Garrido Falla y Guillermo Jiménez Sánchez. Se basan en que: a) la inscripción registral no forma parte del contenido esencial del derecho de libertad religiosa; y b) la mayoría no consideró la historia de la Iglesia de la Unificación, con sucesos protagonizados en diversos países.

⁹¹⁶ En el Capítulo IV, Sección 4.1.1, me detendré sobre el contenido y la significancia del artículo 10.2 CE. En igual sentido a lo que vengo comentado se pronuncia ESPINOZA DÍAZ (2016:56) agregando que la jurisprudencia del TEDH en relación con estos términos es completamente trasladable a lo interno, sin perjuicio de que los conceptos sean cambiantes de acuerdo a la época.

⁹¹⁷ LOPEZ CASTILLO (1999:99) reconoce la vinculación de la LOLR con el artículo 9.2 del CEDH y, en estas, los desarrollos de la doctrina francesa.

fundamentales obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para `la seguridad, la salud y la moralidad pública´, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto” (STC 46/2001, FJ 10; 154/2002, FJ 7).

La seguridad, la salud y la moralidad públicas parecerían, entonces, ser, para el TCE, componentes de la noción de “orden público”. En este mismo sentido se ha expresado la doctrina⁹¹⁸; pues son los elementos que la Ley Orgánica 7/1981, del 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR) prevé como integrantes del orden público⁹¹⁹, siendo que el propio artículo 16 CE se remite a la Ley para su delimitación⁹²⁰. Así entonces, el TCE en la STC 154/2002 los toma como “*elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática*” (STC 154/2002, FJ 7)⁹²¹. No obstante, en el mismo fallo, aunque más adelante, explicita que: “*A partir de los arts. 9.2 CEDH y 18.3 PIDCP, anteriormente citados, podemos **integrar**, asimismo, en esa noción de orden público la seguridad, la salud y la moral públicas (como por otra parte se cuida de hacer el art. 3.1 LOLR)*” (STC 154/2007, FJ 13 –mi negrita-). En este último pasaje se da a entender, entonces, que el orden público es distinto

⁹¹⁸ Sostuvo FERNANDEZ SEGADO (1998:299) que: “*El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática*”. En el mismo sentido: SORIANO (1990:87); LOPEZ CASTILLO (1999:99-104); GARCÍA COSTA (2007:202); CAÑAMARES ARRIBAS (2005:27); BARRERO ORTEGA (2006:186-187); PORRAS RAMÍREZ (2006:93) y (2013:55); PÉREZ ROYO (2014: 263) y XIOL RIOS (2001:25).

Por su parte, CALVO (1983:255) coincide con esta posición, pero aclara que “*la seguridad, como la salud y, también la moralidad pública son elementos constitutivos del orden público externo o social y, no propiamente del orden público interno o jurídico*”. El autor asimila el orden público externo o social con el “orden en la calle”, distinguiéndolo del orden público jurídico o intrínseco al ordenamiento que, al desenvolverse en el ámbito de los principios, permanece oculto.

⁹¹⁹ El artículo tercero de la LOLR establece: “*El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática*”.

⁹²⁰ A este respecto SORIANO (1990:87) califica como buena la necesidad de concreción legal que se incorpora al artículo 16 de la CE, ya que la ley -que también debiera dejar cierto margen de actuación-, limita al Poder Ejecutivo y al Judicial, siempre que la concreción esté en consonancia con los valores jurídicos de una sociedad democrática.

⁹²¹ Asimismo, en el voto a la STC 177/2015 de la Magistrada Adela Asua Batarrita, al que se adhirió el magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré se hace referencia al orden público como las “*condiciones básicas de seguridad de la convivencia democrática*”.

de la seguridad, salud y moral públicas, aunque todos ellos son límites de los derechos que estamos tratando.

En el mismo sentido, la LOLR resolvió la cuestión al incorporar los tres conceptos dentro del “orden público protegido por la Ley” al que remite el artículo 16 CE. Me detendré a realizar una consideración en este punto. Y es que el razonamiento del TCE desde la STC 62/1982 llevaría a ampliar los límites constitucionales a los derechos, integrando por la vía del artículo 10.2 CE otras restricciones, siempre que no vulneren su contenido esencial, una doctrina que, según lo abordado en el Capítulo I, no comparto, pues conlleva a ampliar los límites a los derechos (*supra* 1.3.2)⁹²².

Asimismo, el TCE no ahonda en el contenido de cada uno de estos términos, sino en si las restricciones del derecho a la libertad religiosa adoptadas para alcanzarlo superan el juicio de proporcionalidad, crítica que ya he expuesto en el Capítulo I y que se confirma en el análisis jurisprudencial que aquí se realiza. Pues ese es el elemento definidor de la constitucionalidad de la limitación, siendo que el detenimiento en el análisis del contenido del fin legítimo -en este caso el orden público- es apenas escasa. No obstante, y a pesar de no desarrollar una doctrina que explicita con detalle el significado de cada uno de los términos, el TCE aclara que la “seguridad pública” se relaciona con el deber estatal de protección de personas y bienes, así como con el mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadanos (STC 33/1982, FJ 3), aunque ello no se agota en la función estrictamente policial (STC 104/1989, FJ 4; STC 235/2001, FJ 6), ni implica la identidad, en sus definiciones, de orden público y seguridad⁹²³. Esta última se garantizaría, tanto frente a actos de otras personas, como frente a fuerzas naturales o hechos accidentales, y comprendería medidas de prevención, de aminoramiento y de reparación de daños⁹²⁴. Asimismo, y en aplicación del artículo 10.2 CE, CALVO⁹²⁵ sostiene que el término deberá interpretarse en consonancia con los distintos tratados internacionales en

⁹²² En este mismo sentido, cabe citar a DE OTTO y VIVES ANTÓN quienes, con base en el principio interpretativo se manifiestan contrarios a la posición del TCE. Véase GARCÍA COSTA (2007:202). También DE OTTO (1988:115) y MEDINA GUERRERO (1996:88-89). En el sentido contrario se manifiesta BARRERO ORTEGA (2006:232). Puede verse también *supra* nota al pie 293.

⁹²³ Sostenía IZU BELLOSO (1988:248) que: “no hay más que leer los artículos 16, 21, 104 y 149 de la Constitución para darse cuenta que se quieren nombrar costas distintas cuando se habla de orden público y de seguridad pública o ciudadana”.

⁹²⁴ IZU BELLOSO (1988:252).

⁹²⁵ CALVO (1983:252)

materia de derechos humanos que España ha ratificado, por lo que cabría entenderlo sobre la base de una efectiva protección de los derechos y libertades fundamentales, lo que lo hace distinguirse del concepto histórico antes acuñado⁹²⁶.

La doctrina señala como ejemplo de afectación a la seguridad pública la problemática suscitada tras la obligación de retirar el símbolo religioso para realizar la fotografía en el documento de identificación. Se encuentra en este caso un interés en la seguridad que se concreta en la adecuada identificación de toda la ciudadanía, lo que eventualmente debiera ser ponderado con el ejercicio de la libertad religiosa⁹²⁷. Entiendo de recibo este ejemplo, siempre que el símbolo religioso impidiese identificar a la persona. En caso contrario, la medida podría tener otro fundamento, tal como evitar la discriminación por razón religiosa, aspecto en el que me detendré más adelante, pero que no se relaciona con un tema de seguridad pública.

La salud se refiere a la “salud pública” o salubridad, esto es, a la existencia de un riesgo para la salud en general (STC 154/2007, FJ 7)⁹²⁸ o a la garantía de determinadas condiciones higiénicas⁹²⁹. La regulación del sacrificio de animales podría estar amparada en este apartado⁹³⁰, al igual que la relativa a posibilidades de contagio de epidemias en ciertos tipos de celebraciones⁹³¹. Podría ser, por ejemplo, la limitación temporal de la realización o la asistencia a ciertos cultos cuando se encuentra en propagación una enfermedad epidémica, o bien cuando la persona afectada presentó síntomas de dichos malestares y se requiere su cuarentena para evitar la propagación o el contagio masivo.

Por su parte, la “moral pública” es un límite impreciso que fue calificado como el “*elemento ético común de la vida social*”, o bien como el “*mínimum ético para la vida social*” (STC 62/1982, FJ 3). Parecería también vincularse a la existencia de ciertos “*valores fundamentales, sobre los que se asienta la*

⁹²⁶ BALLBÉ (1983:462).

⁹²⁷ CAÑAMARES ARRIBAS (2005:34-35).

⁹²⁸ En igual sentido: LÓPEZ CASTILLO (1999:103). Por su parte, BARRERO ORTEGA (2006:209) relaciona este término con el mantenimiento de la potabilidad de las aguas, epidemias e intoxicaciones colectivas.

⁹²⁹ CAÑAMARES ARRIBAS (2005:35). En similar sentido: XIOL RIOS (2001:28).

⁹³⁰ CAÑAMARES ARRIBAS (2005:35); ESPINOSA DÍAZ (2016:57). Asimismo, en profundización del caso de sacrificio de animales y libertad religiosa véase: MARTÍN-RETORTILLO (2007:93-96) y (2003: 221-238).

⁹³¹ PORRAS RAMÍREZ (2006:103-104).

sociedad”⁹³², o bien a una “«bondad ética» de comportamientos externos, y en concreto al nivel de bondad moral exigible para que las conductas públicas no menoscaben las apreciaciones o sensibilidades éticas de los demás”⁹³³. Se hace referencia a reglas de comportamiento que la sociedad entiende como obligatorias y justas, y que dependerán del lugar y del tiempo⁹³⁴. La dificultad para determinar este término y sus componentes se hace evidente, llevando a algunos autores a sostener su posible prescindencia, siendo vacío de contenido en un Estado social y democrático de Derecho⁹³⁵. Aun así, el *mínimum ético* no debiera ser determinado como la “moralidad buena” para la mayoría social, descartando las minorías⁹³⁶; muy por el contrario, si es que tal mínimo es hallable, en mi opinión debiera encontrarse en la Constitución misma, incluidos sus derechos fundamentales que son, no lo olvidemos, instrumentos jurídicos de defensa de las minorías.

En este punto, y como fue antes adelantado, entiendo necesario detenerme en supuestos de prohibición del uso de velo islámico por parte de las mujeres en algunas ciudades de España, o aún en ciertos contextos, como los educativos. El 8 de octubre de 2010, por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de

⁹³² Me refiero a la afirmación de SORIANO (1990:87), en cuanto “...el exotismo y el ritualismo de ciertos comportamientos religiosos contrastan con prácticas en contra de la salud física o mental o de los valores fundamentales, sobre los que se sustenta la sociedad”.

⁹³³ Así lo califica PRIETO ÁLVAREZ (2005:136 y ss.), aunque luego lo precisa con algunos límites, intentando arribar a parámetros objetivos de moralidad.

⁹³⁴ PORRAS RAMÍREZ (2006:94); y (2013:55); y XIOL RIOS (2001:27). En este punto, en Chile, sostiene DEL PICÓ (2013:480) que: “La moral, como referencia conceptual jurídicamente normada constituye un elemento ético de difícil precisión legal, ya que además de las cuestiones anexas a su legitimidad social, es también susceptible de concreciones temporales y especiales diferentes según las distintas épocas y países en los cuales se pretende su imperio”.

⁹³⁵ PORRAS RAMÍREZ (2006:95); y (2013: 55).

⁹³⁶ LOPEZ CASTILLO (1999:103-104); y HERMIDA DEL LLANO (2012:35). Por su parte, GARCÍA COSTA (2007:204) recuerda que esta noción de “moral pública” tiene su precedente en la Ley de Libertad Religiosa de 1967, aprobada por las cortes franquistas y hacía referencia, en particular, a la moral católica. MC CREA (2010:2) argumenta que el concepto de moral pública se encuentra influenciado por concepciones religiosas y culturales. En igual sentido al que propugno, CAÑAMARES ARRIBAS (2005:37) afirma que la moralidad no puede ser la católica o la de la confesión mayoritaria. Respecto del derecho de las minorías en la Constitución Española, véase RUIZ-RICO (1996:99-138).

Por otra parte, cabe citar el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México 234/2014, referido a la prohibición del consumo de marihuana. En el caso se analiza su posible fundamento en el orden público, concluyendo que: “...la prohibición del consumo de marihuana por la mera autodegradación moral que implica no persigue un propósito legítimo. La Constitución no impone un ideal de excelencia humana, permite que cada individuo elija su propio plan de vida y adopte el modelo de virtud personal que considere válido, en tanto no afecte a los demás. Así, las supuestas afectaciones al desempeño social que ocasiona la marihuana -por ejemplo, disminución de productividad laboral del consumidor y el denominado “síndrome amotivacional”- no pueden considerarse como razones válidas para intervenir el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Además, ni de la ley que ahora se analiza, ni de los procesos legislativos que la han reformado, se desprende la intención del legislador de promover un determinado modelo de virtud personal. Como se ha explicado, la ley pretende proteger la salud y el orden público”.

Lleida, se aprobó la modificación de tres artículos de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia, así como la reforma de los Reglamentos que regulan el archivo municipal, el servicio de transporte urbano de pasajeros y el de funcionamiento de los centros cívicos y locales sociales municipales⁹³⁷. Las mencionadas reformas tenían un solo objetivo: impedir, en dichas áreas públicas, el ingreso o su utilización con velo integral, pasamontañas, casco integral y otras vestimentas o accesorios que dificulten la identificación.

No caben dudas que, de todos estos supuestos, el que origina la contienda es el del velo integral, es decir, aquellos elementos que, cubriendo el rostro o aún la cabeza, pudieran ser expresión de una determinada religión. Conforme a la lectura literal del artículo 16 CE, y a lo ya analizado, la prohibición del uso del velo constituye una limitación a la libertad religiosa en su dimensión externa, por lo que, para ser constitucional, debiera estar fundada en la preservación del “orden público protegido por la ley” (STS 693/2013, FJ 9).

En este punto resulta igualmente de particular relevancia distinguir primariamente entre aquellos símbolos que cubren completamente la cabeza y el rostro, como el *Burka* o el *Niqab* (también agrupados bajo la denominación de “velo integral”); de los que no lo hacen, esto es, de los que, como el *Hiyab* o *Foulard*, dejan libre la fisonomía, permitiendo así la identificación. Pues bien, y como fue antes puntualizado, toda consideración de orden público como seguridad cabría únicamente en los primeros, pero no en los segundos. En este sentido, y únicamente en algunos contextos, como el ya mencionado ejemplo sobre la fotografía en el documento de identidad, podría ser justificado que la libertad religiosa se viera restringida a los efectos de salvaguardar el orden público, entendido como seguridad. Pero, a mi juicio, este razonamiento no es aplicable a otros casos, o aún a los demás símbolos.

Sin perjuicio de la razón de seguridad según lo apuntado, la proscripción del velo islámico se encuentra basada igualmente en otros tres argumentos; esto es, en otros tres supuestos que, según se indica, formarían parte del orden público. Para algunos, el portar el velo podría ser sinónimo de una discriminación de género, en la medida en que podría significar actos de sumisión al marido. Tal como se infiere de la STS 693/2013, quienes defienden la limitación aluden

⁹³⁷ Al decir de GRIERA y BURCHARDT (2016:10) la prohibición se enmarcó en el debate ya existente en Francia y en Bélgica y se prefirió como herramienta para detener el radicalismo islámico.

a una *perturbación a la tranquilidad de la cultura occidental*. Se fundamenta, en este sentido, que el uso del velo por mujeres representa una desigualdad hacia este género, así como una sumisión respecto del varón⁹³⁸. Para otros, el uso del velo podría suponer una alteración en la comunicación democrática, en la participación de esa mujer en el espacio público. En este punto sostuvieron GRIERA y BURCHARDT que: *“La naturaleza conflictiva de la polémica del velo integral radica principalmente en el hecho de que contradice las reglas de la interacción urbana basadas en una concepción determinada de orden social - marcado a su vez, por cuestiones de clase, etnia y género-”*⁹³⁹. Ello se vincula con el tercer motivo para la prohibición: el principio de neutralidad religiosa del espacio público. A esto último se relaciona, asimismo, lo antes abordado respecto del posible fundamento en evitar que medidas discriminatorias o desfavorables recaigan sobre este colectivo, por parte de los poderes públicos o de los particulares. Así, entonces, y en el ejemplo de la fotografía, el eliminar un símbolo religioso podría querer justificarse en asegurar una igualdad y no discriminación por razones religiosas.

Hallo en estos supuestos la importancia de precisar al orden público, a la vez que son ejemplificación de su imprecisión, aspecto que se hace más patente al analizar el componente de “moralidad” que se le asigna. Para unos, el orden público es, justamente, la salvaguarda de la libertad religiosa y, en ella, la posibilidad de portar símbolos, tal los distintos tipos de velo. Para otros, en cambio, el orden público es lo contrario. Se trata de un orden público más *occidentalizado*, por lo que aquello que no es *normal* o es ajeno a las costumbres sociales cotidianas y que no se corresponde con la cultura mayoritaria podría ser proscripto.

El caso del uso de velo integral se trató en la STS 693/2013. El TSE parte de un análisis de la jurisprudencia del TEDH para concluir que la misma no

⁹³⁸ En este aspecto puntualiza RODRÍGUEZ RUIZ (2017:245) que el feminismo se encuentra dividido, entre quienes adoptan la postura mencionada, y quienes parten de la capacidad de las mujeres para decidir sobre los símbolos que llevan. Por su parte, expresan GRIERA y BURCHARDT (2016:16) que algunos estudios antropológicos cuestionan esta idea de sumisión frente al poder masculino. También sobre un análisis crítico de este argumento puede verse: NARANJO DE LA CRUZ (2011:289 y ss.).

⁹³⁹ GRIERA y BURCHARDT (2016:23). Sobre este punto también es posible consultar RODRÍGUEZ RUIZ (2017:243-252). Asimismo, este argumento es sostenido en la Sentencia del TEDH S.A.S vs. Francia, 1 de julio de 2014. Esta última será analizada en el Capítulo IV, Sección 4.2.2.

otorga una solución clara al respecto⁹⁴⁰. Sin embargo, el TSE considera dos aspectos fundamentales (STS 693/2013, FJ 10). En primer lugar, y por más que la vestimenta *choque* con las concepciones culturales de España no es posible inferir que la mujer no posee voluntad para su utilización, o bien que no cuenta con los medios para obtener protección si esa fuere su realidad. Tal sostiene CAÑAMARES ARRIBAS, el límite de la “moralidad pública” no puede actuar apriorísticamente, ya que de la utilización del símbolo religioso no se puede inferir dicha conclusión, ni el concepto de moral puede ser utilizado con tal amplitud⁹⁴¹.

En segundo lugar, el TSE se detiene a precisar los efectos que la prohibición podría aparejar para esas mujeres: *“el enclaustramiento de la mujer en su entorno familiar inmediato, si decide anteponer a otras consideraciones sus convicciones religiosas”* (STS 693/2013, FJ 10). Esto último es destacado por RODRÍGUEZ RUIZ, pues llevada la prohibición a sus extremos, se produciría una *“racialización del islam democráticamente pernicioso, por sus efectos estructuralmente discriminatorios, además de proclive a generar problemas de convivencia”*⁹⁴².

Como esta, otras limitaciones de esta índole pueden ser citadas⁹⁴³, no sin advertir que la cuestión se centra en si el orden público se compone por el principio de neutralidad religiosa, es decir, si él se alcanza proscribiendo cualquier símbolo religioso, como parecería es la postura del TJUE⁹⁴⁴; o bien, por el contrario, si el pluralismo religioso y la libre expresión en esta materia son sus integrantes.

⁹⁴⁰ El TSE menciona especialmente los fallos Dahlab vs. Suiza, 15 de febrero de 2001, y Leyla Sahin vs. Turquía, 10 de noviembre de 2005. Los casos serán especialmente analizados en el Capítulo IV.

⁹⁴¹ CAÑAMARES ARRIBAS (2005:37-38). En relación con la utilización de la moral como fin limitador de las libertades, cabe recordar el voto disidente del Juez Mosler en el caso del TEDH Handyside Vs. The United Kingdom, 7 de diciembre de 1976, el que presenta varias de las interrogantes en torno a esta cuestión.

⁹⁴² RODRÍGUEZ RUIZ (2017:246).

⁹⁴³ LA STS 5910/2010 aunque desestimatoria por un tema formal, trata el caso de la exigencia de que, para permanecer en estrados, la abogada debía quitarse el pañuelo que cubría su cabeza. Esta prohibición también se encuentra prevista en Uruguay para el caso de los usuarios de los servicios de justicia del Poder Judicial. La Acordada 7829/2015 prohíbe *“el ingreso a los recintos judiciales con gorras, sombreros, cascos, o prendas de toda especie que cubran la cabeza o el rostro de cualquier modo”*.

⁹⁴⁴ Me refiero a los casos del TJUE asuntos C-157/15 y C-188/15, los que serán particularmente abordados en el Capítulo IV. Estos tratan sobre la prohibición de llevar velo islámico en el lugar de trabajo. El TJUE entiende como finalidad legítima *“la voluntad de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto del sector público como del sector privado”*.

En similar sentido lo plantea VÁZQUEZ respecto de la laicidad francesa: “...la cuestión de fondo que está sobre la mesa no es otra que la de si este principio republicano, tal y como viene definido en la Constitución y la ley, mantiene vivo su potencial integrador en un nuevo contexto de pluralismo religioso, marcado por la consolidación de la comunidad islámica, o bien si, por el contrario, requiere una reformulación que afecte de forma sustancial su significado”⁹⁴⁵.

En mi opinión, el principio de neutralidad religiosa, en España, no supone la proscripción de toda ideología del espacio público sino, por el contrario, su necesaria convivencia en un contexto de pluralismo⁹⁴⁶. Por otra parte, y visto de otro modo, tampoco es posible invocar un orden público como “normalidad” y, con ello, excluir aquello que no es habitual; ideologías, religiones o formas de vestir a las que no se está acostumbrado. El orden público no es lo generalmente aceptado. La tranquilidad que representa este concepto no puede ser concebida como aquello a lo que se está habituado, pues de ese modo prevalecería solo una concepción moral, la de la mayoría o la de cierto grupo, pero no sería de la sociedad en su conjunto. Tal sostiene la doctrina: “la calificación de una práctica como normal -o anormal- implica también la realización de un juicio de carácter moral”⁹⁴⁷.

Tampoco la esfera democrática, para ser tal, requiere que las personas no posean ideologías ni religiones, y así lo manifiesten. La postura de completa neutralidad hace recordar a la posición inicial de RAWLS y su velo de la ignorancia⁹⁴⁸. Por el contrario, en la realidad democrática actual es necesario aceptar la pluralidad de posiciones y situaciones, para garantizarles un mismo

⁹⁴⁵ VÁZQUEZ (2012:246). El autor menciona que el islam es la segunda religión en Francia y que, al igual que lo que vengo exponiendo, el debate se circunscribe a contraponer la libertad religiosa y la “identidad francesa”. Encuentro en ello una suerte de transposición hacia lo que el orden público es para otras ramas del Derecho, tal lo visto del Derecho Internacional (*supra* Sección 2.3) aún sin un análisis pormenorizado de su incidencia en la libertad religiosa. Respecto del concepto de laicidad en Francia véase: VÁZQUEZ (2012:284 y ss.).

⁹⁴⁶ Un similar debate se suscitó en Uruguay en el año 2017 tras la solicitud de un grupo religioso de colocar una estatua de una virgen, como símbolo católico, en un espacio público. El caso no arribó a los Tribunales; sin embargo, fue fuente para cuestionar cuál es el contenido del principio de laicidad y de neutralidad religiosa en el Estado. Entiendo que las mismas consideraciones que realizo respecto de España pueden ser aplicadas a Uruguay.

⁹⁴⁷ GRIERA y BURCHARDT (2016:17).

⁹⁴⁸ Al respecto, véase RAWLS (1971:143 y ss.).

derecho a participar. Ello es lo que pondría en funcionamiento el pluralismo y la tolerancia inmersas en la CE.

Ello no quiere decir que la libertad religiosa no posea límites, sino que estas restricciones deben estar basadas en la afectación a un orden público constitucional y, por tanto, a un orden público democrático y de derechos fundamentales. A modo de ejemplo, si se tratase de la portación de un símbolo religioso y el mismo se llevase como un acto de presión, de discriminación, de proselitismo en el marco, por ejemplo, de un instituto educativo público, podríamos estar ante esta limitación al derecho fundamental, según los casos citados por diversos autores⁹⁴⁹. Ello está en concordancia con la doctrina del caso *Lautsi*, del TEDH, según abordaré específicamente en el Capítulo IV. En todo caso, lo que se plantea aquí es la cuestión de cuándo la mera portación de un símbolo supone adoctrinamiento; esto es, y para el supuesto de una institución educativa pública, si el uso de un velo, o bien de cualquier otro símbolo religioso por parte de un profesor, representa, de por sí, un acto de presión que debiera ser limitado en aras a la neutralidad religiosa estatal.

Volveré sobre estos casos al analizar la jurisprudencia europea sobre el punto (Capítulo IV). Sin embargo, corresponde desde ya pronunciarme en el sentido de que la prohibición generalizada y para todos los supuestos no debe ser aceptada⁹⁵⁰. Pues el solo portar el símbolo religioso por parte de la persona no afecta el orden público, no siendo su contenido el conjunto de valores de la generalidad social, la moralidad común, o el mínimo ético de la mayoría religiosa. Con todo, podría haber casos concretos que sí lo afectaren cuando de portar el símbolo se pasara a un acto de presión. Sin embargo, en esos casos, no será el símbolo el prohibido, sino este último comportamiento sería el que afectare el orden público, al no preservar la tolerancia, la neutralidad religiosa, y la pluralidad asociada a la misma.

En el marco de la libertad religiosa, entonces, no caben dudas de que la significación dada al orden público es inmaterial, y de que es la afectación a dicho orden público inmaterial la que posibilitaría una limitación en el derecho, lo que

⁹⁴⁹ Véase CAÑAMARES ARRIBAS (2005:40 y 49); y BARRERO ORTEGA (2006:227).

⁹⁵⁰ En igual sentido, VÁZQUEZ (2012:634-635). No me estoy refiriendo al caso del establecimiento de símbolos religiosos en institutos educativos públicos, aspecto que será abordado especialmente en el Capítulo IV.

se debe traducir en un acto que lo altere. No obstante, el TCE también admitió la restricción ya no solo cuando se acredita un acto que altera el orden público, sino también cuando se constata un peligro de dicha vulneración⁹⁵¹.

En la STC 177/2015 se explicitó que: *“Aunque no consta que se produjeran incidentes de orden público, la connotación destructiva que comporta la quema de la fotografía de los Reyes es innegable y, por ello, tal acción pudo suscitar entre los presentes reacciones violentas e “incompatibles con un clima social sereno y minar la confianza en las instituciones democráticas” (STEDH de 16 de julio de 2009, caso Feret c. Bélgica § 77), o, en fin, avivar el sentimiento de desprecio o incluso de odio hacia los Reyes y la institución que representan, exponiendo a SS.MM. “a un posible riesgo de violencia” (STEDH de 8 de julio de 1999, caso Sürek c. Turquía § 62), pues, como ha advertido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo” (STEDH de 16 de julio de 2009, caso Feret c. Bélgica § 73)”* (STC 177/2015, FJ 5).

En este último caso fue entendida acorde al ordenamiento constitucional la medida sancionatoria impuesta a quien, en un acto público, quemó una foto del Rey de España. En este punto, y según el TCE, no fue la ideología el objeto de la punición, sino el acto simbólico realizado (STC 177/2015, FJ 5): *“en definitiva, quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio”* (STC 177/2015, FJ 4).

Discrepo con la solución dada por el TCE, en la que se manifiesta, una vez más, la dificultad de distinción entre ideologías y los medios para expresarlas. Para el TCE se trató de proscribir un medio, aunque simbólico, de expresión de una ideología. En mi parecer, con todo, y más que el medio, lo que

⁹⁵¹ Esta doctrina puede ser vinculada con la desarrollada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos respecto de los límites a la libertad de expresión y a la exigencia de un riesgo claro y presente (*clear and present danger*), expuesta en el caso *Schenck v. USA* (1919); o más recientemente con la más rigurosa doctrina de la inminente acción ilegal (*imminent lawless action*) desarrollada a partir de los casos *Brandenburg v. Ohio* (1969) y *Hess v. Indiana* (1973). Las exigencias para que el límite se base en un peligro son mayores, debiéndose acreditar que la expresión se realizó procurando cierta respuesta, ilegal, de un grupo, y hay una real expectativa de que, en los hechos, se lleve a cabo. A este respecto es posible consultar DE DOMINGO (2001:227-228 y 375). En igual sentido se pronuncia MUÑOZ CONDE (2017:753) al exigir, respecto del delito de alteración a la paz pública definido por el artículo 557.1 del Código Penal, que la amenaza debiera ser clara e inminente, pues de lo contrario se podría caer en prohibir toda reunión o manifestación.

se limitó fue la ideología contraria al régimen monárquico; pues el acto de quemar una fotografía no parecería tener la importancia que en la STC 177/2015 se le asigna⁹⁵².

La jurisprudencia antes desarrollada del TCE avalaba, sin lugar a dudas, las críticas al régimen jurídico existente, en los términos ya analizados en la Sección 3.2.2.2 anterior. Incluso este aspecto había sido dilucidado en el caso Otegi Mondragón vs. España, en el que el TEDH ya había considerado que *“si algunos términos del discurso del demandante describen un cuadro muy negativo del Rey como institución y dan así al relato una connotación hostil, no incitan sin embargo a la violencia, y no se trata de un discurso de odio, lo que a los ojos del Tribunal es el elemento esencial que debe tenerse en cuenta (véase, a contrario, Sürek c. Turquía (n 1) [GC], n 26682/95, § 62, CEDDH 1999 - IV). Por lo demás, tiene en cuenta que ni los órganos jurisdiccionales internos ni el Gobierno justificaron la condena del demandante hablando de la incitación a la violencia o discurso de odio”*⁹⁵³.

En la STC 177/2015 se continúa en la línea de la jurisprudencia anterior y que da cuenta de la libertad ideológica muy amplia, en el entendido que se afirma que *“la formulación de críticas hacia los representantes de una institución o titulares de un cargo público, por desabridas, acres o inquietantes que puedan resultar no son más que reflejo de la participación política de los ciudadanos y son inmunes a restricciones por parte del poder público”*. Pero, sin embargo, se agrega un límite para ejercer la libertad ideológica igualmente amplio y, a mi juicio, criticable: *“esa inmunidad no resulta predicable cuando lo expresado, aun de forma simbólica, solamente trasluce ultraje o vejación”* (STC 177/2015, FJ 3).

Entiendo a la STC 177/2015 como un retroceso evolutivo dentro de esta jurisprudencia, puesto que se incorpora una prohibición a la expresión de una ideología contraria a la corona, lo que a mi juicio no es acorde a la regulación constitucional española sobre el punto. De acuerdo a lo antes analizado, el único límite sería el orden público, pero aquí aparece otro, pues el propio TCE afirma que, en este supuesto de la quema de la fotografía, *“no consta que se produjeran incidentes de orden público”*. La limitación se basa, entonces, en la ideología,

⁹⁵² Volveré sobre este punto en el Capítulo IV, Sección 4.2.2.

⁹⁵³ TEDH. Caso Otegi Mondragon vs. España, 15 de marzo de 2011, p. 54.

escondiéndose bajo el pretexto de que las acciones pudieron “*suscitar entre los presentes reacciones violentas*” (STC 177/2015, FJ 5).

En el mismo sentido que vengo apuntado, y tras arribar el caso al TEDH, este último consideró que la sanción impuesta por este acto supuso una restricción indebida a la libertad de expresión, condenando consecuentemente a España⁹⁵⁴.

Esta doctrina puede ser entonces cuestionada, máxime si, conforme a lo antes analizado, partimos de que no se propugna un modelo de Constitución militante. Esta sentencia nos confirma, a la vez, que el TCE ampara cierto contenido mínimo, de respeto y adhesión, si no al texto de la Constitución, sí a los valores que lo sustentan. Que ello sea así parece inevitable en un sistema democrático, pero encuentro igualmente en ello dos aspectos problemáticos: primero, que se realiza en forma solapada, escondida, lo que dificulta el control sobre lo sostenido, propugnado y fallado; y segundo, entiendo necesario discutir cuál es la amplitud de ese contenido y a quién le corresponde determinarlo. Todo ello en línea con las apreciaciones que he realizado antes en atención al análisis del *mínimum ético*.

Sea esto como fuere, el contenido del concepto de orden público que recoge el artículo 16 CE, como límite a las manifestaciones externas de las libertades ideológica y religiosa, va más allá de la salud, seguridad y moral públicas, para abarcar el respeto de los derechos fundamentales de los demás, respeto que para algunos es límite al ejercicio de todo derecho⁹⁵⁵ y que en todo caso integra, como decía, la noción de orden público que recoge el artículo 16 CE⁹⁵⁶. Esto significa que, en caso de que el ejercicio de la libertad religiosa supusiera para la persona o para terceros un riesgo cierto de sufrir lesiones de

⁹⁵⁴ TEDH. Caso Stern Taulats y Roura Capellera vs. España, 13 de marzo de 2018. El TEDH consideró que para que la injerencia en la libertad de expresión, en el caso de un debate público, sea “necesaria en una sociedad democrática” se debe demostrar que las circunstancias fueran excepcionales y que el discurso incite al uso de la violencia o que constituya un discurso de odio. En el caso concreto, el TEDH considera que el acto se enmarca en una escena provocadora cuyo fin era llamar la atención de los medios de comunicación, pero descarta que la intención fuera incitar la comisión de actos de violencia contra la persona del Rey.

⁹⁵⁵ Véase *supra* Capítulo I. En este sentido: BARRERO ORTEGA (2006:221); y RODRÍGUEZ RUIZ (2016:207).

⁹⁵⁶ Para MORALES ARROYO (1994:307), posición con la que me afilio, este límite de los derechos de los demás integra el orden público. Esta última postura fue sostenida por el TCE en la STC 19/1985, FJ 1. En igual sentido: PORRAS RAMÍREZ (2006:93) y (2013:55); NARANJO DE LA CRUZ (2013-A:474); y DE DOMINGO (2001:225).

entidad, se podría restringir en función de lo antes desarrollado, siempre que hubiera certeza del riesgo y del daño, y que el mismo fuera debidamente ponderado⁹⁵⁷.

En conclusión, el orden público en el marco del artículo 16 CE es un orden público inmaterial o ideal (*supra* 2.2.2), y que sirve de límite a la libertad ideológica y religiosa cuando, con actos externos, este orden se altera en los hechos o bien se halla un peligro de alteración, aspecto de la jurisprudencia del TCE que he cuestionado aquí. En este punto, la CE no prevé un régimen de Constitución militante, aunque sí, en mi entender, pueden hallarse ciertos valores mínimos a ser respetados, lo que no supone la obligatoriedad de adhesión completa al texto ni a la ideología constitucional, pero sí al respeto de valores básicos que lo sustentan.

El problema es que el TCE ha ampliado el orden público, ya no refiriéndose a un *mínimo*, sino abarcando a la seguridad, la salud y la moralidad públicas como conceptos más amplios; aunque sin un mayor detenimiento en el desarrollo de estos términos, y recurriendo al principio de proporcionalidad como verdadero determinante en el análisis de constitucionalidad de la medida, lo que confirma la premisa sustentada en el Capítulo I (*supra* 1.3). Se hace referencia a una *normalidad institucional en la vida social*, así como a una *convivencia bajo ciertos postulados de seguridad, de salubridad y de moralidad*. En esta última, a mi parecer de máxima discusión, se refiere a convicciones éticas compartidas, a ser respetadas, como un elemento común de la vida social.

Todo ello es tanto más importante cuanto que, en un supuesto de limitación de derechos en aras del orden público, y como hemos visto, el TCE no entra a analizar si efectivamente el orden público está en juego en un caso concreto, sino que se concentra en llevar a cabo el juicio de proporcionalidad, y es éste únicamente el que pasa a ser el definidor del caso.

Siguiendo con la postura ya señalada en el Capítulo I, entiendo de gran relevancia la concreta delimitación respecto del concepto de orden público que, a mi juicio, es aún difuso en la doctrina y jurisprudencia referida al artículo 16 CE. En esta tarea considero de significancia la determinación del contenido, no en forma amplia e imprecisa, sino referida a un *mínimo*, núcleo cuya existencia

⁹⁵⁷ CAÑAMARES ARRIBAS (2005:30-31).

debe admitirse en forma explícita, pero que debe ser definido con cautela y en forma estricta, en base a la propia CE y, vinculándose, para ello, con los artículos 1.1 y 10.1 CE, según lo antes analizado.

Lo anterior debe ser, a mi juicio, el primer examen que se realice en cada caso de limitación de un derecho fundamental (*supra* 1.3). Por tanto, en el supuesto de una manifestación de las libertades ideológica, religiosa o de culto, que se vea limitado invocándose el orden público, cabrá profundizar, entonces, como aspecto primero, en qué es el orden público y si está presente o no en el caso en cuestión, esto es, interpretándolo y estimando si está o no en juego, tomando en cuenta las consideraciones efectuadas (*supra* 2.1).

3.2.3.- EL DERECHO DE REUNIÓN

3.2.3.1.- Caracterización del derecho de reunión en la CE: algunas precisiones sobre su ámbito de protección

El artículo 21 CE establece que:

“1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.

2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”.

El derecho de reunión ha sido definido desde temprano por el TCE como una manifestación colectiva de la libertad de expresión, que se ejerce mediante una asociación transitoria. Posee cuatro elementos: (a) la agrupación de personas (subjetivo); (b) la duración transitoria (temporal); (c) el presentar un fin lícito común (finalista); y (d) el lugar de la celebración (real u objetivo), (STC 85/1988, FJ 2; STC 50/1990, FJ 4; 66/1995, FJ 3; 195/2003, FJ 3 y 4); 284/2005, FJ 3; 90/2006, FJ 2; 110/2006, FJ 3; 163/2006, FJ 2; 301/2006, FJ 2; 170/2008, FJ 3; 37/2009, FJ 3; 38/2009, FJ 2). Se trata entonces de un conjunto de personas que se agrupa de forma transitoria, en un lugar, para perseguir un objetivo lícito común.

El derecho de reunión abarca, así, un gran número de situaciones, siempre que se presenten los cuatro componentes antes mencionados. En este sentido, las reuniones pueden ser en lugares públicos o privados, abiertas o cerradas, con mayor o menor ruido, multitudinarias o con pocas personas, entre otras⁹⁵⁸. Corresponde, no obstante, realizar algunas apreciaciones preliminares del concepto y de su protección por la CE.

En primer lugar, es importante trazar desde el comienzo la diferenciación entre reuniones *pacíficas y sin armas* y aquellas que no cumplan con estos requisitos. Pues las reuniones que no sean pacíficas o que porten armas no forman parte del derecho protegido⁹⁵⁹. Por lo tanto, asumiré, a los efectos del presente análisis, que los casos y ejemplos que abordaré cumplen con la nota de ser reuniones y de ser pacíficas y sin armas, pues de lo contrario no estarían amparadas por el derecho constitucional y no cabrían dudas para su restricción⁹⁶⁰.

Por otra parte, es preciso señalar que la CE tutela la reunión estática, también denominada “concentración”, y asimismo la dinámica, esto es, la “manifestación”⁹⁶¹. Esta última se define en esencia por la movilidad y el desplazamiento a través de la vía pública (STC 193/2011, FJ 4). Para las reuniones estáticas y para las manifestaciones que se realicen en lugares de tránsito público, el artículo 21.2 CE exige un aviso previo. No me detendré en su detalle por exceder mi objeto de estudio. Baste señalar que el TCE se ha pronunciado delimitando la naturaleza y caracteres de dicha exigencia, en el sentido de que no es una solicitud de autorización, sino una comunicación o notificación que permite compatibilizar el ejercicio de este derecho con la salvaguarda de otros en el mismo espacio público (STC 36/1982, FJ 6; 59/1990,

⁹⁵⁸ DE OTTO (1988:157).

⁹⁵⁹ Este punto fue adelantado, aunque como ejemplo, en el Capítulo I. Al respecto: TORRES MURO (1991:95); GAVARA DE CARA (1997:21), y en Italia: PACE (1967:160). No me detendré sobre estos conceptos, remitiéndome a la jurisprudencia y doctrina que se han pronunciado en la materia. Asimismo, respecto de la protección que las autoridades deben darle al derecho de reunión y sus requisitos, véase EMBID IRUJO (1983:575-609).

⁹⁶⁰ La prohibición, en España, se encuentra formulada por el artículo 513 del Código Penal. Al respecto: MUÑOZ CONDE (2017:708-710). Este artículo establece: “*Son punibles las reuniones o manifestaciones ilícitas, y tienen tal consideración:*

1.º *Las que se celebren con el fin de cometer algún delito.*

2.º *Aquellas a las que concurran personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso”.*

⁹⁶¹ RODRÍGUEZ RUIZ (2016:573).

FJ 5; 195/2003, FJ 3 y 4; 284/2005, FJ 3; 110/2006, FJ 3; 163/2006, FJ 2; 301/2006, FJ 2 y 71/2008, FJ 5)⁹⁶².

El derecho de reunión goza de una protección especial en una sociedad democrática y así se ha pronunciado el TCE (STC 66/1995, FJ 3; 195/2003, FJ 9; 284/2005, FJ 3; STC 90/2006, FJ 2; 110/2006, FJ 3; 163/2006, FJ 2 y 3; 170/2008, FJ 3; y 193/2011, FJ 3 y 4)⁹⁶³. En este punto, se vierte énfasis en la estrecha vinculación que el derecho de reunión posee con la libertad de expresión y con el principio de participación, lo que lo hace tener una importancia singular y, consecuentemente, exija una especial cautela en su limitación. Como consecuencia de ello, y para los casos de dudas, el TCE afirma que debe preferirse el ejercicio del derecho, y no su restricción (66/1995, FJ 3; 195/2003, FJ 7; 284/2005, FJ 5; 90/2006, FJ 2; 163/2006, FJ 2; 170/2008, FJ 3 y 4; 37/2009, FJ 3; 38/2009, FJ 2; 96/2010, FJ 4; y 193/2011, FJ 3)⁹⁶⁴.

Lo anterior también implica que las reuniones o manifestaciones en la vía pública suponen, necesariamente, una cierta intromisión en la libertad de circulación de personas y vehículos, así como, eventualmente, en otros derechos que podrían verse involucrados, a modo de ejemplo, por el ruido que se podría ocasionar (STC 59/1990, FJ 8; 66/1995, FJ 3; 195/2003, FJ 9; 90/2006, FJ 2 y 4; 110/2006, FJ 5; 163/2006, FJ 3; 301/2006, FJ 2; 24/2015, FJ 4)⁹⁶⁵. De este modo, el solo hecho de que una reunión se celebre en un lugar de tránsito público no implica la posibilidad de limitar o prohibir el derecho de reunión⁹⁶⁶. Antes bien, y como el TCE ha señalado repetidamente, las vías públicas admiten todo uso

⁹⁶² En esta última el tiempo de antelación de la comunicación adquiere un carácter esencial a los efectos de la determinación del ámbito de protección del derecho de reunión.

⁹⁶³ En la STC 90/2006 (FJ 2) sostuvo que: “*El derecho de reunión se convierte, así, en uno de los ejes vertebradores (cauce del principio democrático participativo) del Estado social y democrático de Derecho proclamado en la Constitución*”. Asimismo, en la STC 110/2006 (FJ 3) se agrega que: “*incluso, que para muchos grupos sociales este derecho sea en la práctica uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones*”. El TCE cita también a este respecto al TEDH en los casos *Stankov vs. Bulgaria* y *Rekvényi vs. Hungría* en STC 195/2003 (FJ 3); 170/2008 (FJ 3); 37/2009 (FJ 3); 38/2009 (FJ 2).

En este mismo sentido se pronunció TORRES MURO (2008:528). Por su parte, LÓPEZ GONZÁLEZ (1995:123) aplica al derecho de reunión la doctrina del caso *Handyside*, y sostiene que esta libertad tiene una especial consideración dado que responde a los principios propios de una sociedad democrática.

⁹⁶⁴ Por otra parte, y de especial aplicación para los procesos electorales, y cuando la reunión no es convocada por el legitimado por la LOREG para ello, afirma que debe prevalecer el derecho de reunión, salvo que resulte suficientemente acreditado que la finalidad principal de la convocatoria es la captación de sufragios. Véase a este respecto las SSTC 170/2008 (FJ 4); 37/2009 (FJ 4); 38/2009 (FJ 3) y 96/2010 (FJ 3).

⁹⁶⁵ En igual sentido, LÓPEZ GONZÁLEZ (1997:191).

⁹⁶⁶ PACE (1967:194).

democrático y toda reunión en las mismas supone una cierta afectación a la libertad de circulación (STC 59/1990, FJ 8; 66/1995, FJ 3).

Sin embargo, y pese a lo anterior, corresponde también precisar que el derecho de reunión no es absoluto (STC 36/1982, FJ 6; 91/1983, FJ 3; 66/1995, FJ 3; 195/2003, FJ 4; 284/2005, FJ 3; 90/2006, FJ 2; 163/2006, FJ 2; 301/2006, FJ 2; 170/2008, FJ 3; 37/2009, FJ 3; 38/2009, FJ 2; 96/2010, FJ 3; 193/2001, FJ3; 24/2015, F 4)⁹⁶⁷. Para el TCE este derecho puede ser limitado cuando con su ejercicio se vulneren, de forma desproporcionada, otros derechos o bienes constitucionales (límite indirecto explícito). Asimismo, también puede ser restringido cuando se celebre en un lugar de tránsito público, por razones fundadas de alteración al orden público, con peligro a las personas o bienes.

Dedicaré el siguiente apartado (*Sección 3.2.3.2*) a calificar el orden público del artículo 21 CE como un orden material. Ahondaré especialmente en su contenido y en el contexto necesario para su invocación. Asimismo, luego (*Sección 3.2.3.3*) me concentraré en su empleo a través de los distintos casos de jurisprudencia del TCE. Finalmente podré delimitar el contenido del orden público en el marco del derecho de reunión, hallando diferencias y algunas semejanzas con lo ya abordado, y encontrando también algunos nuevos elementos para el examen que realizo.

3.2.3.2.- La calificación del orden público del artículo 21 CE como orden material

Conforme ya fue adelantado, el artículo 21 CE, en su apartado segundo, invoca una única razón que podría limitar a una reunión: la alteración del orden público con peligro para las personas y bienes. Y como también se ha adelantado, la cláusula del orden público es aplicada únicamente para los casos en los que las reuniones se celebren en lugares de tránsito público⁹⁶⁸. En estos supuestos, la autoridad podría invocar una alteración para limitarlas o prohibirlas, lo que debiera fundar en forma suficiente (STC 66/1995, FJ 3; 195/2003, FJ 4; 284/2005, FJ 3; 90/2006, FJ 2; 163/2006, FJ 3; 37/2009, FJ 3; 95/2010, FJ 3;

⁹⁶⁷ En igual sentido, SÁNCHEZ FERRIZ (1989:280).

⁹⁶⁸ En la STC 66/1995 (FJ 3) el TCE restringe la aplicación de la limitación basada en la alteración del orden público únicamente a los casos de reuniones celebradas en lugares de tránsito público.

193/2011, FJ 3)⁹⁶⁹. Esto implica que no bastan meras recurrencias a un orden público “en abstracto” (STC 163/2006, FJ 6); o bien a una vulneración genérica de la “paz pública” (STC 24/2015, FJ 4). La doctrina del TCE es constante en reiterar que las razones deben estar acreditadas en cuestiones objetivas y comprobadas que den certeza de la alteración en cuestión (STC 66/1995, FJ 3; 284/2005, FJ 5; 90/2006, FJ 2; 163/2006, FJ 2; 301/2006, FJ 2 y 4). En definitiva, ante la duda cabe aplicar el principio *favor libertatis* (STC 66/1995, FJ 3; 195/2003, FJ 7; 284/2005, FJ 5; 90/2006, FJ 2; 163/2006, FJ 2; 170/2008, FJ 3 y 4; 37/2009, FJ 3; 38/2009, FJ 2; 96/2010, FJ 4; 193/2011, FJ 3)⁹⁷⁰.

Lo primero que corresponde observar, al analizar el concepto de orden público como límite al ejercicio del derecho de reunión, es que el TCE toma, aquí, una postura distinta a lo ya analizado respecto de la libertad ideológica y religiosa (*supra* 3.2.2). En concreto, el TCE entiende aquí por orden público una situación de hecho, una tranquilidad material en los lugares de tránsito público (STC 66/1995, FJ 3). El orden público se trata, entonces, no como una conceptualización teórica, referida a los valores de la sociedad. Implica un concepto material y no ideal (*supra* 2.2.2)⁹⁷¹, *“interpretado ese concepto de orden público con peligro para personas y bienes a la luz de los principios del Estado social y democrático de Derecho consagrado por la Constitución, debe entenderse que esa noción de orden se refiere a una situación de hecho, el mantenimiento del orden en sentido material en lugares de tránsito público, no al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político. El contenido de las ideas o las reivindicaciones que pretenden expresarse y defenderse mediante el ejercicio*

⁹⁶⁹ TORRES MURO (2008:535) pone énfasis en cuanto debe haber “razones fundadas”, no siendo suficiente la mención al peligro sin acreditación. Asimismo, sostiene el mismo autor (1991:135 y 138) que la carga de la prueba la posee la Administración. En igual sentido en la doctrina italiana se había expresado PACE (1967:194-195), haciendo especial énfasis en la motivación con indicación de las razones de hecho. Por su parte, la fundamentación fue uno de los puntos discutidos en el voto particular del Magistrado González Campos a la STC 66/1995, pues expresa que la Administración debiera haber demostrado que *“el posible colapso de tráfico en Madrid fuera total así como sus efectos sobre los servicios esenciales afectados -de ambulancias, policía y bomberos”*. Voto particular del Magistrado Diego González Campos a la STC 66/1995 (FJ 3). En similar sentido se expresan las SSTC 284/2005 (FJ 6); 163/2006 (FJ 2); 301/2006 (FJ 2); y 193/2011 (FJ 5).

⁹⁷⁰ Esta doctrina es la que toma la SCJ. Asimismo, se vincula con la primera conclusión arribada por ALEXY para los casos de empate, lo que luego fue modificado en su Epílogo (*supra* 1.2.1 e *infra* 3.3.3).

⁹⁷¹ En este sentido: TORRES MURO (1991:133) y (2008:535); GAVARA DE CARA (1997:23); LÓPEZ GONZÁLEZ (1995:235); y RODRÍGUEZ RUIZ (2016:575). En Italia: PACE (1967:156).

del derecho de manifestación y concentración pública no puede ser sometido a controles de oportunidad política ni a juicios en los que se emplee como canon el sistema de valores que cimientan y dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado” (STC 66/1995, FJ 3. En similar sentido: STC 284/2005, FJ 6; 163/2006, FJ 2; 301/2006, FJ 2; y 193/2011, FJ 5).

En este mismo punto, la doctrina ha enfatizado que no se trata de cualquier alteración del orden público, sino de una que implique un riesgo para las personas y bienes⁹⁷². Se expresa que debe haber una intromisión en la seguridad ciudadana, no pudiendo fundarse un límite en causas de oportunidad política o de similar alcance que sí existían en la legislación precedente⁹⁷³. La autoridad no podría ingresar, por tanto, en el ámbito de los motivos o los fines de la reunión, pues de lo contrario se negaría el derecho de reunión a las minorías⁹⁷⁴.

En la STC 24/2015 el TCE recuerda que los órganos públicos deben ceñirse al principio de neutralidad en lo que a esto atañe y permitir el pluralismo previsto constitucionalmente (STC 24/2015, FJ 4). Ello reafirma la conclusión que antes he pronunciado, respecto de que la CE no prevé un régimen de Constitución militante. Se establece, incluso, un deber del Estado de garantizar que se desarrolle la reunión sin poner en peligro el orden público⁹⁷⁵, y en condiciones de igualdad y no discriminación (STC 66/1995, FJ 3; 196/2006, FJ 2; 193/2011, F 5).

⁹⁷² SÁNCHEZ FERRIZ (1989:284). La autora destaca dos novedades introducidas por la Constitución que restringen extraordinariamente las posibilidades de aplicación discrecional o arbitraria de este límite: una, la mencionada nota de acreditar un fundado riesgo para las personas y bienes; la otra, el procedimiento judicial arbitrado por la ley orgánica y desarrollado por la Ley 62/82. En similar sentido, TORRES MURO (1991:133) puntualiza que el calificativo de “peligro para las personas y bienes” excluye el peligro para las ideas o para las concepciones del mundo mayoritarias o más acordes al texto constitucional. En similar sentido: BALAGUER CALLEJÓN (2014:236), y PÉREZ ROYO (2014: 343).

⁹⁷³ FERNÁNDEZ SEGADO (1992:380). En igual sentido se expresan TORRES MURO (1991:133) y LÓPEZ GONZÁLEZ (1995:235).

⁹⁷⁴ TORRES MURO (1991:133-135). El autor discrepa con la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 5 de abril de 1985, mediante la cual se consideró como afectación al orden público una manifestación independentista “de total y evidente matiz separatista”. Sostiene en este punto: “*Se trata de una vuelta al concepto formal de orden público que conviene criticar duramente, pues supone poner trabas sin base alguna al derecho de manifestación previsto en el artículo 21 CE*”.

⁹⁷⁵ En la STC 110/2006 (FJ 5) se hace referencia al “*deber de la autoridad gubernativa de arbitrar las medidas adecuadas para garantizar que las concentraciones puedan llevarse a cabo en los lugares y horas programadas sin poner en peligro el orden público*”. Al ser el caso que motivó la STC 31/2007 igual al primero de los citados, la referencia también aplica en este último. Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA (1981-B:119) destacaba que la libertad de reunión es una libertad instrumental del principio democrático participativo, por lo que obliga a los servicios de orden público a su protección positiva.

Por su parte, destaca CARRILLO que el orden público no puede verse afectado por una simple expresión de ideas, por lo que la Administración debiera invocar otros supuestos *“para demostrar que la convivencia democrática pueda quedar en peligro”*⁹⁷⁶. En este punto, LÓPEZ GONZÁLEZ, invocando la STC 59/1990, define al orden público como el *“normal desarrollo de la convivencia ciudadana siempre que dicho ejercicio se lleve a cabo conforme a la CE y a la ley”*⁹⁷⁷ y aclara que queda excluido el concepto de orden público *“de carácter formal equivalente a un control político por parte de la autoridad de las ideas o reivindicaciones expuestas en reuniones o manifestaciones al objeto de prohibir aquellas que, teniendo exclusivamente en cuenta su personal criterio, no resulten oportunas”*⁹⁷⁸.

El orden público no es una entelequia carente de significado, sino que cabe asignarle un contenido específico, estricto, y vinculado con una situación de hecho (STC 66/1995, FJ 3)⁹⁷⁹. Se encuentra justificado únicamente cuando *“de llevarse a cabo [la reunión] se producirá una situación de desorden material en el lugar de tránsito público afectado, entendiéndose por tal desorden material el que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de personas o a la integridad de bienes públicos o privados. Estos son los dos elementos que configuran el concepto de orden público con peligro para personas y bienes consagrado en este precepto constitucional”* (STC 66/1995, FJ 3).

En síntesis, por lo tanto, el orden público puede ser invocado únicamente frente a las concentraciones o manifestaciones que se celebren en un lugar público; es un concepto material, que se refiere a la tranquilidad física, sin peligro para personas o bienes; y no ingresa en los fines de la reunión. Asimismo, la CE exige que la alegación de alteración al orden público esté acompañada de razones fundadas de que la celebración de la reunión supondría peligro para las personas o bienes. Lo anterior implica un requerimiento mayor para la limitación, pues no es suficiente con una mera invocación, en abstracto o como posibilidad;

⁹⁷⁶CARRILLO (1995:70).

⁹⁷⁷ LÓPEZ GONZÁLEZ (1997:191).

⁹⁷⁸ LÓPEZ GONZÁLEZ (1997:194). En igual sentido: TORRES MURO (1991:133).

⁹⁷⁹ En doctrina, RODRÍGUEZ RUIZ (2016:575-576) señala que el concepto de orden público debe ser de interpretación restrictiva, siempre en el marco de las circunstancias del caso en cuestión.

se requieren motivos reales y contrastables. Notaré a continuación si ello se corresponde con los casos que arribaron al TCE.

3.2.3.3.- La alteración al orden público conforme a la jurisprudencia del TCE

Poniendo en práctica estos conceptos, el TCE nos da algunas pautas para determinar cuándo una reunión altera, en los hechos, el orden público con peligro para las personas o bienes. Tal como se ha mencionado, la alteración debe ser material: un desorden que implique una afectación al normal desarrollo de la convivencia ciudadana. Asimismo, no todo desorden alterará el orden público. Múltiples factores podrían afectar *“la tranquilidad, la paz, la seguridad de los ciudadanos, el ejercicio de sus derechos o el normal funcionamiento de los servicios esenciales para el desarrollo de la vida ciudadana; sin embargo, sólo podrá entenderse afectado el orden público al que se refiere el mentado precepto constitucional cuando el desorden externo en la calle ponga en peligro la integridad de personas o de bienes”* (STC 66/1995, FJ 3; 169/2006, FJ 2). Ello exigiría acreditar una situación de peligro y, asimismo, que de *“la conducta de los manifestantes pueda inferirse determinada violencia «física» o al menos «moral» con alcance intimidatorio para terceros”* (STC 59/1990, FJ 8)⁹⁸⁰.

Dado que la reunión en la vía pública supone, en forma intrínseca, una afectación de la libertad de circulación, el TCE establece que únicamente en casos muy concretos, los supuestos de injustificada alteración a dicha libertad de circulación pueden alterar el orden público (STC 59/1990, FJ 8; 66/1995, FJ 3). Así, la densidad del tráfico no es un argumento suficiente para una prohibición y, por ende, para afectar el orden público (STC 196/2006, FJ 3; 31/2007, FJ 2; 193/2011, FJ 4). En este sentido, el TCE entiende que, en algunas reuniones o manifestaciones, el lugar es un punto fundamental para lograr su efectividad, ello por la naturaleza o por las actividades que en él se realizan (STC 163/2006, FJ 3; 193/2011, FJ 5). Asimismo, analizando esta cuestión conjuntamente con el principio democrático antes comentado, se concluye que *“en una sociedad democrática el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también*

⁹⁸⁰ En similar sentido: TORRES MURO (1991:134) y LÓPEZ GONZÁLEZ (1997:191).

un espacio de participación” (STC 66/95, FJ 3; 90/2006, FJ 2; 110/2006, FJ 5; 301/2006, FJ 2; 193/2011, FJ 4).

En lo que tiene que ver con el tráfico, entonces, sólo habrá una alteración del orden público cuando se produzca una *“obstrucción total de vías de circulación que, por el volumen de tráfico que soportan y por las características de la zona - normalmente centros neurálgicos de grandes ciudades-, provoquen colapsos circulatorios en los que, durante un período de tiempo prolongado, queden inmovilizados vehículos y se impida el acceso a determinadas zonas o barrios de la ciudad por imposibilidad de que la autoridad gubernativa habilite vías alternativas de circulación. En estos supuestos de colapso circulatorio con inmovilización e imposibilidad de acceso a determinadas zonas por inexistencia de vías alternativas, como se dijo en la citada STC 59/1990, puede resultar afectado el orden público con peligro para personas o bienes si, por ejemplo, resulta imposibilitada la prestación de servicios esenciales con incidencia en la seguridad de personas o bienes, como son los servicios de ambulancias, bomberos, policía o urgencias médicas” (STC 66/1995, FJ 3; 163/2006, FJ 3; 193/2011, FJ 4)*⁹⁸¹.

Lo anterior nos indica que la autoridad debiera hacer un examen del peligro, lo que he identificado en el Capítulo anterior como el *juicio de estimación* (*supra* 2.1.3), aunque aquí con una diferenciación respecto del análisis en el marco del artículo 16 CE. Pues, en este caso, la estimación es preventiva, lo que la hace más dificultosa aún. La estimación indicará si actuar, o no actuar; así como hasta qué punto hacerlo. Y lo hará con base en consideraciones objetivas y en los hechos concretos acontecidos. En este punto sostenía CARRO que ante el concepto de peligro debemos ubicarnos en una situación en la que la posibilidad no se presente como lejana ni se base en criterios meramente subjetivos del agente⁹⁸².

Corresponde, entonces, limitar únicamente las reuniones que verdaderamente pudieran alterar el orden público con peligro para las personas y bienes. Nos encontramos ante una actividad especulativa y como tal arriesgada. Debe por ello llevarse a cabo con cautela, partiendo de la consideración de que el derecho de reunión es el principio y su límite la

⁹⁸¹ En igual sentido se ha expresado LÓPEZ GONZÁLEZ (1997:194).

⁹⁸² CARRO (1977:622).

excepción y, como tal, de interpretación estricta. La autoridad debiera, entonces, tener constataciones reales de dicho peligro, directo, basadas en el caso concreto.

Respecto de lo anterior, no obstante, la STC 66/1995 amplifica la especulación, pues entiende que la afectación al orden público puede ser directa, como lo antes detallado, o también indirecta. Esta última se presentaría “...*ante la imposibilidad de que pudieran seguir prestándose con eficacia los servicios de ambulancia, policía y bomberos, con posible riesgo para la integridad de las personas*” (STC 66/1995, FJ 2 –mi negrita-). Ya no se trata, por tanto, de una limitación con máximas exigencias en la operación de estimación. A la afectación directa, se le agrega la indirecta y la reunión podría ser limitada tan solo de constatarse un *posible riesgo* de que algún servicio (ambulancia, policía y bomberos) no pueda seguir prestándose con eficacia. En los hechos, la flexibilización se hace manifiesta, pues por la afectación al tránsito que lleva consigo toda manifestación, es probable -y más aún entonces posible-, que el servicio tenga una demora, o pierda eficacia.

En este punto, coincido con la crítica de TORRES MURO, para quien el TCE da un paso más al construir la noción de “peligros indirectos”, permitiendo la limitación a una reunión pacífica cuando la misma “*imposibilite la realización de actividades tendientes a evitar o paliar los citados peligros*”⁹⁸³. También el voto particular del Magistrado GONZÁLEZ CAMPOS a la STC 66/1995 es enfático al sostener que este “peligro indirecto” supondría una ampliación del límite del artículo 21.2 CE, lo que sería discutible. Aun admitido, se requeriría una mayor exigencia en orden a su control en sede constitucional: “*Pues si tal peligro indirecto puede ser evitado mediante la adopción de las oportunas medidas preventivas por parte de la autoridad administrativa, entre ellas la limitación del uso de una parte de la calzada por parte de los manifestantes, es evidente que dicha autoridad ha de ofrecer una mayor justificación de la imposibilidad de adoptar tales medidas*” (FJ 2).

⁹⁸³ TORRES MURO (1995:587), en referencia a la STC 66/1995. En similar sentido, LÓPEZ GONZÁLEZ (1997:191-192) califica a los “peligros indirectos” como un término “*equivoco y escasamente preciso que constituye el único reparo a una Sentencia en general rigurosa y bien fundamentada como es lo propio del Tribunal Constitucional*”.

Esta última opinión tuvo recepción en la STC 90/2006, la que limita considerablemente la anterior doctrina. Por una parte, reitera que la limitación puede darse ante un peligro indirecto, pero ahonda en ello y traza líneas más estrictas en su determinación. Sostiene que: *“Aun admitiendo que, en determinadas circunstancias, la autoridad gubernativa puede extender el límite impuesto por el art. 21.2 CE al ejercicio del derecho fundamental de reunión en lugares de tránsito público a supuestos donde el peligro para personas y bienes es sólo indirecto, la resolución gubernativa deberá motivarse detalladamente y no basarse en consideraciones genéricas sobre la posible alteración del orden público y, además, la resolución deberá justificar la imposibilidad de adoptar las medidas preventivas necesarias para conjurar esos peligros y permitir el efectivo ejercicio del derecho fundamental”* (STC 90/2006, FJ 4).

RODRÍGUEZ RUIZ señala una diferenciación entre esta sentencia (STC 90/2006) respecto de la anterior STC 66/1995, en tanto el TCE introduce una matización que mitiga los efectos de la STC 66/1995, al someter el criterio del peligro indirecto a interpretación restrictiva, favorable al ejercicio del derecho⁹⁸⁴. En mi opinión, y si bien discrepo de que pueda recurrirse a la doctrina de los “peligros indirectos”, comparto que la STC 90/2006 limitó igualmente la misma, lo que es beneficioso.

En otro orden de cosas, el TCE entiende que una reunión prolongada e indefinida en el tiempo, así como las reuniones reiteradas, podrían alterar el orden público (STC 284/2005, FJ 5; 301/2006, FJ 4). No se trata, con todo, de invocar únicamente la reiteración. Antes bien, en doctrina del TCE, el carácter de habitualidad puede ser un indicio que conlleve a que la reunión altera el orden público y pone en peligro a personas o bienes (STC 193/2011, FJ 5; 24/2015, FJ 4). En la STC 193/2011 se cita al TEDH, quien en el fallo *Çiloğlu y otros vs. Turquía* (2007) expresó que: *“la concentración en un lugar público, repitiéndose cada sábado por la mañana desde hacía más de tres años había adquirido un carácter casi permanente, que perturbaba así la circulación y causaba una alteración del orden público”* (STC 193/2011, FJ 5).

La realización de la manifestación en el día previo a una elección y, por tanto, día de reflexión, tampoco supone una habilitación automática para la

⁹⁸⁴ RODRÍGUEZ RUIZ (2016:576).

prohibición. En el caso que motivó la STC 96/2010, un grupo de mujeres comunicó la realización de una manifestación en conmemoración del Día Internacional de la Mujer que, en dicho entonces, sería el día anterior a una elección nacional. Además de considerar la importancia de la fecha de celebración, -por lo que por razones históricas y conmemorativas la reunión no podría efectuarse en otro día (STC 96/2010, FJ 5; 193/2011, FJ 5)- el TCE entendió que: *“esta prohibición legal no significa naturalmente que durante la denominada jornada de reflexión previa a las elecciones no pueda celebrarse ninguna manifestación cuyo objeto tenga algo que ver con el debate político y, por tanto, pueda influir indirectamente en las decisiones de los electores (...). De modo que, de aceptar semejante planteamiento, por esa vía llegaríamos al absurdo de admitir la prohibición de toda reunión o manifestación por el simple hecho de serlo y coincidir con la jornada de reflexión previa a unas elecciones; una conclusión que obviamente debe ser rechazada, sin embargo, pues, según hemos advertido en otras ocasiones, “la mera posibilidad de que una reivindicación ..., pueda incidir de una u otra forma en el electorado, se muestra como hipótesis insuficiente para limitar el derecho de reunión en periodo electoral (STC 38/2009, de 9 de febrero, FJ 4)” (STC 96/2010, FJ 4).*

Las pautas antes consideradas, más allá de las discrepancias puntualmente señaladas, permiten delimitar y precisar la cláusula del orden público a los efectos del derecho de reunión, despejando dudas y cuestionamientos realizados por la doctrina sobre la inclusión del orden público en el artículo 21 CE⁹⁸⁵. Por otra parte, y sin perjuicio de la causal de alteración al orden público material ya comentada, el TCE extiende la posibilidad de limitar el derecho de reunión a otros casos, en los que se afecten otros derechos, bienes o valores constitucionales (STC 195/2003, FJ 7; 110/2006, FJ 3; 170/2008, FJ 3; 37/2009, FJ 3; 38/2009, FJ 2; 96/2010, FJ 3; 193/2011, FJ 3; 24/2015, FJ 4)⁹⁸⁶.

Tanto en el ya comentado orden público, como en estos otros casos, el TCE recurre siempre a un examen de proporcionalidad para analizar la

⁹⁸⁵ En este punto, por ejemplo, SÁNCHEZ FERRIZ (1989:271) sostuvo que *“la Administración, como recordaba el Profesor Sevilla, goza en todos (los países) de un recurso inestimable: el del mantenimiento del orden con el que de hecho puede limitar e incluso anular la libertad de reunión”. Y no parece que el uso excesivamente amplio de la noción de orden público haya desaparecido radicalmente con la entrada en vigor de la Constitución vigente”.*

⁹⁸⁶ En igual sentido, HINJOSA SEGOVIA (1990:185-186).

intervención (STC 59/1990, FJ 5; 66/1995, FJ 3; 195/2003, FJ 3 y 6; 90/2006, FJ 2 y 4; 301/2006, FJ 2 y 4; 71/2008, FJ 5; 193/2011, FJ 3, 5 y 6; 24/2015, FJ 4), lo que termina mayormente siendo el factor decisivo en el caso que se analiza (*supra* 1.3). En algunos supuestos el TCE ha tenido una especial cautela respecto del examen de la necesidad, como segundo subprincipio de la proporcionalidad. Por ejemplo, el TCE ha entendido la prohibición como desproporcionada y, por tanto, contraria al artículo 21 CE, en supuestos en los que, en el caso concreto, la autoridad podría haber realizado cambios de horario o itinerario que considerara convenientes, sin necesidad de la prohibición (STC 301/2006, FJ 4). Por otra parte, sí entendió proporcional algunos casos de restricción de una reunión por cortar el tráfico en determinadas zonas, o por emitir sonidos más allá de ciertos decibelios (STC 193/2011, FFJJ 5 a 7; 24/2015, FJ 4).

En la STC 195/2003, por su parte, se consideró constitucional la limitación al ejercicio del derecho de reunión, restringiendo la megafonía, por realizarse un acto de culto a la misma hora y en un lugar contiguo. El TCE entendió que la prohibición del uso de la megafonía *“supuso una limitación adecuada y necesaria para la preservación del ejercicio otro derecho fundamental, en este caso, el derecho a la libertad religiosa, amparado por el art. 16.1 CE como manifestación religiosa de culto. Tal limitación observó igualmente las exigencias de la proporcionalidad en sentido estricto, pues los términos de la prohibición gubernativa no comprometieron el ejercicio del derecho de reunión en mayor intensidad de la que tendía a favorecer el ejercicio concurrente de otro derecho fundamental”* (FJ 8). No obstante, en el mismo fallo, la proporcionalidad y, en ello, el tercer subprincipio de ponderación en sentido estricto no fue suficiente para justificar la restricción de instalar mesas y una tienda de campaña saharauí o haima en el tiempo y lugar de la concentración (FJ 9).

Respecto de este tercer subprincipio de la proporcionalidad, el TCE también descartó aplicar doctrinas utilitaristas, pues entendió que no importa que la restricción causare un mayor beneficio para un número mayor de personas, si con ello se suprime el derecho de reunión: *“tampoco podemos considerar proporcional en sentido estricto la supresión parcial del derecho de reunión de los recurrentes, en el sentido de que de la misma se derivasen más beneficios o*

ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto” (STC 90/2006, FJ 4).

En estos últimos supuestos comentados, y como ya se ha afirmado, se confirma la premisa sustentada en el Capítulo I, pues los fines son ampliados y el principio de proporcionalidad culmina siendo el verdadero parámetro decisor. Sin perjuicio de ello, cabe igualmente resaltar que del examen de jurisprudencia antes realizado se extrae también que en el marco del artículo 21 CE el TCE sí analiza qué es el orden público, vinculándolo con un orden material, circunscribiendo su concurrencia a ciertos supuestos y examinando si efectivamente está en juego en cada caso concreto. El orden público en el marco del artículo 21 CE es, por tanto, un concepto material, sinónimo del normal desarrollo de la convivencia ciudadana, lo que se vincula con la tranquilidad y el orden *en la calle*. Se verá alterado en casos que presenten gravedad; esto es, cuando se encuentre una afectación a las personas o bienes que produzcan un desorden de entidad, pues se parte de la libertad de reunión como principio, y del uso del espacio público como ámbito de participación de los ciudadanos. Se pone así de manifiesto la necesidad de llegar a un equilibrio en el uso de las vías públicas; esto es, entre los principios democráticos y pluralistas, y los derechos involucrados que se pudieren ver afectados. Esto también contribuye al contenido mínimo que intento hallar en el concepto de orden público.

Asimismo, y tal fue apuntado, el derecho de reunión se ve limitado por otros derechos y bienes constitucionales, siempre que en dicha limitación se cumpla con el principio de proporcionalidad. Ello conduce, bien a ampliar el concepto de orden público para otorgarle también una dimensión inmaterial y de contornos imprecisos, al menos en la jurisprudencia del TCE; o bien a aceptar la incorporación de otros límites indirectos, de acuerdo a lo ya abordado en el Capítulo I y con los cuestionamientos ya realizados. Incluso, con esto último, es posible preguntarse, tal como fue así anunciado en el Capítulo I, si en su dimensión inmaterial el orden público podría obrar como límite indirecto a otros, o a todos, los derechos fundamentales, en la medida en que su contenido incorpora el respeto de un mínimo constitucional del que éstos forman parte.

Procuraré estudiar, a continuación, si las características halladas respecto del concepto constitucional de orden público en España se presentan también en el régimen jurídico de Uruguay.

3.3.- EL CONCEPTO DE “ORDEN PÚBLICO” EN LA CONSTITUCIÓN DE URUGUAY

En las Constituciones de Uruguay, desde 1830, el “orden” ha sido un término tradicionalmente emparentado con el cometido estatal de garantizar la tranquilidad social y proporcionar una policía, atribuido al Poder Ejecutivo. El orden público aparecía, entonces, como fin a salvaguardar por el Estado, en sentido material, siendo que todo aquello que no lo afectare quedaba en un plano de absoluta libertad e intimidad de las personas. En esta línea, desde la Constitución de 1934, el orden público -en similitud con otros conceptos como el interés general-, es incorporado como una de las razones por las cuales, por ley, podrían admitirse restricciones a la protección de ciertos derechos fundamentales.

Analizaré a continuación el concepto que se le otorga al orden público en la CU. Comenzaré realizando, en la *Sección 3.3.1*, una caracterización general del régimen constitucional uruguayo, destacando los principios que identifican al sistema y que servirán para la labor interpretativa de las demás normas constitucionales y legales que serán citadas. Asimismo, me referiré, como primera aproximación al concepto de orden público, a su tratamiento constitucional como fin del Estado, en vinculación con las competencias policiales. Luego, me concentraré, en la *Sección 3.3.2*, en los artículos de la CU que hacen una expresa mención al orden público como un posible límite a ciertos derechos: artículo 10 (principio de libertad); artículo 38 (derecho de reunión); artículo 68 (libertad de enseñanza) y artículo 52 (prohibición de usura). Finalmente, en la *Sección 3.3.3*, analizaré el tratamiento que el concepto de orden público y de otros términos vinculados al mismo, como el interés general o el bien común, han tenido en la doctrina y en la jurisprudencia de la SCJ, procurando arribar al significado que estos poseen en la CU vigente.

3.3.1.- LA CARACTERIZACIÓN DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL URUGUAYO. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL ORDEN PÚBLICO COMO FIN DEL ESTADO.

Como en el caso español (Sección 3.2.1), me parece necesario partir de una sucinta caracterización del sistema constitucional uruguayo, destacado aquellos principios más significativos y que dan sustento al mismo. Ello por cuanto nos otorgará la primera pauta interpretativa tanto de la noción de orden público, como de las demás disposiciones constitucionales que serán citadas. Asimismo, y luego de efectuar esta caracterización, me aproximaré al concepto de orden público en relación con las competencias policiales; ello, no solo por estar plasmado en la Constitución vigente -según observaré-, sino por demostrarse, en dicha materia, la importancia de una concreta definición del concepto de orden público, y su necesaria interpretación conforme a los principios básicos que caracterizan a la Constitución.

Entiendo de pertinencia definir al sistema constitucional uruguayo como: (i) un Estado constitucional de Derecho; (ii) que posee por centro la protección de la persona y de los derechos que le son inherentes; y (iii) que adopta para su gobierno la forma democrática republicana. En estos puntos y sin perjuicio del principio de libertad (artículo 10) que será objeto de estudio particular en el apartado siguiente, nos corresponde detenernos en lo dispuesto por los artículos 7, 72, 82 y 332 CU⁹⁸⁷.

El ser un *Estado constitucional de Derecho*⁹⁸⁸ implica, entre otros aspectos, que la Constitución es la norma que da cimiento al sistema, de aplicación directa, y que servirá de punto de partida para la interpretación del

⁹⁸⁷ Estos artículos establecen:

“Artículo 7°.- Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general.

Artículo 72.- La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

Artículo 82.- La Nación adopta para su Gobierno la forma democrática republicana.

Artículo 332.- Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”

⁹⁸⁸ No me detendré sobre el desarrollo de este término, sino sobre los postulados básicos que hacen al concepto de orden público. Sobre esta noción en Uruguay puede consultarse: RISSO FERRAND (2011:37-44).

resto del ordenamiento jurídico. Asimismo, se da recepción a ciertos principios básicos, además de dar especial protección y garantías para los derechos fundamentales. Entre otros, la doctrina enumera al principio de constitucionalidad, de legalidad, de responsabilidad, de transparencia⁹⁸⁹; al que agrego la separación de poderes y lo propio del Estado social de Derecho. En esto último, cabe destacar que en la Constitución del año 1934 se incorporaron ciertos principios y derechos de índole social, que llevan a calificar al sistema como tal (*supra* 3.1.1).

Por otra parte, y como aspecto central, la Constitución desarrolla en la Sección II, bajo el título de “Derechos, Deberes y Garantías”, *el reconocimiento, la protección y la tutela de derechos fundamentales*, algunos enumerados en forma explícita y otros que se integran implícitamente, pues el artículo 72 dispone: “*La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno*”.

Los artículos 7 y 72 muestran una clara opción por la tesis iusnaturalista, plasmada en la Constitución, admitiendo la existencia de derechos preexistentes. Asimismo, se evoca que estos derechos son inherentes a la personalidad humana, aspecto que el Estado debe tener como centro, pues estos derechos no pueden dejar de aplicarse aún a falta de reglamentación (artículo 332). Así, y a propósito de informar el primer proyecto de Constitución, ELLAURI subrayó como un aspecto central del mismo que la Constitución se proponía incluir una “*declaración de los derechos, que se reservan los ciudadanos, señalando el modo y condiciones de su asociación*”, aclarando luego que “*los derechos [que se] reserva[n] los ciudadanos, ellos, se ven diseminados por todo el proyecto*”⁹⁹⁰.

Por su parte, los artículos 72 y 82 establecen la *forma democrática republicana de gobierno*, lo que supone la implícita recepción de diversos principios que hacen a este sistema⁹⁹¹. Ello necesariamente influye en el punto

⁹⁸⁹ RISSO FERRAND (2005:380-425).

⁹⁹⁰ Actas de la Asamblea General Constituyente y Legislativa del Estado (1830:413, Tomo I). Acta del día 6 de mayo de 1829.

⁹⁹¹ Según analizaremos en el apartado siguiente, esta caracterización, lejos de pretender el rechazo hacia otras ideologías, hace que las ideas estén exentas de control, permitiendo el pluralismo y la tolerancia. Asimismo, es en este principio en el que toman base algunos límites a la actividad de la Administración. Respecto de los principios generales recibidos por la Constitución véase: CAJARVILLE (1998:476-486).

de partida para la interpretación de las distintas disposiciones constitucionales que tratan sobre el orden público y, especialmente, para el establecimiento de límites a las competencias policiales, punto que será analizado seguidamente. Tal sostuvo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: *“La afirmación del carácter republicano y democrático de nuestro sistema pone en claro cuáles son los criterios políticos que inspiran nuestro régimen constitucional y que deben inspirar al intérprete para su debida comprensión”*⁹⁹².

En lo que respecta al orden público como fin del Estado, desde la Constitución de 1830, el orden, entendido como tranquilidad interior, es competencia atribuida al Poder Ejecutivo (*supra* 3.1.1). En este sentido, el artículo 168, numeral 1, de la Constitución vigente establece que al Poder Ejecutivo corresponde *“la conservación del orden y tranquilidad en lo interior, y la seguridad en lo exterior”*. El orden y la tranquilidad⁹⁹³ constituyen fines a ser preservados por el Estado, lo que se contempló en diversa legislación específica sobre esta materia⁹⁹⁴, que aborda al “mantenimiento del orden público” como cometido estatal.

La Ley Orgánica Policial, número 13.963, del 22 de mayo de 1971, establecía que la policía es un servicio dependiente del Ministerio del Interior (Poder Ejecutivo), a la que le compete el mantenimiento del orden público y la prevención de los delitos. Se definía al orden público como *“el estado de hecho en el que se realizan los valores de tranquilidad y seguridad públicas; la normalidad de la vida corriente en los lugares públicos, el libre ejercicio de los derechos individuales, así como las competencias de las autoridades públicas”*⁹⁹⁵.

Al decir de la doctrina, esta norma vino a prever lo antes sostenido por REAL, quien definía a la policía como: *“una actividad administrativa que tiene por*

⁹⁹² JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:152, Tomo I). A mayor ahondamiento sobre la filosofía de la Constitución, puede verse también DURÁN MARTÍNEZ (2004:47-73).

⁹⁹³ Al decir de REAL (1946:89) que se mencione al “orden” y a la “tranquilidad” es una separación inútil, ya que el primero contiene al segundo.

⁹⁹⁴ Esta alusión ya se hacía en el Reglamento para la Policía de Artigas de 1915, que luego fue replicado para las policías de los demás Departamentos del Uruguay en 1916, así como en el Reglamento General de Policía de Montevideo, de 1926. A mayor abundamiento: REAL (1946:91). Asimismo, es de notar que el afianzamiento del orden y la seguridad interior fue una de las primeras preocupaciones que manifestaron los constituyentes de 1830. A este respecto: Actas de la Asamblea General Constituyente y Legislativa del Estado (1830:326 y 332, Tomo I).

⁹⁹⁵ Artículo 2 de la Ley 13.963, del 22 de mayo de 1971, publicada el 26 de mayo de 1971. Esta definición fue replicada por la SCJ (SCJ 588/2012 y 617/2012).

*fin el mantenimiento del orden público en su triple aspecto de tranquilidad, seguridad y salubridad públicas, previendo su alteración por medio de reglamentaciones o limitaciones a la actividad de los particulares, recurriendo subsidiariamente a la coacción y represión*⁹⁹⁶. De la definición de REAL se extrae que: (i) el orden público tendría un triple contenido: tranquilidad, seguridad y salubridad públicas; (ii) la salvaguarda de éste podría limitar la actividad de los particulares; y (iii) la coacción y la represión serían actividades subsidiarias. La “policía” se relaciona, entonces, con un orden material que se refiere estrictamente a la tranquilidad, seguridad y salubridad públicas. La primera es el orden de la calle, ya analizado y que se emparenta con la seguridad, pero esta última adquiere un carácter más grave y más general, en tanto la situación que altere la seguridad puede derivar de actos o hechos humanos, tales como los delitos⁹⁹⁷, u otros como catástrofes naturales o similares⁹⁹⁸.

Por su parte, DELPIAZZO define a la seguridad pública como “*el estado o situación de orden en la relación de cada persona con su entorno*”⁹⁹⁹. A ello, la norma legislativa comentada, Ley 13.963, le adiciona que se trata de un “*estado de hecho*”, aludiendo a lo material¹⁰⁰⁰, y que, además de lo anterior, debiera permitir el “*libre ejercicio de los derechos individuales*” y, a la vez, “*las competencias de las autoridades públicas*”. Este último aspecto fue desarrollado por la Ley de Procedimiento Policial, número 18.315, del 5 de julio de 2008, precisando en varias de sus disposiciones, que el uso de la fuerza es habilitado únicamente cuando sea estrictamente necesario y no hubiera otra medida de prevención o disuasión a ser empleada¹⁰⁰¹.

La “salubridad pública”, por su parte, no se encuentra dentro de la definición dada por la Ley 13.963. Sin embargo, REAL aclara que integra el concepto teórico de orden público, aunque no así el legal, puesto que este último

⁹⁹⁶ DELPIAZZO (2006:300). La definición puede ser consultada en: REAL (1946:76). Asimismo, lo postulado por REAL tomaba base en la doctrina francesa de HAURIOU. A este respecto: ROTONDO (1979:17).

⁹⁹⁷ REAL (1946:79) y ROTONDO (1979:18).

⁹⁹⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:99-100, Tomo I).

⁹⁹⁹ DELPIAZZO (2006:291).

¹⁰⁰⁰ Este aspecto también fue resaltado por REAL (1946:77), calificando como una “*conquista del derecho liberal, posterior a la Revolución Francesa*” el punto que el orden público es un orden externo por cuanto no atiende a las causas morales o intelectuales del desorden, sino a su manifestación exterior.

¹⁰⁰¹ Artículos 3, 14 y 17 de la Ley 18.315, del 5 de julio de 2008, publicada el 22 de julio de 2008. Este punto es destacado en doctrina por DELPIAZZO (2006:300).

posee un contenido orgánico, siendo que la salubridad es una competencia asignada a otro órgano, no regulado por dicha Ley¹⁰⁰².

De lo anterior deriva una expresión de orden público -y de policía- restringida (*supra* 2.1)¹⁰⁰³, y limitada a lo material. Sin embargo, actualmente es posible hallar una extensión de esta caracterización a otros ámbitos. La Ley 13.963 antes comentada fue sustituida por la Ley 19.315, del 18 de febrero de 2015, que no mantiene la definición dada al orden público. En efecto, no establece ninguna definición del orden público, aunque sí se refiere al “orden y seguridad pública interna” como el cometido policial principal. El orden público como fin estatal es reiterado en diversas normas vigentes y reglamentarias de la Ley 19.315.

El Decreto 1/016, del 4 de enero de 2016, atribuye a la policía el “cometido esencial [de] la salvaguarda y protección de los derechos individuales de todos los habitantes del país, el mantenimiento del orden público y la prevención y represión de los delitos”¹⁰⁰⁴. El Decreto 289/016, del 19 de setiembre de 2016, prevé que a las Jefaturas de Policía del interior del país les corresponde, entre otras tareas, el “mantenimiento del Orden Público”¹⁰⁰⁵. Por su parte, el Decreto 295/016, del 19 de setiembre de 2016, establece que a la Guardia Republicana le compete “restablecer el orden público a requerimiento del Ministerio del Interior”.

Si bien esta última norma toma como sinónimos “orden interno” y “orden público”¹⁰⁰⁶, en doctrina había sostenido JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA que el concepto de orden interior es más restringido que el concepto general del orden público, agregando que “la protección del orden político interno, es decir, de la independencia de los Poderes y de la regularidad de la actividad de los órganos

¹⁰⁰² REAL (1946:93). En similar sentido se manifiesta ROTONDO (1979:18).

¹⁰⁰³ En igual sentido, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:98-99, Tomo III); REAL (1946:71 y ss.); y DELPIAZZO (2006:292). No obstante, se excluye la doctrina norteamericana del “pólice power”, en la que se observa un proceso opuesto. Otros autores, tal GORDILLO en Argentina, también poseen opiniones particulares al entender que no correspondería referir actualmente a un poder de policía, sino que el mismo se ha distribuido dentro de toda la actividad estatal. A este respecto: DELPIAZZO (2006:294).

¹⁰⁰⁴ Considerando I del Decreto 1/016 sobre reglamentación de los artículos 76 a 90 de la Ley 19.315, expedido el 4 de enero de 2016.

¹⁰⁰⁵ Es de notar que tanto en este Decreto, como en el 299/016 que analizaré más adelante, se hace referencia a un “Orden Público” utilizando mayúsculas, lo que no ocurría en la legislación o reglamentación anterior.

¹⁰⁰⁶ La conclusión se extrae de la referencia indistinta que realiza de estos términos en los artículos 2 y 3.

*públicos, se obtiene por medio de otras actividades, que no son las de policía*¹⁰⁰⁷.

Sin perjuicio de esta diferenciación que realizaba la doctrina, al analizar las distintas normas jurídicas hoy vigentes se extrae que el concepto de policía vinculado al mantenimiento del orden material de la calle, o a la tranquilidad, no agota el contemplado actualmente como el cometido del orden público. Además de este, el mantenimiento del “orden”, “orden interno” u “orden público” abarca otras esferas. Lo observamos al estudiar particularmente el Decreto 299/016, del 19 de setiembre de 2016, que regula los cometidos de la Dirección General de Información e Inteligencia Policial, órgano también dependiente del Ministerio del Interior. En este último, se le otorga competencias para *“obtener, analizar, procesar y diseminar de manera oportuna información necesaria para la prevención, disuasión y eventual represión legítima de hechos o actividades que afecten o atenten contra la tranquilidad, el Orden Público e Institucional, en cumplimiento de la Constitución de la República, leyes vigentes, respeto y garantía de los derechos fundamentales propios de un Estado de Derecho”*¹⁰⁰⁸. Nótese especialmente que, además de a la tranquilidad, este Decreto se refiere a un “Orden Público e Institucional” que sería un concepto distinto, más amplio y vinculado a otras áreas.

El tratamiento del orden como fin del Estado y la amplitud y significancia que atribuyamos a este “orden” son cuestiones intrínsecamente relacionadas con los límites a ser aplicados a la labor estatal, lo que hace necesaria una interpretación del concepto y de esta legislación y reglamentación partiendo de la Constitución. Tenemos así que, fundamentándose en la salvaguarda de la tranquilidad y el orden, y dada la ausencia de caucho que perjudicaba a un sector de la producción económica del país, el Poder Ejecutivo, por Decreto del 28 de agosto de 1945, ordenó incautar partidas de caucho retenidas por la aduana¹⁰⁰⁹. Con mayor gravedad aún, hemos visto que el *orden* también fue un fin buscado por diversas medidas tomadas en forma previa y durante el último gobierno de

¹⁰⁰⁷ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:99, Tomo III). En este mismo sentido se había pronunciado REAL (1946:76).

¹⁰⁰⁸ Artículo 1 del Decreto 299/016, reglamentación del artículo 14 de la Ley 19.315 relativo a los cometidos de la Dirección General de Información e Inteligencia Policial, de fecha 19 de setiembre de 2016 y publicado el 4 de octubre de 2016.

¹⁰⁰⁹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:100, Tomo III).

facto, lo que supuso la no aplicación de la Constitución (*supra* 3.1.2). Incluso algunas de las normas legales o reglamentarias actuales, antes mencionadas, contribuyen a la ampliación del concepto y, por consecuencia, de la finalidad estatal, siendo de trascendencia el análisis de los límites a esta labor policial.

En este punto, cabe aplicar a la actividad administrativa el principio de legalidad y, mayor aún, de constitucionalidad, entendiendo por tales la necesaria adecuación de las actuaciones a la ley y a la Constitución. Sostuvo desde temprano la doctrina que: *“La potestad normativa del Poder Ejecutivo en esta materia está limitada por las disposiciones de la Constitución que regulan la libertad individual y por la legislación ordinaria que desarrolla y reglamenta esos mismos principios de libertad”*¹⁰¹⁰. Por consiguiente, el concepto constitucional de orden público es una pieza fundamental en lo que hace al límite de la actuación policial y, mayor aún, administrativa, correspondiendo determinar el mismo y ceñirnos a él en lo que refiere a la interpretación de las disposiciones legales y reglamentarias antes comentadas.

En ello, el orden público fue históricamente vinculado a lo material, al orden y tranquilidad en la calle, pero es posible observar, actualmente, una ampliación hacia otros ámbitos, lo que le agrega una esfera inmaterial. La confluencia de esta doble significación que fue observada en España se presenta también en Uruguay, lo que profundizaré a continuación.

3.3.2.- PRINCIPIO DE LIBERTAD Y ORDEN PÚBLICO. EL ORDEN PÚBLICO COMO SUPUESTO DE LIMITACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES

3.3.2.1.- La esfera de libertad prevista por el artículo 10 de la Constitución de Uruguay: actividades ajenas al “orden público”

El inciso primero del artículo 10 de la Constitución dispone que: *“Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudiquen a un tercero, están exentas de la actividad de los magistrados”*¹⁰¹¹.

¹⁰¹⁰ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:101, Tomo III).

¹⁰¹¹ Esta redacción es reiterada en algunas leyes para determinadas materias. A modo de ejemplo, la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la Nación, número 19.483, del 5 de enero de 2017, establece en su artículo 7 que: *“Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a terceros, están exentas de la acción de los fiscales y de su investigación”*.

Esta redacción permanece casi inalterada desde la primera CU, del año 1830¹⁰¹², y tal sostiene JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA¹⁰¹³, posee sus cimientos en los artículos 5 y 10 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano¹⁰¹⁴, en las Constituciones de Francia de 1791¹⁰¹⁵ y 1793¹⁰¹⁶, y de Argentina, en los Estatutos de 1815¹⁰¹⁷ y en las Constituciones de 1819¹⁰¹⁸ y de 1826¹⁰¹⁹.

El Proyecto de Constitución del año 1830 no establecía mención al orden público en esta norma, sino a la “sociedad”. Se proponía: *“No hay autoridad en la tierra sobre los pensamientos, acciones privadas de los hombres que no ataquen directa, o indirectamente a la sociedad, ni que ofendan a un tercero. Ningún habitante del Estado, está obligado a más de que la ley prescribe, ni privado de hacer lo que ella no prohíbe”*¹⁰²⁰. Fue la Comisión encargada de

¹⁰¹² Las Constituciones de 1830 y de 1918 referían a “las acciones privadas de los hombres” (lo que fue variado por “las personas”). Asimismo, la primera Constitución también establecía que dichas acciones eran reservadas a Dios, propio de un Estado confesional que se modificó en 1918. La redacción actual permanece incambiada desde la Constitución de 1934.

¹⁰¹³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:236, Tomo I). El autor menciona también como antecedente el Proyecto de la Sociedad Patriótica en la constituyente de Buenos Aires de 1813, así como la Constitución unitaria y rivadaviana de 1826. Esta misma conclusión es compartida en Argentina, a este respecto: ARAYA (1908: 280).

¹⁰¹⁴ La Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano disponía en sus artículos 5 y 10: *“La Ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la Sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene”* y *“Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, siempre y cuando su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley”*. HAURIUO (1927:66-67) califica estas normas como características del subjetivismo revolucionario que conllevaron a la construcción del orden individualista.

¹⁰¹⁵ El artículo 10 de la Constitución francesa de 1791 establecía: *“Las reglas que los oficiales municipales estarán obligados a respetar en el ejercicio de sus funciones, tanto de las propiamente municipales como de aquellas de interés general que se les hayan delegado, estarán fijadas por las leyes”*.

¹⁰¹⁶ El artículo 6 establecía: *“La libertad es el poder que pertenece al hombre de hacer todo aquello que no perjudique a los derechos de los demás; tiene por principio la naturaleza, por regla la justicia, por garantía la ley; su límite moral se expresa en esta máxima: No hagas a otro lo que no quieras que te hagan a ti”*. Asimismo, se destaca aquí la consagración de la doctrina roussoniana de la voluntad general. A este respecto, el artículo 4 establecía: *“La ley es la expresión libre y solemne de la voluntad general; es la misma para todos, tanto cuando protege, como cuando castiga; sólo puede ordenar lo que es justo y útil para la sociedad; sólo puede prohibir lo que es perjudicial para la misma”*.

¹⁰¹⁷ El artículo 1 de los Estatutos de 1815, dentro del Capítulo I (Seguridad individual), disponía: *“Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofenden el orden público, ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los Magistrados”*.

¹⁰¹⁸ El artículo CXII establecía: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden el orden público ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los Magistrados”*.

¹⁰¹⁹ El artículo 162 disponía: *“Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofenden al orden público ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de las autoridades de los Magistrados”*.

¹⁰²⁰ Actas de la Asamblea General Constituyente y Legislativa del Estado (1830:187, Tomo II). Acta del día 12 de agosto de 1829.

efectuar correcciones al texto quien sustituyó “sociedad” por “orden público”, y así fue aprobada por la Asamblea Constituyente¹⁰²¹.

La fórmula actual puede ser vinculada con la ideología liberal francesa, pero también se le emparenta con la tradición angloamericana¹⁰²². Sin perjuicio de ello, y siendo Argentina su fuente directa, cobra relevancia lo allí sostenido respecto de este vocablo, y la omisión que el constituyente uruguayo ha realizado al excluir a la “moral pública”, término que sí se presentaba en los antecedentes argentinos. Para estos, el legislador no puede intervenir en la conciencia, sino únicamente cuando ésta afecta a los terceros: *“Ofender el orden público y ofender la moral pública, quiere decir injuriar el derecho de conservación y desenvolvimiento de la sociedad; quiere decir perjudicar a [un] tercero, injuriar el derecho de otra persona. Todos los demás actos, cualquiera que sea su naturaleza moral, están fuera de la acción represiva de la ley”*¹⁰²³.

Se trata del reconocimiento del derecho o esfera de libertad¹⁰²⁴, vinculada a una ideología liberal, y que se traduce en la imposibilidad de intervención estatal en aquellas actividades *“meramente privadas que no causan perjuicio a la sociedad ni a un tercero”*¹⁰²⁵. Esta esfera de libertad caracteriza al sistema como no totalitario, es decir, el Estado no puede regular toda la actividad social, sino sólo una porción de la misma¹⁰²⁶. Esta porción se determina con base en uno de los principios fundamentales del sistema democrático, esto es, que se responda por lo que se hace, y no por lo que se piensa¹⁰²⁷, aunque la doctrina reconoce que su marco es variable¹⁰²⁸ y depende de la evolución de la vida

¹⁰²¹ Actas de la Asamblea General Constituyente y Legislativa del Estado (1830:249 y 259, Tomo II). Actas de los días 1 y 3 de setiembre de 1829.

¹⁰²² DELIO (2007:112).

¹⁰²³ ARAYA (1908:281). Cabe puntualizar que el artículo 19 de la Constitución argentina vigente establece: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*.

¹⁰²⁴ REAL (1958:15); JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:210, Tomo I); CAGNONI (1990:83); y CASSINELLI MUÑOZ (1999:86).

¹⁰²⁵ REAL (1946:78); CASSINELLI MUÑOZ (1999:86).

¹⁰²⁶ CASSINELLI MUÑOZ (1999:86).

¹⁰²⁷ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:239, Tomo I). En igual sentido, BARBAGELATA (1986:60) sostiene que no le es posible al Estado llegar a la conciencia de los individuos, sino únicamente regular los actos exteriores o conductas. En este mismo sentido se había pronunciado REAL (1946:78) conforme a lo ya analizado. Por otra parte, algunos autores relacionan el artículo 10 con el derecho a la intimidad, dándole fundamento en la protección de este derecho constitucional: RISSO FERRAND (2005:538).

¹⁰²⁸ DELPIAZZO (2006:300), siguiendo a Fernando GARRIDO FALLA, sostiene que el orden público es una noción dinámica, y no estática, variando en función de las concepciones dominantes en un momento y lugar determinados y de los fines del Estado, según fuere abstencionista o interventor.

social: *“los contenidos concretos de la libertad son variables; la libertad es una categoría irreductible”*¹⁰²⁹.

Dándole dicho significado al artículo 10, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA afirmó que: *“Los hombres de la época ya sabían perfectamente que sólo los actos externos del hombre pueden ser regulados por el Derecho”*¹⁰³⁰. Esta tesis puede ser corroborada en los antecedentes constitucionales, pues el constituyente GARCÍA enfatizó que *“no siendo públicos los pensamientos o acciones, no podían atacar a la sociedad”*¹⁰³¹. Esta esfera de libertad es irrestricta en el ámbito interno y posee, entonces, únicamente límites externos¹⁰³²: uno, vinculado a la convivencia social, según el cual la libertad de cada uno termina en donde empieza la de los demás; y el segundo, de orden público, por el que ingresan las circunstancias de alteración social¹⁰³³. El orden público es pues una noción distinta a la de protección de los derechos de los terceros, más amplia, y que comprende la afectación material a la tranquilidad social. En este sentido sostiene PLA RODRÍGUEZ que: *“El concepto de orden público evoca una situación de normalidad social, que puede ser perturbada sin que con ello se dañe a ninguna persona en concreto. Su ataque parece aludir a la idea de ofensa a la comunidad”*¹⁰³⁴.

El artículo 10 CU refiere históricamente, entonces, a un concepto de orden público material, de alteración al orden *de la calle*. De los antecedentes y de la doctrina citada se observa, incluso, una connotación negativa a la vinculación del orden con la moral -aspecto que sí es sustentado en los textos de Argentina-, y de la acepción del orden público en forma inmaterial. Propio de una doctrina liberal, se trató de reconocer un ámbito irreductible del individuo, ilimitado, y que

¹⁰²⁹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:235, Tomo I). El autor marca la contraposición con la teoría de Kelsen, según la cual el marco de libertad es el hueco dejado por el sistema normativo, susceptible de ser reducido indefinidamente.

¹⁰³⁰ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:235, Tomo I).

¹⁰³¹ Actas de la Asamblea General Constituyente y Legislativa del Estado (1830:188, Tomo II). Acta del día 12 de agosto de 1829.

¹⁰³² Si lo analizáramos desde la perspectiva opuesta, el artículo 10 viene a reconocer límites a los derechos. Así es entendido en discordia a la Sentencia de la SCJ 104/2015 pronunciada por el Magistrado Luis Charles.

¹⁰³³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1944:427). El autor refiere a los motivos políticos. Con ello, podríamos hallar atisbos de una concepción ideal del orden público. Sin embargo, al haber analizado toda la obra de este autor advierto que, en mi parecer, se refiere a alteraciones materiales al orden, en las que incluye a estos motivos políticos, los que por excelencia alterarían el “orden público”.

¹⁰³⁴ PLA RODRÍGUEZ (1980:446).

solo se podría ver restringido por la autoridad en su manifestación externa. El orden público en esta primera acepción es un orden público material.

No obstante, cabe relacionar aquí lo preceptuado por este artículo 10, su interpretación histórica, y la regulación policial antes analizada (*supra* 3.3.1). El control policial actual se inmiscuye en otros ámbitos, además del estricto orden en la calle. Ante esta constatación, es necesario preguntarnos si podría haber otra interpretación del término “orden público” en el artículo 10, que conlleve a reducir la esfera de libertad, y amplíe la actividad estatal; o si dicha ampliación, por el contrario, no encuentra cabida en la Constitución. Asimismo, en caso de adoptar otra interpretación al orden público del artículo 10, cabría cuestionarse cuál es el fundamento, cuál es su contenido, y cuáles son sus límites. Retomaré estas cuestiones al finalizar este capítulo.

3.3.2.2.- El orden público como límite al derecho de reunión

El artículo 38 CU establece: *“Queda garantido el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no podrá ser desconocido por ninguna autoridad de la República sino en virtud de una ley, y solamente en cuanto se oponga a la salud, la seguridad y el orden públicos”*.

La redacción de dicha norma se incorporó en la Constitución de 1934 y permaneció incambiada hasta el presente. Como antecedente directo se señala la Ley del año 1897, cuyo artículo 1 poseía igual contenido que el actual artículo 38 constitucional¹⁰³⁵. No obstante no estar antes previsto en forma expresa, la doctrina señala, recordando a lo sostenido por los constituyentes argentinos, que el derecho de reunión estaba implícitamente reconocido, puesto que *“nace del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de Gobierno”*¹⁰³⁶.

El vínculo entre el derecho de reunión y el ámbito democrático resulta evidente. Al decir de la doctrina es una *“necesidad indiscutible en los Estados democráticos”*¹⁰³⁷. Sin embargo, estos postulados no siempre son tan patentes.

¹⁰³⁵ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:277, Tomo I). La constituyente de 1934 rechazó, asimismo, un proyecto sustitutivo de Eugenio Gómez que proponía una redacción con mayor amplitud y ningún motivo de limitación. Por otra parte, es de destacar que la ausencia del derecho de reunión en las constituciones anteriores es atribuida, por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1944:449) a que en las fuentes de la Constitución de 1830 -como la Constitución francesa- tampoco se establecía.

¹⁰³⁶ REAL (1958:20). El autor lo relaciona con los antecedentes del actual artículo 72 CU.

¹⁰³⁷ BARBAGELATA (1986:72).

Posteriormente a la Constitución de 1934 se expidió la Ley 9.565, del 2 de junio de 1936, que permitía al Poder Ejecutivo prohibir una reunión pública cuya finalidad fuere: *“hacer demostraciones a críticas favorables o contrarias a la política de un Estado extranjero o a su situación interna o a su actuación como persona de Derecho Internacional”*. Como fundamento expresado en su exposición de motivos, debido al contexto, el Estado quería impedir toda clase de responsabilidad internacional por los dichos de sus habitantes¹⁰³⁸.

Coincido en este punto con la doctrina, que califica como una “monstruosidad” el criterio de esta ley, partiendo de supuestos de un Estado totalitario, y no democrático¹⁰³⁹. Esta regulación discrepa en gran medida con la redacción actual de la disposición constitucional. El artículo 38 admite la limitación al derecho de reunión por ley fundada en razones de salud, seguridad y orden públicos. Estos son los únicos límites admitidos¹⁰⁴⁰, por lo que no se podrían prohibir las reuniones que tengan determinadas ideologías, lo que posee igual consideración en la jurisprudencia del TCE ya comentada.

Al respecto sostuvo enfáticamente BARBAGELATA que: *“No es admisible, dentro de los Estados democráticos, una previa fiscalización por el organismo administrativo, con respecto a los motivos o las finalidades de una determinada reunión. La policía preventiva con respecto a la reunión es la solución de los Estados no-democráticos, y en los hechos lleva a hacer desaparecer este derecho”*¹⁰⁴¹. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA puntualizó que incluso las reuniones públicas con finalidad de propaganda antidemocrática deben ser permitidas: *“estimo que, en un orden democrático, en cuanto la posición anti-democrática no trascienda en actos, ellos no pueden ser objeto de represión”*¹⁰⁴². Reafirmando esta posición, citó el fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso *Schneidermann v. Estados Unidos*, en el que la Corte establece: *“Hay una diferencia sustantiva entre la agitación y la exhortación a la violencia inmediata, que crea un peligro indudable y actual de desorden público u otro daño explícito, y la simple justificación o predicción doctrinal del empleo*

¹⁰³⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:278, Tomo I) y (1944: 451-452).

¹⁰³⁹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:278, Tomo I) y (1944: 451-452). Este autor aclara, asimismo, que esta prohibición no está fundamentada ni en la seguridad ni en el orden, pues la ley fue expedida antes de que comenzara la guerra.

¹⁰⁴⁰ RISSO FERRAND (2005:653).

¹⁰⁴¹ BARBAGELATA (1986:72).

¹⁰⁴² JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988: 279, Tomo I).

*de la violencia en condiciones hipotéticas, en cierto momento indefinido del futuro, predicción que no se piensa ni se propone aplicar o cumplir enseguida, dando así oportunidad para que se produzca la discusión y el proceso severo del pensamiento y la razón*¹⁰⁴³.

En igual sentido, y respecto de la temática de la Constitución militante, y aún de la democracia militante o lo que preferí llamar defensa democrática, CASSINELLI MUÑOZ expresa que en un sistema democrático se debe admitir la coexistencia de doctrinas diversas, incluso aquellas que sean contrarias al propio funcionamiento del sistema democrático. Cita, al respecto, la experiencia histórica que ha demostrado que en los casos en los que se adoptó una “democracia militante” -en la terminología aquí empleada seguramente refiriéndose a “Constitución militante”- se ha terminado desmantelando el régimen democrático: *“basta que la mayoría (o el gobierno representante de esa mayoría) en determinado momento califique como antidemocrática una opinión para que se silencia, y entonces, se va extendiendo la supresión de la oposición de los verdaderos grupos antidemocráticos a los grupos que por cualquier motivo no sean del agrado del que represente la mayoría*¹⁰⁴⁴. En base a ello, por tanto, no podría limitarse una reunión por razones ideológicas, punto en el que el derecho de reunión se vincula con la libertad de pensamiento y con el artículo 10 CU ya abordado.

En relación a esto último, entonces, Uruguay no propugna un régimen de Constitución militante. No obstante, tal fue analizado respecto de España (*supra* 3.2.2.2), cabe profundizar en si a pesar de no ser un sistema de “Constitución militante”, contiene, o no, ciertos valores mínimos, como presupuestos que aún debieran ser cumplidos por una ideología contraria a la Constitución. Es lo que antes denominé como un sistema de defensa democrática (*supra* 3.2.2.2). Presentaré este aspecto aquí, en relación con el derecho de reunión, aunque lo retomaré también en el apartado siguiente, vinculado a la libertad de enseñanza (*infra* 3.3.2.3).

¹⁰⁴³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:300, Tomo I).

¹⁰⁴⁴ CASSINELLI MUÑOZ (1999:101).

En esta temática, una particular apreciación merece, al igual que lo formulan otros países¹⁰⁴⁵, la prohibición al personal policial de *“realizar manifestaciones que atenten contra el respeto de los Poderes del Estado, sus autoridades o formulen críticas sobre la organización y estructura de la institución, gestión y políticas adoptadas por las autoridades”*¹⁰⁴⁶. Si bien esta prohibición se relaciona con otros derechos, como la huelga, estimo de importancia invocarla, por cuanto se trata de una especial previsión para ciertos funcionarios, que no podrían realizar actos de crítica -entre ellos reuniones- con cierto contenido ideológico, lo que parecería un contrasentido a lo que vengo desarrollando.

La SCJ se pronunció entendiendo que la norma citada es constitucional, dado que, si bien limita el derecho a la huelga y la libertad de expresión, hay razones de interés general para ello (SCJ 211/2016). La conclusión se sustenta en tres argumentos: (i) el servicio que cumplen los funcionarios policiales de mantenimiento del orden y seguridad internas del Estado reclama esta especial disciplina; *“una libertad irrestricta para las críticas o cuestionamientos realizados por los propios funcionarios, desde el punto de vista de los ciudadanos, podría contribuir a un importante descrédito de la institución policial y, por ende, de la autoridad del Estado en materia de seguridad”*; (ii) la limitación se encuentra orientada al cumplimiento de los cometidos de Policía Nacional, a la preservación de su prestigio y orden institucional; y (iii) esta restricción no impide el debate democrático referido a temas organizativos del servicio, dado que solo alcanza a los dependientes.

Sin ahondar en un análisis del fallo y de su conclusión final, estimo de importancia detenerme en cuanto en la sentencia comentada se deja en claro un cierto contenido de la noción de orden público: el debate democrático. La Corte se preocupa por cuando la limitación, aunque posible, no podría impedir dicho debate, de lo que deriva su importancia y su necesaria integración al concepto de orden público que vengo abordando. Por una parte, entonces, es trascendente el orden institucional y la representación que del mismo simbolizan

¹⁰⁴⁵ El artículo 8.2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos establece que: *“Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley”*.

¹⁰⁴⁶ Artículo 37 de la Ley Orgánica Policial 19.315, del 18 de febrero de 2015, publicada el 24 de febrero de 2015.

las fuerzas policiales. Por tanto, es razonable la limitación. Sin embargo, esta limitación no puede llevar a impedirles participar en debates democráticos, pues ello no respetaría la noción de orden público o de interés general.

Por otra parte, cabe analizar asimismo el derecho de reunión y una posible limitación basada en el orden público en lo que respecta al delito de asonada. El artículo 145 del Código Penal castiga con pena privativa de libertad, a quienes tomaren parte en una asonada, agregando que: *“Cometen asonada los que se reúnen en número que no baje de cuatro personas, para causar alboroto en el público, con algún fin ilícito que no esté comprendido en los delitos precedentes o para perturbar con gritos, injurias o amenazas, una reunión pública, o la celebración de alguna fiesta, religiosa o cívica, o para exigir de los particulares alguna cosa justa o injusta”*.

En el año 2015, en una primera sentencia (SCJ 104/2015)¹⁰⁴⁷, la SCJ declaró la inconstitucionalidad de la norma, por entenderla vulneradora del principio de proporcionalidad. De acuerdo con lo ya comentado en el Capítulo I, hubiere correspondido un verdadero análisis del fin de la norma, esto es, de la presencia en el caso concreto de las razones de orden público por las que la disposición constitucional habilitaría una limitación al derecho de reunión y, en todo caso, fundamentar la decisión en la falencia en tal finalidad. Por el contrario, no obstante sostener que la finalidad del delito es la paz pública y, con ello, el orden público, la Corte se limitó a puntualizar que no cumple con el principio de proporcionalidad, al contener un exceso en la respuesta penal y privativa de libertad *“cuando la paz pública, que es lo que la norma pretende proteger y salvaguardar (Cf. Bayardo, ob. cit., pág. 67), en realidad no necesariamente se ve afectada con la reunión”*.

El fallo se fundamenta, entonces, en el incumplimiento del principio de proporcionalidad en lo que hace a la necesidad, pues hubiera cabido un accionar preventivo y no la sanción penal. Sin embargo, y en lo que hace a la configuración del orden público como límite al derecho de reunión, es de extraer

¹⁰⁴⁷ Es de aclarar que el fallo fue dictado en el marco del procesamiento de sujetos por el delito de asonada, basado en hechos ocurridos en el edificio de la Suprema Corte de Justicia. Por tal motivo, los Magistrados integrantes de la Corte se excusaron, por lo que la Sentencia fue dictada por la Corte integrada. En dicha oportunidad la integraron los Ministros de Tribunales de Apelaciones: Sergio Torres, Rolando Vomero, Graciela Gatti, Doris Morales, Luis Charles. Estos dos últimos fueron discordes, entendiendo que debió haber sido desestimada la inconstitucionalidad.

dos postulados: (a) que el orden público se entiende como paz pública, esto es, como la salvaguarda de la convivencia pacífica como base de la vida civilizada; y (b) que una reunión alborotada no necesariamente afecta dicha paz pública por el mero hecho de calificarse como tal.

Posteriormente, en una segunda sentencia sobre la misma norma la Corte declaró su constitucionalidad (SCJ 102/2016)¹⁰⁴⁸. La SCJ integrada¹⁰⁴⁹ fundamentó que la limitación se encuentra permitida por el artículo 38 constitucional, dado que el fin del delito de asonada es “asegurar la convivencia social”. Se sostuvo en esta oportunidad que: *“La relevancia del bien jurídico protegido justifica racionalmente la adopción de tal tutela penal, máxime si se tiene presente que la ‘paz pública’ es una de las piedras angulares de una convivencia armónica, protectora de los derechos de cada uno de los integrantes de la sociedad, pero también tolerante y respetuosa con el libre ejercicio del derecho de los demás”*.

Es necesario verter atención en el análisis pronunciado en una y otra sentencia, para advertir la diferencia en la fundamentación y, consecuentemente, en el resultado final. Ambas parten de que la limitación es posible al tener por fin la preservación del orden público. Sin embargo, ninguna lo define ni precisa su contenido. Por otra parte, mientras la primera no lo entiende afectado en la práctica -y, por tanto, concluye que la norma es vulneradora del principio de proporcionalidad-, a la segunda le alcanza con la importancia del fin para entender justificada la restricción.

En contraste con ello entiendo que el motivo de la limitación y su conexión con los hechos debe ser acreditado¹⁰⁵⁰, no siendo suficiente la invocación teórica de uno de estos conceptos (*supra* 1.3). La limitación al derecho de reunión no puede estar basada en la ideología o finalidad de la misma, y se debe sustentar únicamente en razones de salud, seguridad y orden públicos. La interpretación de estos términos en forma amplia y desvinculada de la realidad práctica del

¹⁰⁴⁸ Cabe recordar que la declaración de inconstitucionalidad, en Uruguay, tiene efectos únicamente para el caso concreto (artículo 259 de la Constitución).

¹⁰⁴⁹ En este caso y por similares fundamentos a los ya expuestos (*supra* nota al pie 1047), la SCJ se integró con los Ministros de Tribunales de Apelaciones: Doris Morales, Julio Olivera, Luis Charles, Sergio Torres y Graciela Gatti. Estos dos últimos fueron discordes, entendiendo que correspondía declarar la inconstitucionalidad.

¹⁰⁵⁰ En este sentido, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1944:453).

caso concreto conlleva a desvirtuar la redacción constitucional, permitiéndose límites más allá de lo previsto.

Estas conclusiones deben, necesariamente, preceder al análisis de toda norma atributiva de competencias a las autoridades policiales para asegurar el orden público. Si bien ya hemos analizado algunas, tal como la Ley Orgánica Policial, 19.315 (*supra* 3.3.1), corresponde detenernos en el Decreto 76/2017, del 20 de marzo de 2017¹⁰⁵¹, a los efectos de enfatizar lo ya pronunciado.

Este Decreto, con fundamento en la mencionada Ley, compromete al Ministerio del Interior a preservar el uso público de las calles, caminos, carreteras, cuyo tránsito se pretenda obstaculizar o interrumpir por personas, vehículos u objetos. *“La intervención de la autoridad policial a los efectos indicados en el Artículo anterior se efectuará a fin de garantizar el derecho a la libre circulación, el orden público y la tranquilidad”*.

Según lo ya sostenido, es necesario interpretar estas normas desde la Constitución, teniendo en claro que la protección del derecho es el principio, y su restricción la excepción; y que esta restricción debe estar no solo basada en abstracto en el orden público, sino que corresponderá acreditar la efectiva alteración de éste en el caso concreto, para que la intervención sea primeramente legítima. A partir de ahí, serán también aplicables otros parámetros, como el principio de proporcionalidad (*supra* 2.1.3).

El orden público, exige, entonces, el uso del espacio público tal así fue sostenido por el TCE (*supra* 3.2.3), y no podría interpretarse sin contenido, o con una determinación alejada de los derechos y principios que la Constitución reconoce y garantiza. Las conclusiones aquí expuestas son similares a lo ya abordado respecto del derecho de reunión en el derecho español (*supra* 3.2.3), pues se hace referencia a un orden público de índole material, como sinónimo de tranquilidad de la vida social. El matiz que hallo igualmente entre la jurisprudencia del TCE y de la SCJ es que en esta última se observa una menor precisión, tanto en lo que hace a la definición del concepto, como en su aplicación y relevancia práctica. En este sentido, en los fallos analizados sobre el delito de asonada, fue observado cómo la afectación al orden público como fin legítimo no fue estudiada en profundidad, siendo que el examen -especialmente

¹⁰⁵¹ Lo aprobado por este Decreto ya estaba establecido en normas anteriores, como las propias Leyes citadas, o el Decreto 127/999, del 4 de mayo de 1999.

en el caso SCJ 104/2015- se centró en el principio de proporcionalidad. Lo anterior se condice con la jurisprudencia actual de la SCJ sobre límites a los derechos fundamentales, según ya fue observado (*supra* 1.2.1 y 1.3.1) y ello es un contraste con el TCE cuya jurisprudencia sobre derecho de reunión, y al menos en algunos fallos, exige una alteración material al orden público, habiéndolo sí definido y analizado su aplicación en algunos casos bajo examen (*supra* 3.2.3.3).

3.3.2.3.- La Libertad de Enseñanza y la preservación de un orden público

En lo que refiere a la enseñanza, el artículo 68 CU establece que:

“Queda garantida la libertad de enseñanza.

La ley reglamentará la intervención del Estado al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos.

Todo padre o tutor tiene derecho a elegir, para la enseñanza de sus hijos pupilos, los maestros o instituciones que desee”.

Si bien esta norma se incorporó en la Constitución del año 1934¹⁰⁵², ya con anterioridad, normas legales se referían a esta materia. La Ley de Educación Común¹⁰⁵³, del 24 de agosto de 1877, disponía que la inspección del Estado sobre las instituciones privadas de enseñanza tendría por objeto la comprobación de las condiciones de higiene, proteger la moral pública, y establecer si la enseñanza poseía contenidos contrarios a la moralidad o a la Constitución de la República. En este último pasaje, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA encuentra el principio de defensa de la seguridad del Estado o del orden público¹⁰⁵⁴. En similar sentido, la Ley de 1885 aplicable a la enseñanza secundaria y terciaria, preveía como posibles intervenciones las que salvaguardaran prescripciones de la higiene, de la moral y los dogmas

¹⁰⁵² En la constituyente se hace saber que el artículo es la redacción casi incambiada de la Constitución de Baviera. Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente (1934:394, Tomo I). No obstante, se señalan como antecedentes de esta norma los principios de las Revoluciones Inglesa de 1688, Norteamericana de 1776 y Francesa de 1789, así como el ideario de José Gervasio Artigas plasmado en las Instrucciones del Año XII. A este respecto: MARTINS (2000:365).

¹⁰⁵³ Algunos autores, como RISSO FERRAND (2005:624), se remontan incluso a anteriores leyes, tal la ley de 1827, sustituida luego por el Decreto-Ley del 13 de setiembre de 1847 y por el reglamento de marzo de 1848.

¹⁰⁵⁴ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:305, Tomo I).

fundamentales de la Constitución¹⁰⁵⁵. La Constitución vino a precisar que los únicos límites a la libertad de enseñanza deben estar fundados en la preservación de la higiene pública, de la moralidad pública, de la seguridad pública y del orden público¹⁰⁵⁶, por lo que toda ley debe fundarse en una de dichas cuatro razones, pues de lo contrario sería inconstitucional¹⁰⁵⁷. En ello, además, cabe subrayar que el concepto de “orden público” difiere, entonces, por un lado del de “moralidad pública” y, por otro, del de “seguridad pública”, como seguridad material.

En este punto resulta significativo el razonamiento realizado por BARBAGELATA. Se pregunta este autor si es conveniente la existencia de un régimen de libertad de enseñanza o si, por el contrario, se podría establecer un sistema de negación o gran restricción a la misma. La respuesta es clave. El autor diferencia según si se trate de un régimen totalitario o democrático. En un sistema totalitario, la solución es unívoca: el monopolio de la actividad docente, siendo que ésta se utilizó como *“un instrumento para ir formando o deformando la conciencia de los individuos, de modo de convertirlos en sujetos dóciles a la autoridad”*¹⁰⁵⁸. En una democracia, en cambio, ya no se busca este fin, sino el *“conciliar el pleno desarrollo con un armónico sentido de convivencia social”*. Concluye el autor que la libertad de enseñanza resulta *“absolutamente imprescindible”*¹⁰⁵⁹. A estos mismos postulados se dedicaba DUGUIT, al calificar como un peligro incontestable que el Estado prohibiera o impusiera en una escuela la enseñanza de una determinada doctrina, o bien se reservara el monopolio de expedir certificados y diplomas¹⁰⁶⁰.

Corresponde situarnos, entonces, en un plano de libertad, siendo que las leyes restrictivas, fundadas en el “orden público”, serán una excepción. No obstante, en la práctica, resulta dificultoso establecer cuándo la seguridad y el orden públicos pueden ser alterados por una actividad simplemente docente¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁵ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:305, Tomo I) y MARTINS (2000:368).

¹⁰⁵⁶ No abordaré el régimen aplicable a la creación de instituciones privadas de enseñanza y las discrepancias doctrinarias sobre el punto, hoy superadas. Al respecto puede consultarse: CASSINELLI MUÑOZ (1999:106); y en contraposición: RISSO FERRAND (2004:520 y ss.).

¹⁰⁵⁷ RISSO FERRAND (2005:626) y (2005:511). En igual sentido, MARTINS (2000:371).

¹⁰⁵⁸ BARBAGELATA (1986:64-65).

¹⁰⁵⁹ BARBAGELATA (1986:64-65).

¹⁰⁶⁰ DUGUIT (1926:232-233).

¹⁰⁶¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:310, Tomo I). Este autor lo califica como una cuestión de “grados” que se hace más grave por estar confiada a órganos de la Administración, reclamando que el Poder Judicial debiera tener la última palabra en todo caso particular.

Para BARBAGELATA el orden público se traduce como *“los valores que fundan el Estado y regulan la convivencia social”*¹⁰⁶². Recurre pues a una definición vinculada a lo ideal, en lo que advierto ciertos riesgos. Pues, bajo la premisa de salvaguardar el orden público, y teniendo un concepto efímero de éste, sería posible intervenir en la enseñanza, afectando gravemente la libertad que se pretende garantizar. Así entonces, como ha sostenido la doctrina: *“El régimen fascista tiene un régimen de libertad de enseñanza con fuertes restricciones impuestas por el interés del Estado, las buenas costumbres y el orden público”*¹⁰⁶³.

Como confirmación de estos riesgos, un proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo en el 22 de mayo del año 1936, aunque finalmente no aprobado, preveía la fiscalización con fin de proteger la seguridad y el orden público de la enseñanza que se impartiera, a efectos de verificar si se predicaban doctrinas o ideas que, por medio de la violencia, tendieran a destruir las bases fundamentales de la nacionalidad¹⁰⁶⁴. Este ejemplo no sería acorde con la Constitución actual. En este punto, se señala que en la constituyente de 1934 se pretendió incluir el control estatal en la *“esfera técnica, pero rápidamente se advirtió que de permitirse dicho control se vedaría la libertad”*¹⁰⁶⁵. En este sentido, el constituyente ROSSI sostuvo que además de intervenir por temas de higiene, seguridad u orden públicos, el Estado debiera tener la potestad de dirigir el aspecto técnico¹⁰⁶⁶. No obstante, el constituyente de 1934 FERNÁNDEZ puntualizó que *“las doctrinas estatistas son inconcebibles en una democracia donde el pueblo es soberano y tiene el derecho de decidir, libre de toda coacción oficial, sus propios destinos”*¹⁰⁶⁷.

El orden público como límite a la libertad de enseñanza, entonces, no puede ser utilizado como mero pretexto que habilitaría cualquier limitación ni, menos aún, la imposición de una doctrina o ideología, o el control de los aspectos técnicos. Como contenido del orden público, la doctrina ejemplifica que sí

¹⁰⁶² BARBAGELATA (1986:66).

¹⁰⁶³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1944:443).

¹⁰⁶⁴ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:309, Tomo I).

¹⁰⁶⁵ ROTONDO (2009:84). El autor también agrega que en el proyecto que se plebiscitó en el año 1980 - período dictatorial-, también se intentó incluir un control técnico (*supra* Sección 3.1.2).

¹⁰⁶⁶ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente (1934:236, Tomo I).

¹⁰⁶⁷ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente (1934:388, Tomo I). En este mismo sentido se pronunció, entre otros, BUTLER: Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente (1934:394, Tomo I).

podrían establecerse requisitos para las aulas, basadas en la higiene, o bien *“controlarse que no se haga una enseñanza militar susceptible de perturbar la seguridad y el orden público, que no se hagan por ej. maniobras militares a pretexto de que es una enseñanza de conocimientos tácticos o estratégicos”*¹⁰⁶⁸.

De este modo, la definición de orden público, si bien con un contenido inmaterial, debe orientarse igualmente a una esfera no ideológica-partidaria, vinculada con la tolerancia y convivencia propias de una sociedad democrática. Asimismo, toda limitación basada en este orden público, a mi juicio, no debe invocarlo meramente en abstracto, sino que se debiera acreditar una afectación en concreto, externa y material.

Se nos presenta aquí la misma interrogante que en oportunidad de analizar el orden público en el marco del derecho de reunión, y en el de la libertad ideológica y religiosa en España. El sistema uruguayo no se caracteriza como una Constitución militante. Ello surge en forma enfática a lo largo de este análisis; pues en la interpretación de todas las disposiciones constitucionales que venimos estudiando se defiende la absoluta libertad ideológica -aún de pensamientos contrarios al régimen constitucional-. Sin embargo, en el concepto de orden público habremos de hallar cierto contenido mínimo, inmaterial, que no se identifica con todo el texto y postulado constitucional, pues no es una Constitución militante; pero que sí se deriva de aquellos principios básicos que dan sustento al sistema, lo que debe relacionarse con la caracterización que he realizado al comenzar (*Sección 3.3.1*). En apoyo de esta conclusión, y ya no en referencia a la libertad de enseñanza, pero igualmente en un análisis contextual de la CU, cabe advertir que el artículo 80, en su numeral 6, prevé que la ciudadanía se suspende: *“Por formar parte de organizaciones sociales o políticas que, por medio de la violencia, o de propaganda que incitase a la violencia, tiendan a destruir las bases fundamentales de la nacionalidad. Se consideran tales, a los efectos de esta disposición, las contenidas en las Secciones I y II de la presente Constitución”*. Lo anterior indica no solamente una causal de suspensión de la ciudadanía, sino asimismo un indicio de aquellas asociaciones, como partidos políticos, que no están protegidas por la Constitución y, por tanto,

¹⁰⁶⁸ CASSINELLI MUÑOZ (1999:104-105).

que serán prohibidas¹⁰⁶⁹. Se menciona aquí la violencia y también la destrucción de las “bases fundamentales de la nacionalidad”, en las que se incluye lo preceptuado en la Sección I (de la nación y su soberanía) y II (derechos, deberes y garantías) de la Constitución. Retomaré este último aspecto en oportunidad del análisis de la jurisprudencia regional sobre proscripción de partidos políticos, la que presenta una importante similitud con lo aquí apuntado (*infra* 4.2.2)¹⁰⁷⁰.

3.3.2.4.- Una norma constitucional particular que evoca al orden público: la prohibición de usura

Cómo último punto, el artículo 52 CU prevé: “*Prohíbese la usura. Es de orden público la ley que señale límite máximo al interés de los préstamos. Esta determinará la pena a aplicarse a los contraventores. Nadie podrá ser privado de su libertad por deudas*”.

Al decir de la doctrina, este artículo, así como otras disposiciones, tienden a defender al individuo, en un régimen de tipo capitalista, contra las formas más agresivas que este último puede asumir, dándole cierta seguridad económica¹⁰⁷¹. En concreto, la SCJ ha entendido que esta disposición se dirige a la legislación penal, y no al régimen contractual o civil (SCJ 404/1985; 77/1992). No obstante, más recientemente, ha considerado que la ley que señala el límite máximo de interés es de orden público (SCJ 370/2003), “*esto es, excluida del campo de disposición de la voluntad individual de los contratantes*” (SCJ 77/1992).

Se relaciona, entonces, con el orden público como límite a la autonomía de la voluntad, según lo ya analizado (*supra* 2.2.3). El efecto de que la ley sea de orden público es, entonces, su “aplicación ineludible” (SCJ 77/1992), no

¹⁰⁶⁹ Esta disposición es empleada por RISSO FERRAND (2005-A: 696) para interpretar contextualmente el artículo 39 sobre derecho de asociación que dispone: “*todas las personas tienen el derecho de asociarse, cualquiera sea el objeto que persigan, siempre que no constituyan una asociación ilícita declarada por la ley*”

¹⁰⁷⁰ En relación a la prohibición de partidos políticos, cabe apuntar el acta del 5 de junio de 2013 de la Corte Electoral de Uruguay, en la que se negó la inscripción de un partido político. En ésta la Corte Electoral a mi juicio va más allá y, sin ahondar en la violencia, analiza si los ideales son compatibles “*con el sistema democrático republicano y representativo de gobierno y que el contenido de dicho documento no tienda a su destrucción o debilitamiento*”. En posición contraria y discordante se manifiesta el entonces Ministro Silveira en acta del 10 de diciembre de 2014.

¹⁰⁷¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:341, Tomo I).

pudiendo ser derogada por las partes. La noción de orden público se asocia aquí únicamente al efecto, mas no se ingresa al análisis del contenido que debiera dar base y fundamento a dicho resultado (*supra* 2.2.3).

No obstante lo anterior, la inclusión del orden público en esta disposición ya no se refiere a un orden únicamente material (tranquilidad en la calle), sino que nos muestra que el concepto de orden público posee una esfera más amplia, abarcando otros campos de actividad -y no solo la seguridad-, tal fue visto en el análisis del caso español, antes efectuado, y tal fue inferido del precedente estudio de la libertad de enseñanza, para Uruguay.

3.3.3.- LA SIGNIFICACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO Y SU VINCULO CON OTROS CONCEPTOS CONSTITUCIONALES: EL INTERÉS GENERAL Y EL BIEN COMÚN.

Tal como fue adelantado, la CU hace mención al orden público en el artículo 10 y también en lo que respecta a las razones que podrían limitar el derecho de reunión (artículo 38) y a la libertad de enseñanza (artículo 68), lo que fue objeto del análisis precedente. Sin embargo, éste no es el único término que la Constitución utiliza para habilitar una restricción de derechos mediante la ley (*supra* 1.3.2). También menciona a las “razones de interés general”, en el artículo 7 (protección en el goce de los derechos a la vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad); artículo 28 (inviolabilidad de la correspondencia); 32 (derecho de propiedad); 36 (libertad de empresa); y 47 (medio ambiente)¹⁰⁷². Por otra parte, la Constitución también utiliza las expresiones “necesidad o utilidad públicas” u otras, como la “moralidad” o “seguridad”. En efecto, la necesidad o utilidad públicas son mencionadas en sede de derecho de propiedad, en materia expropiatoria (artículo 32). La moralidad o la seguridad son incluidas en la regulación sobre enseñanza (artículo 68), esto último que ya fue mencionado.

Una completa conceptualización del orden público hace pues necesario que me refiera a su relación con estos otros términos empleados. Por tanto, me propongo realizar un análisis del orden público en atención a los conceptos de

¹⁰⁷² La expresión “interés general” en el artículo 47, sobre medio ambiente, no resulta de un tecnicismo riguroso y es utilizada en distintos sentidos.

“interés general” y a su vinculación con lo que la doctrina administrativa ha caracterizado como “bien común”. Para ello, abordaré las referencias doctrinarias realizadas (Sección 3.3.3.1), y luego me concentraré en el tratamiento que la SCJ ha efectuado sobre estos términos (Sección 3.3.3.2).

3.3.3.1.- El abordaje doctrinario del interés general. Su relación con el orden público

La expresión *razones de interés general* permite la limitación de algunos derechos, entendida también como un freno al legislador; pues será únicamente en esos casos en los que se podrían admitir restricciones¹⁰⁷³. La mención en el artículo 7 se incorporó en la Constitución de 1934, añadiendo este requisito material al principio de legalidad que ya estaba incluido en las anteriores¹⁰⁷⁴.

De las manifestaciones expuestas por los constituyentes puede observarse la doble interpretación asignada a este vocablo, lo que generó dudas sobre su incorporación al texto: a) por una parte, algunos constituyentes cuestionaban su mención, al ser un término equívoco, vinculado a la conveniencia de las mayorías¹⁰⁷⁵, y que permitiría que “*los ciudadanos pued[an] ser privados totalmente de sus derechos por razones de interés general*”¹⁰⁷⁶; y b) por otra parte, otros argumentaban su pertinencia, al ser una garantía y freno a la ley: no basta con una ley para limitar el derecho, sino que es necesario que ésta se sustente en razones de interés general, lo que podría ser controlado por el juez constitucional¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷³ DURÁN MARTÍNEZ (2010:284).

¹⁰⁷⁴ KORSENIK (1990:126).

¹⁰⁷⁵ Del Acta No. 27, del 12 de diciembre de 1933, surge que ESCALADA sostiene: “*la peligrosidad de la redacción, en lo que se refiere al interés general, término equívoco, repite, que no es otra cosa que la conveniencia del mayor número*”. Constitución de la República anotada con la indicación de los debates de la Comisión de Constitución de la Convención Nacional Constituyente (1934:56).

¹⁰⁷⁶ Constitución de la República anotada con la indicación de los debates de la Comisión de Constitución de la Convención Nacional Constituyente (1934:55). Es de notar que la palabra “privado” es entendida como limitado, y no en su sentido estricto. A este respecto véase: RISSO FERRAND (2016-B:154).

¹⁰⁷⁷ A este respecto sostuvo el constituyente SECCO ILLA: “*Si la Constitución sólo dice que las leyes pueden privar los derechos, no será posible calificarlas de inconstitucionales. La finalidad de la Subcomisión es limitar la esfera de las leyes, exigiendo que sean de interés general. No será suficiente que la ley invoque un interés general, no bastará la etiqueta legislativa: la justicia puede examinar las razones invocadas. Puede haber inconstitucionalidad de la ley en cuanto al fondo*”. Constitución de la República anotada con la indicación de los debates de la Comisión de Constitución de la Convención Nacional Constituyente (1934:56); y en similar sentido se expresó también en: Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente (1934:328, Tomo I).

La doctrina uruguaya, siguiendo a JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, sostiene que el término de “interés general” es más amplio que el de “orden público” sin que estos conceptos hayan sido objeto de una definición en la Constitución¹⁰⁷⁸. Para KORSENIAK el orden público constituye, junto con la seguridad o la salud pública, un aspecto particularizado del interés general¹⁰⁷⁹. Esta posición es compartida por la SCJ en el fallo 374/2013. En dicho caso, la Corte encontró razones de orden público en la limitación realizada por el Código Civil respecto de la unión concubinaria entre quienes integraron una misma familia -en el caso una ex nuera y ex suegro-. Ello fue suficiente para habilitar la limitación al derecho.

El artículo 91, ordinal 4, del Código Civil uruguayo considera como impedimento dirimente para el matrimonio: *“El parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítimo o natural”*. Este impedimento se aplica para la unión concubinaria (artículo 2 de la Ley 18.246). En la mencionada sentencia, para determinar la existencia de razones de orden público y de interés general, la Corte se fundó en la moral pública y en cuanto de no existir esta limitación se producirían desórdenes en la familia: *“tal limitación aparece como razonablemente fundada en razones de interés general, en virtud de la cuestión de moral pública involucrada en la organización del matrimonio y el mandato constitucional de velar por la estabilidad de la familia, reconocida como base de la sociedad conforme al artículo 40 de la Constitución nacional”* (SCJ 374/2013).

Nótese que la construcción del orden público se realizó, entonces, a partir de la noción clásica de familia, la que, a su juicio, se debiera mantener incluso luego de disuelto el vínculo matrimonial. En el caso comentado, sin duda, ingresaron connotaciones morales e históricas, lo que supuso la adopción de una noción de orden público de índole estática, anclada en el pasado y poco

¹⁰⁷⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:226, Tomo I). En igual sentido: KORSENIAK (1990:128); CASSINELLI MUÑOZ (1999:106); RISSO FERRAND (2005:461) y GUARIGLIA (2007:215). Es de notar que del Acta No. 27, del 12 de diciembre de 1933, el constituyente SECCO ILLA propuso que las limitaciones que establecieran las leyes tuvieran que estar basadas en “el orden público y el interés general”, aunque luego afirma que prefiere la inclusión del término interés general, mejor que el de orden público. Constitución de la República anotada con la indicación de los debates de la Comisión de Constitución de la Convención Nacional Constituyente (1934:56), Acta No. 27, del 12 de diciembre de 1933.

¹⁰⁷⁹ KORSENIAK (1990:128). Esta misma postura podría extraerse del constituyente ESPALTER que sostuvo que: *“el Poder Ejecutivo es también intérprete del interés general, por ejemplo en lo concerniente a la conservación del orden público, materia que no está legislada”*. Constitución de la República anotada con la indicación de los debates de la Comisión de Constitución de la Convención Nacional Constituyente (1934:56), y también de CASSINELLI MUÑOZ (1988:197).

delimitada. Asimismo, la Corte subrayó que cuando se presenta el orden público, también se presenta el interés general, adoptándolos como sinónimos. Sin embargo, me afilio a la posición de OCHS¹⁰⁸⁰ en cuanto a que estos conceptos no pueden ser una entelequia carente de contenido concreto y tangible. Es necesario definir la expresión, determinarla en términos que permitan precisarla en el momento de su aplicación¹⁰⁸¹.

En todo caso, estos términos deben ser diferenciados en su significado, no siendo sinónimos, pues ello no surge de la norma constitucional que los utiliza en forma diferenciada¹⁰⁸². La doctrina uruguaya ha enfatizado la dificultad de diferenciar entre el “interés general”, el “interés público”¹⁰⁸³ o “bien común”, afirmando que la CU, al mencionar al “interés general”, incluye a todas estas categorías¹⁰⁸⁴. Se lo suele identificar con el interés de la colectividad (interés

¹⁰⁸⁰ OCHS (1997:162). En igual sentido: ESCOLA (1989:191).

¹⁰⁸¹ GUARIGLIA (2007:197).

¹⁰⁸² Esto no implica sostener que no tengan aspectos coincidentes. Por ejemplo, GUARIGLIA (2007:216) afirma que la definición legal dada de orden público a través de la Ley Orgánica Policial -hoy no vigente- permite identificar al orden público con el de interés general, en tanto poseen algunas propiedades comunes: los valores de tranquilidad y seguridad públicas, así como el libre ejercicio de los derechos fundamentales y el ámbito de competencias de las autoridades públicas.

Posición particular es la de GARMENDIA (2016:200-201) para quien el interés general debe ser concebido como un criterio a emplear en el proceso comparativo al que son sometidos distintos bienes jurídicos, cuyas respectivas tutelas pueden coincidir. *“El interés general constituye, entonces, un parámetro comparativo, mediante el cual es posible establecer un ranking entre los niveles de protección que merecen recibir diferentes bienes jurídicos por determinada circunstancia entran en colisión”*. Al decir del autor, el interés general vendría a amparar la prevalencia de otros bienes, que no integran la noción de orden público, pero que son igualmente trascendentes. El autor realiza la diferenciación a los efectos de contraponer y primar, por una parte, aquellos bienes y valores superiores -integrantes del orden público-; para distinguirlos de otros bienes que, si bien podrían limitar los primeros, no forman un orden superior. Si bien esta última apreciación podría ser compartible, entiendo de necesidad realizar una serie de precisiones, tanto para definir al orden público o al interés general, como a los efectos de evitar caer en doctrinas utilitaristas. Será objeto de análisis en esta Sección.

¹⁰⁸³ En el Acta No. 26 de la Convención Nacional Constituyente, del 9 de diciembre de 1933, BETELU propone sustituir la mención de “interés general” por “interés público”. Constitución de la República anotada con la indicación de los debates de la Comisión de Constitución de la Convención Nacional Constituyente (1934:55 y 57).

El legislador uruguayo, a través del artículo 20 de la Ley 17.060, del 23 de diciembre de 1998, sobre de transparencia en la función pública, ha esbozado algunas características de la noción de interés público: *“El interés público se expresa en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, en la buena fe del ejercicio del poder, en la imparcialidad de las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos”*. Esta definición legal, de cuño administrativista, vincula al “interés público” con la francesa definición de “servicio público”, y le otorga caracteres que hacen a la buena administración. Sin dudas ellos son particularidades que el concepto posee en su aplicación a la rama del Derecho Administrativo y, especialmente, a la labor de la Administración. Sin embargo, la significancia del interés o del orden público no se agota a dicha esfera, sino que corresponde ahondar en un concepto constitucional de aplicación general.

¹⁰⁸⁴ CAJARVILLE (2005:20, nota al pie 16) y (2013:146); RODRÍGUEZ AZCÚE (2007:68). En similar sentido, KORSENIK (1990:128) hace referencia a que las razones de interés general podrían ser definidas, en principio, como razones de interés colectivo. Por su parte, la SCJ identifica al interés general con el bien común (SCJ 374/2013), lo que se contraponen con lo expresado por el Consejo de Estado Francés

nacional), o con un interés subjetivo de la generalidad de los individuos que la constituyen¹⁰⁸⁵.

Puntualiza CAJARVILLE que interés, como concepto jurídico, es una situación jurídica objetiva, por oposición a un estado de ánimo o situación psicológica; y que los dos conceptos tradicionales antes mencionados deben ser entendidos como dos vías para caracterizar la forma por la que un interés adquiere este calificativo de general o público¹⁰⁸⁶. Es un interés que corresponde a la generalidad de los individuos alcanzados por el ordenamiento jurídico, entendido como la conjunción de aquellos intereses que existen porque la comunidad existe. Se trata de intereses que coinciden en todos los individuos que forman parte de la sociedad: *“el interés que todos los individuos tenemos precisamente en formar parte de la colectividad”*¹⁰⁸⁷. Es un interés objetivo, según lo antes mencionado, individual, pero a la vez colectivo, dado que coincide con el de las demás personas que forman parte de la sociedad; pues todas ellas tienen interés en ser parte del todo¹⁰⁸⁸.

Sostiene este autor que: *“Si existe ese interés de todos y cada uno, personal de todos y cada uno, de vivir en comunidad, también existe el interés de todos y cada uno, personal de todos y cada uno, en el mantenimiento de las condiciones que hagan posible esa convivencia (...) en particular de la convivencia democrática, que es la que la Constitución consagra, incluye el respeto de los derechos y la satisfacción de los intereses vitales de todos y de cada uno de los integrantes de la colectividad (...) Además, existen condiciones institucionales. Consisten en que las entidades estatales, en su estructura y en su actividad, lo cual quiere decir también en su competencia, se adecuen al*

ya expuesto. En doctrina española, RODRÍGUEZ ARANA (2010:2 y 7) comparte que la noción de “interés general” comprende la de “interés público” y agrega que el constituyente español las trató como sinónimos.

¹⁰⁸⁵ CAJARVILLE (2005:21 y ss.). El autor señala incluso que la categoría “intereses difusos” permitiría ser ampliable hasta comprender a la generalidad de los integrantes de la comunidad.

¹⁰⁸⁶ CAJARVILLE (2013:144 y 146).

¹⁰⁸⁷ CAJARVILLE (2013:147-148). Pareciera que la doctrina de este autor toma base en los postulados de HEGEL, para quien el fin particular se eleva a la generalidad en tanto él satisface, al mismo tiempo, el bien para sí y para los demás. Al respecto: JELLINEK (1905:120).

¹⁰⁸⁸ En este mismo sentido OCHS (1997:162) siguiendo a ESCOLA, apunta que entre el interés general y el interés individual no existe una divergencia ontológica o substancial o cualitativa, sino cuantitativa. Asimismo, cabe también vincular esta doctrina con las palabras expuestas por el alemán BÖCKENFÖRDE, pues expresaba que los asuntos públicos son los que *“por su naturaleza afectan a una indeterminada generalidad de personas, o a un determinado grupo de personas en su conjunto, y que para todas ellas son importantes, o, para decirlo así, indispensables, para la vida en común”*. GONZALEZ ENCINAR (1995: 27).

*sistema institucional que la Constitución consagra. Esta es también una condición de nuestra convivencia en sociedad*¹⁰⁸⁹. En similar sentido, DELPIAZZO lo identifica con un interés de la sociedad, entendida como el conjunto de personas ligadas de manera orgánica por un principio de unidad que supera a cada una de ellas. Asimismo, luego lo confunde con el bien común que posibilita el conjunto de condiciones aptas para obtener la plena suficiencia de vida en sociedad¹⁰⁹⁰.

Para otros autores el interés general es un interés distinto al interés público o al bien común¹⁰⁹¹, aunque en definitiva se vinculen. El bien común se relaciona con un estado de hecho propicio para el desarrollo de la persona humana¹⁰⁹². Interés público trata a la dimensión social de la persona, mientras que interés privado opera en la dimensión individual. Estos intereses abordan espacios distintos, pero es en la unidad de los mismos donde se halla la noción de interés general. Esto es, entonces, un concepto que incluye al interés privado y al interés público¹⁰⁹³.

BRITO prefiere esbozar una definición del interés general, describiendo que: a) posee una dimensión positiva, por cuanto interés general es seguridad; ello está dado por el cometido de apoyo y asistencia de los entes estatales, en cuanto la persona debe desarrollarse en un entorno apto -exento de peligro, riesgo o daño-; b) posee también una dimensión negativa, por cuanto implica una conducta de abstención estatal en la libertad interior; c) procura asegurar la participación de todos los individuos y comunidades en los bienes del desarrollo; d) asimismo, el interés general se orienta a que cada uno obtenga lo suyo; es

¹⁰⁸⁹ CAJARVILLE (2013:148-149).

¹⁰⁹⁰ DELPIAZZO (2012:84). Para GUARIGLIA (2007:218) “bien común” también “*consiste en hacer posible mediante la unión social el cumplimiento responsable y con medios propios las tareas vitales trazadas a los miembros de la sociedad por los fines existenciales*”. Es de notar que en la Sentencia 576/2017 la SCJ hace recepción parcial de estas teorías, al sostener que el Estado de Derecho está conformado para procurar el “bien común”, citando a DELPIAZZO, aunque luego no define este concepto.

¹⁰⁹¹ GUARIGLIA (2007:214); y DURÁN MARTÍNEZ (2010:283). Por su parte, DE CORES y CAL (2007:132) entienden que se trazaría una relación de medio a fin, entre interés público -equivalente en su análisis a interés general- y bien común.

¹⁰⁹² DURÁN MARTÍNEZ (2010:284). DELPIAZZO (2012:84-85) coincide con esta definición, no obstante, luego aborda como equivalentes interés general con bien común, según ya fue explicitado.

¹⁰⁹³ DURÁN MARTÍNEZ (2010:284). Sostiene este autor: “*Es de interés general la adecuada satisfacción del interés privado y del interés público, lo que se logra con la creación de la situación de hecho necesaria para el desarrollo de la persona humana*”. En sentido coincidente se ha manifestado RODRÍGUEZ ARANA (2012:30). Por su parte, y en forma similar aunque no totalmente coincidente, SAINZ MORENO (1976:324) también argumenta que el interés público no se opone al privado, sino que contiene aquella parte de éstos que se comparten con los demás; define, entonces, al interés público como la expresión de lo que los intereses privados tienen en común.

antes que el interés particular y no se agota en este, no siendo absolutamente preeminente. Destaca que la nota de “generalidad” implica que aprovecha y beneficia a todos y cada uno de los habitantes¹⁰⁹⁴.

Por su parte, RISSO FERRAND no da una enunciación acabada de este vocablo, sino presenta algunos puntos de necesario análisis para su concretización, lo que únicamente podría realizarse ante un caso concreto. Construye así la noción de razones de interés general desde la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁰⁹⁵, estableciendo que los puntos de partida necesarios son: a) las consideraciones respecto de los límites a los derechos fundamentales¹⁰⁹⁶; b) el principio de reserva legal; c) la imposibilidad de entender a las razones de interés general como mera excusa para la desprotección de algunos derechos; y d) la invalidez de la doctrina que da preeminencia al interés general, sobre los derechos fundamentales¹⁰⁹⁷.

Para el citado autor el “interés general” no es el de las mayorías, ni es una habilitación en blanco al legislador para la restricción de derechos. La limitación es la excepción, por lo que exige al control jurisdiccional un preciso examen de motivos y de hechos que acredite la axiología de la norma y su aplicación en la práctica. Todo ello en consonancia con la realidad temporal y con la Constitución. Por último, los criterios de razonabilidad y proporcionalidad serían las dos herramientas que, a juicio de este autor, nos permitirían determinar si, en el caso concreto, se presentan las razones antedichas¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁴ BRITO (2009). En el último punto desarrollado, dándole un contenido vinculado a la democracia y a la participación también se manifestó: RODRÍGUEZ ARANA (2010) Asimismo, esta última acepción también se relaciona con lo postulado por el Consejo de Estado Francés (1999).

¹⁰⁹⁵ RISSO FERRAND (2002:88-89), (2008: 103-104), y (2016-B:146). Asimismo, en esta misma posición se pronuncian: GUARIGLIA (2007:202 y 221) y RUOCCO (2015:167-173). Esta última autora sostiene que podemos acercarnos al contenido del concepto, pero siempre tendrá un carácter impreciso y será necesaria su concreción en supuestos concretos.

¹⁰⁹⁶ En este punto se incluye la necesaria habilitación constitucional expresa para poder limitar un derecho, y la consideración doctrinaria de que los “derechos preexistentes” no pueden ser limitados (*supra* 1.1.3 y nota al pie 35).

¹⁰⁹⁷ RISSO FERRAND (2016-B:145-146). Esta posición y la doctrina de la preeminencia del interés general serán objeto de análisis en el apartado siguiente.

¹⁰⁹⁸ El autor vincula este razonamiento con una fórmula utilitarista que considera inadmisibles. RISSO FERRAND (2005-B:11), (2008: 103-107), y (2016-B: 147 y ss.). En similar sentido se pronunció RODRÍGUEZ-ARANA (2005:94) y similar postura adoptó en: GARAT (2014:153-156). En posición opuesta, y que no comparto, DANÓS ORDÓÑEZ (2009:95) sostiene que el interés general es el conjunto de intereses privados priorizados por las autoridades públicas, por lo que son estas últimas quienes los determinan en función de la ideología dominante y las necesidades sociales de cada momento.

Por su parte, la posición de ESCOLA (1989: 195, 240 y 249) tampoco es coincidente con la que manifiesto, puesto que entiende que el interés público es “*el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad*”

En la determinación doctrinaria del interés general encuentro rasgos que lo vinculan con las teorías del Estado antes analizadas (*supra* 2.2.1). La persistencia de la idea de que hay un interés social, basado en la creación del Estado y en lo que a ello incumbe, lo emparenta con la voluntad general. Sin embargo, y como hemos visto, varios de los autores citados aclaran que este interés no es el de las mayorías, sino que es un interés que se identifica también con el interés individual o particular.

Me permito vincular la caracterización realizada por CAJARVILLE con lo postulado por DUGUIT. Para el primero, el interés general equivale al interés coincidente que cada uno posee en el desarrollo de lo social. Es lo que DUGUIT identificó como la interdependencia social (*supra* 2.2.1). En este entendido, el orden público no podría identificarse con una mayoría, ni con principios impuestos por cierto colectivo, sino que se relaciona con una serie de postulados que encuentran una recepción común, por ser el interés que cada uno posee en la realidad social. Esta teoría, no obstante, no posee recepción en la SCJ, según analizaré seguidamente.

3.3.3.2.- La caracterización de “orden público” y de “interés general” realizada por la Suprema Corte de Justicia

Actualmente no existen dudas en cuanto a que la apreciación sobre la existencia de las razones de interés general o del orden público en el caso concreto es siempre revisable por la SCJ en el marco del contralor de la regularidad constitucional de las leyes¹⁰⁹⁹. Respecto de esta posibilidad de control, la Corte, citando a la constituyente, ha concluido que corresponde

como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos”. Si bien matiza que la mayoría no podría avasallar ni suprimir los intereses de las minorías, precisa que la obligatoriedad del cumplimiento de las decisiones mayoritarias se fundamenta en la igualdad de posibilidades y obligaciones.

¹⁰⁹⁹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988:226 y 337, Tomo I) llega a esta conclusión respecto del control de las razones de interés general exigidas para la limitación de otros derechos, lo que permite ser extrapolado al caso bajo examen. En igual sentido: DURÁN MARTÍNEZ (2007:133) y RISSO FERRAND (2002:77) y (2008:108). En esta misma postura, BRITO (2009) ha sido enfático en sostener que: “*Sin esa instancia del poder -que es el control jurisdiccional- el interés público deviene riesgoso y susceptible de desnaturalización, privado de su contenido sustancial: la realización racional del orden justo. Por ello, cabalmente, para la afirmación del Estado de Derecho postulamos aquel control sin brechas ni escisiones*”. Por su parte, ESTEVA GALLICCHIO (2002:55) celebra el cambio de criterio realizado por la SCJ, en cuanto admite ingresar a controlar si se presenta o no el requisito material, no obstante, apunta que en algunos casos lo ha resuelto en forma inadecuada.

efectuar un examen de la existencia de los motivos de interés general o de orden público, no siendo suficiente la etiqueta legislativa dada (SCJ133/1963; 152/1991; 89/1993; 199/1998; 525/2000). En este punto, se ha enfatizado que la Constitución otorga una “discrecionalidad limitada” al legislador, por lo que la Corte debe analizar si se han observado las razones de interés general (SCJ133/1963; 152/1991; 744/1994; 199/1998; 181/2004; 286/2004; 328/2004; 299/2009; 114/2010). Ello se contrapone con lo ya analizado y la conclusión de ser estos conceptos jurídicos indeterminados, distintos a la discrecionalidad (*supra* 2.1).

No obstante lo anterior, es necesario realizar las siguientes precisiones:

- (a) La Corte toma como punto de partida que no juzga el mérito o desacierto legislativo, lo que sirve, en muchos casos, como pretexto para no ingresar en el fondo de la cuestión (SCJ 10/1989; 152/1991; 8/1993; 738/1993; 738/1996; 131/1998; 525/2000; 95/2008; 714/2012; 347/2013; 79/2016; 180/2016; 525/2016; 528/2016; 443/2017).
- (b) Le alcanza, entonces, con que las razones de interés general o de orden público se presenten con una cierta razonabilidad en el caso concreto. Siguiendo a JIMENEZ DE ARÉCHAGA se sostiene que la Corte analiza “*la razonabilidad del juicio formulado acerca de la conveniencia de las razones de interés general*” (SCJ 42/1993; 234/1995; 564/2012; 79/2016; 88/2016)¹¹⁰⁰. Esto varió considerablemente desde la Sentencia 79/2016 que agrega otros requisitos al análisis de constitucionalidad¹¹⁰¹, ya sea en forma independiente o como componente del concepto de “razones de interés general”, lo que ya fue abordado en el Capítulo I.
- (c) En algunos supuestos, ha hallado la motivación del interés general en la propia exposición de motivos o en los antecedentes

¹¹⁰⁰ En Sentencia 234/1995 pareciera acercarse al concepto de razonabilidad de la jurisprudencia americana, y agrega que la misión jurisdiccional se circunscribe a relevar la existencia y razonabilidad del interés colectivo y que éste se adecue a los fines perseguidos en la observancia del mismo.

¹¹⁰¹ Es de puntualizar que fue en Sentencia 104/2015 en la que la SCJ (integrada) afirmó que para saber si hay razones de interés general es necesario realizar un análisis de proporcionalidad. Asimismo, el Ministro Chediak lo desarrolló en Sentencias SCJ 180/2016 y 525/2016, lo que es tomado por el pleno. Pero es desde la Sentencia SCJ 79/2016 que se pueden observar los requisitos que la Corte exige actualmente para limitar derechos. Me remito a lo ya expuesto en el Capítulo I sobre el punto.

parlamentarios (SCJ 133/2004; 141/2004; 181/2004; 224/2004; 286/2004; 271/2009).

(d) En otros, ha afirmado la existencia de una presunción a favor de legislador, invirtiendo la carga de la prueba. En la Sentencia 123/1988 la Corte sostuvo que las razones de interés general se presumen existentes, salvo inequívoca prueba en contrario. Ello se vincula, indudablemente, con la mal empleada presunción de constitucionalidad de las leyes que puede ser extraída de extensa jurisprudencia (*supra* 1.1.3).

(e) Por último, corresponde destacar que se ha sostenido que las razones de interés general es un concepto determinable en función de las condiciones políticas, económicas y sociales existentes en cada medio y cada época (SCJ 12/1981; 525/2000; 180/2016; 525/2016).

La SCJ alude al “interés general” como sinónimo de “orden público”, y los vincula con un interés de “la sociedad”: *“Ese interés general o bien común, como también se lo denomina, no significa el interés de todos los habitantes de la República, sino el de los grupos o sectores dignos de esa protección de la Ley, por encontrarse enfrentados a determinadas situaciones que deben ser contempladas en justicia para lo que se requiere la adecuada protección por el Derecho de un conjunto de valores éticos y políticos de diversa naturaleza; pero todos los cuales hacen relación con las exigencias de la vida en sociedad”* (SCJ 152/1991; 8/1993; 89/1993; 463/2009; 466/2009; 374/2013).

Si bien el orden público es relacionado con una acepción material (SCJ 596/1995) o con la paz pública, definiéndose a ésta como *“el derecho de todos los ciudadanos como base de la vida civilizada”* (SCJ 104/2015), generalmente se lo relaciona con ciertas condiciones básicas e inderogables de la sociedad. Ello fue aplicado en el ámbito laboral (SCJ 181/2002)¹¹⁰², como civil y comercial (SCJ 370/2003; 58/1989; 59/1989)¹¹⁰³ y ello se relaciona con el concepto de

¹¹⁰² En la discordia del Ministro Guillot Martínez a la Sentencia de la SCJ 181/2002 se menciona que el artículo 64 de la Constitución está referido a preceptos de orden público del Derecho Laboral.

¹¹⁰³ En la Sentencia de la SCJ 370/2003 se menciona que es de orden público la ley que señala el límite máximo al interés a percibir en situaciones de mutuo. En Sentencias de la SCJ 58/1989 y 59/1989 se afirma que la materia de arrendamientos y desalojos es de orden público, agregándose que se funda en el artículo 85, numeral 3, de la Constitución, que confiere potestad al Poder Legislativo de dictar normas que aseguren la “tranquilidad de la República”.

orden público internacional, dado en el ámbito del Derecho Internacional Privado (*supra* 2.3). Por otra parte, se ha afirmado que la salud participa de su contenido, siendo el orden público un bien jurídico superior (SCJ 1713/2010; 696/2014; 396/2016). En este marco, la universalización del sistema de salud es un fin que compone el orden público (SCJ 696/2012; 714/2012; 715/2012; 828/2012).

El asegurar el orden público fue justificación suficiente, para la SCJ, para limitar derechos. Esto ha sido sostenido, primeramente, en votos particulares por la Magistrada BALBELA DE DELGUE a la Sentencia SCJ 53/1989, y asumido poco tiempo después por la mayoría (SCJ 58/1989; 59/1989), aunque desde el 2016 y a través del fallo 79/2016 se ha hallado un significativo cambio jurisprudencial en lo que refiere a la restricción a los derechos, conforme ya fue comentado (*supra* 1.1.3).

En los casos concretos, entonces, la Corte se limitó a analizar si la razón de orden público o de interés general invocada era razonable y, si así lo era, ello era suficiente para justificar la limitación a los derechos involucrados. Desde la Sentencia 79/2016 y para encontrar esa razonabilidad emplea el test de proporcionalidad. Consideró así que cumplían con las razones interés general las medidas tomadas con motivo de una crisis económico-financiera, sea del país, o de una institución en concreto: el establecimiento de un impuesto para solventar un instituto de seguridad social (SCJ 271/2009); el aplazamiento de los lanzamientos masivos en época de escasez de vivienda (SCJ 53/1989); o bien la prórroga de vencimientos de depósitos a plazo fijo en los Bancos públicos, en atención a la crisis económica del país del año 2002 (SCJ 133/2004; 137/2004; 141/2004; 181/2004; 224/2004; 286/2004; 328/2004). La protección de los empresarios rurales, agroindustriales, entre otros, endeudados, en determinados contextos (SCJ 33/1994), también obedecieron a razones de interés general. No obstante lo anterior, la Corte ha afirmado que los fines o medidas “meramente económicas” no responden a razones de interés general, lo que es varias veces reiterado en la Sentencia SCJ 296/2016.

Por otra parte, la Corte también entendió dentro de las razones de interés general: el fin de la consecución de un mejor servicio de seguridad ciudadana (SCJ 588/2012), o de asegurar la eficaz defensa de las inversiones públicas (SCJ 35/1989); la protección de la salud pública (SCJ 696/2014); la regulación de las relaciones obrero-patronales (SCJ 43/2001); la racionalización de la estructura

de cargos públicos (SCJ 152/1991); y medidas de reestructura del Estado (SCJ 525/2000). En igual sentido se consideró a la norma que prohíbe a los funcionarios policiales realizar tareas de vigilancia por fuera del Ministerio del Interior, concluyendo que si bien restringe el derecho al trabajo *“la norma evidentemente persigue la consecución de un mejor servicio de seguridad ciudadana, que encuentra su fundamento en el interés general, por lo que no queda comprometida su regularidad constitucional”* (SCJ 586/2012; 588/2012; 617/2012; 478/2013)¹¹⁰⁴. Con similares fundamentos, la limitación al derecho de huelga de los funcionarios policiales fue considerada constitucional (SCJ 211/2016), (*supra* 3.3.2.2).

También han superado el examen de las razones de interés general las siguientes medidas: la prestación de tareas comunitarias en forma obligatoria ante la configuración de una falta, como la conducción de un vehículo sin autorización (SCJ 65/2014; 133/2015; 32/2016; 88/2016); la interceptación de la correspondencia para la comprobación del delito, sujeta al contralor judicial (SCJ 58/2009); las medidas que aseguran la presencia de las partes en determinadas instancias del proceso jurisdiccional, estimulando la participación del titular de la pretensión conforme al principio de inmediación (SCJ 199/1998).

En el ámbito tributario, la Corte ha entendido que es de interés general que los obligados por ley satisfagan sus tributos y lo hagan regularmente. En base a ello, consideró conforme con la Constitución la aplicación de la sanción de clausura a los establecimientos que desconozcan ciertas normas tributarias (SCJ 234/1995)¹¹⁰⁵, y medidas de represión del contrabando (SCJ 22/1989). Asimismo, ha considerado ajustado a las razones de interés general el establecer un impuesto a los propietarios de bienes inmuebles, ubicados en zonas urbanas sin edificar o con edificación inapropiada (SCJ 96/1990). Por otra

¹¹⁰⁴ Es posible vincular esta doctrina con lo expuesto por el alemán BÖCKENFÖRDE, pues expresaba que si la policía no es capaz de garantizar la seguridad y el orden públicos, y se crean fuerzas de seguridad privadas, se manifiesta un inminente peligro para el orden estatal. GONZALEZ ENCINAR (1995:28).

¹¹⁰⁵ Es de precisar que en materia tributaria la Corte ha sostenido -a mi juicio erróneamente- que el control es muy lato puesto que la determinación del tope del tributo dependerá de circunstancias de tiempo y lugar *“apreciadas discrecionalmente por el legislador en su carácter de intérprete del interés general, en razón de la imposibilidad de lograr fórmulas aritméticas para determinar si la cuantía del tributo excede de la capacidad contributiva”* (SCJ 260/2003). No estoy de acuerdo con la posición aludida, en tanto la Corte debe examinar la regularidad constitucional de la ley en cuestión, contraponiendo la medida legislativa con, -en este caso-, el principio de capacidad contributiva y decidiendo si se ajusta, o no, al mismo. Es de notar que en el caso 234/1995 la razonabilidad se encontró también en algunas limitantes al debido proceso, en lo que me permito discrepar con el fallo citado

parte, entendió conforme al interés colectivo y a la racionalidad requerida que se exoneraran de impuestos y se otorgaran beneficios tributarios promoviendo una política de forestación de los inmuebles rurales (SCJ 68/1989).

Del análisis antes expuesto es posible hallar en la jurisprudencia de la SCJ algunas líneas comunes que delimitan el concepto de razones de interés general y de orden público, ambos vinculados a una acepción ideal: condiciones básicas que subyacen a la vida en sociedad. Se los relaciona con un interés de la sociedad. No implica el interés de la mayoría, pero sí el que emane de un grupo digno de protección. Con ello, la limitación a la autonomía de la voluntad toma cimiento en los artículos 7 y 10 de la Constitución, y aparece justificada cuando la legislación en cuestión tiende a proteger a un grupo minoritario o menos aventajado, afectado por ciertas condiciones económicas o sociales, y que merece ser tutelado por el Derecho. En este sentido, se sostuvo: *“El interés general y las razones de orden público impulsan a combatir las maniobras fraudulentas que buscan privilegiar a un grupo de acreedores en desmedro del derecho igualitario de los demás, contemplan el valor superior de justicia que las normas jurídicas deben, prioritariamente, contemplar; y en el eventual conflicto entre este principio axial y el de seguridad jurídica, éste debe ceder”* (SCJ 3.639/2011).

El orden público y el interés general se vinculan, conforme a la jurisprudencia comentada, con los eventuales daños que podrían ocasionarse a terceros, siendo que se presentan en la legislación que tiene como finalidad evitarlos (SCJ 88/2016). No obstante esta posición, es de puntualizar que en la Sentencia 10/1989 se había afirmado que la ley es constitucional si es dictada conforme a razones de interés general incluso si, con ello, causa un daño concreto, excepcional, a una persona, daño que es posible reclamar ante los tribunales en base a la acción de responsabilidad. La afectación a una persona no justificaría, por tanto, la inconstitucionalidad de una ley, aunque podría ser fuente de responsabilidad estatal.

Es necesario detenernos y analizar este punto, conjuntamente con otros pasajes de la jurisprudencia de la SCJ, la que ha afirmado que en algunos supuestos *“el interés particular debe ceder ante los intereses generales de la*

comunidad” (SCJ 527/2014; 88/2016)¹¹⁰⁶. Con base en esta idea, el interés público es calificado por algunos autores como un principio, presupuesto de todo el ordenamiento jurídico¹¹⁰⁷, siendo *“jerárquicamente superior al bien privado, ya que no es igual la razón del todo y de la parte, puesto que el bien del todo prevalece sobre el bien de la parte, en la medida en que la parte no podrá alcanzar sus fines propios sino en virtud de la salud del todo”*¹¹⁰⁸. Se sostiene, entonces, que *“...el Estado de Derecho consagrado en la norma del artículo 82 de nuestra Carta Fundamental, tiene como presupuesto de existencia al principio de la supremacía o preeminencia del interés público o interés general sobre los intereses particulares, por el que se subordina, en definitiva, el interés individual o sectorial al interés de toda la colectividad”*¹¹⁰⁹. La preeminencia del interés general, sobre los intereses individuales, es también sostenida en otras doctrinas¹¹¹⁰ y por otros autores¹¹¹¹.

No comparto esta posición. Sostener que la CU establece un principio de preeminencia o superioridad del “interés general” sobre los derechos fundamentales o los intereses particulares implicaría desconocer textual y sistemáticamente la Constitución, la razón de ser de los derechos fundamentales como instrumentos contramayoritarios, a la vez que supondría una afirmación de

¹¹⁰⁶ Los casos refieren a las transgresiones a las normas sobre circulación en vehículos. El párrafo completo establece: *“Ninguna colisión con principios de orden superior cabe invocar cuando la norma impone el deber de utilizar casco en moto y/o motocicleta, en tanto es un caso en que el interés particular debe ceder ante los intereses generales de la comunidad en cuanto a la tutela de la integridad física de quienes circulen en tales medios de transporte”*. Asimismo, esta posición ya había sido pronunciada con anterioridad. Por ejemplo, en Sentencia 152/1991 se afirmó que el artículo 59 de la Constitución establece la primacía del interés general sobre el particular. En Sentencia 33/1994 se argumenta que el principio de seguridad jurídica *“debe ceder ante motivos de interés general”*. En Sentencia 137/2004 se esboza que la limitación de derechos individuales, por razones de interés general, obedece a la finalidad de tutelar un bien jurídico de alcance general. Más recientemente, se ha sostenido que las razones de orden público hacen prevalente el interés de la sociedad, frente al individual, aunque referido a la acción penal pública a cargo del Fiscal, la que si es ejercida impide el inicio simultáneo de la acción penal privada (SCJ 68/2006).

¹¹⁰⁷ RODRÍGUEZ AZCÚE (2007:44 y ss.) señala que es uno de los módulos de condensación de valores éticos-sociales-jurídicos básicos de la comunidad, que se integraría por vía del artículo 72 constitucional, al ser derivado de la forma republicana de gobierno.

¹¹⁰⁸ RODRÍGUEZ AZCÚE (2007:68).

¹¹⁰⁹ RODRÍGUEZ AZCÚE (2005:290). En similar posición, SÁNCHEZ CARNELLI (2005:355-376).

¹¹¹⁰ A modo de ejemplo, la doctrina marxista establece que en la etapa socialista el interés general debiera primar sobre los intereses particulares. En la sociedad comunista no habría tal primacía, puesto que los intereses generales y particulares coincidirían. Véase ANTOLIN (1956:53). Y véase *supra* Sección 2.1.1.

¹¹¹¹ En este punto, RODRÍGUEZ ARANA (2012: 16, 22, 178, 181 y 186) propugna una supremacía del interés general sobre el interés particular, afirmando incluso que esta afirmación debe presidir el quehacer administrativo del Estado. No obstante, luego lo matiza considerablemente, aludiendo a que esta supremacía es relativa y se dará únicamente ante una debida justificación de la Administración; a lo que adiciona incluso la aplicación del principio de proporcionalidad. Por otra parte, sostiene el mismo autor que los conceptos de interés general y de interés particular debieran entenderse en un contexto de complementariedad.

extrema gravedad y que pondría en duda la existencia de un Estado de Derecho¹¹¹². En este punto, es trascendente volver a la caracterización realizada en la *Sección 3.3.1*, en la que fueron precisados los aspectos de mayor significancia para el sistema constitucional uruguayo. En éstos, la protección a los derechos es un aspecto central, pues incluso se reconocen derechos preexistentes. Una hipótesis en la que se propugnase su total desprotección, fundamentándose en perseguir un mayor “interés general” es incompatible en dicho marco. La tutela a los derechos forma parte del concepto de interés general, siendo que esto es un aspecto clave en el Estado constitucional de Derecho¹¹¹³ (*supra* 3.3.1).

La limitación de un derecho basada en un fin legítimo no puede hacer de esta excepción un principio general y, menos aún, de preeminencia¹¹¹⁴. En este sentido, puntualiza DELPIAZZO que: *“Solo cuando se identifica el interés público con el interés propio del Estado, de la Administración, del Partido, del soberano, del jerarca, etc., podría pretenderse que ese supuesto interés público -que no es tal- llega no sólo a desplazar sino a sacrificar y extinguir cualquier interés privado que se le opusiera, incluso sin ningún tipo de reparación, pues ambos tendrían una entidad sustancial diferente, siendo la del primero superior y derogante de la del segundo. Esta sería en concreto la causa de la tan mentada razón del Estado, con la cual se quiere amparar todo avance y toda lesión de los intereses privados, que quedan así ligados a tal sujeción, en relación con el interés público”*¹¹¹⁵.

Para los autores cuya posición comparto, el interés privado no puede ser sacrificado por el interés público¹¹¹⁶. Tal sostiene DELPIAZZO, siguiendo a

¹¹¹² En este sentido: RISSO FERRAND (2005-B:11) y (2008: 93 y ss.) y GUARIGLIA (2007: 225 y ss.). Tal como sostiene el primero de los nombrados, en esta hipótesis el interés general se relacionaría en forma directa con criterios de utilidad.

¹¹¹³ Esta posición ha sido recientemente adoptada en Uruguay por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA 1067/2017) en la que se analizó determinado proceder de la Administración -en dicho caso de la Administración Fiscal-. En dicho marco se sostuvo que el interés general *“también es el puntilloso aprecio por el cumplimiento de las garantías como lo es el derecho subjetivo a no autoincriminarse”*.

¹¹¹⁴ En este punto, RISSO FERRAND (2005-B:10) y (2008: 93 y ss.). Asimismo, por su parte, DWORKIN (2006: 49) manifiesta que ciertos intereses de las personas tienen una importancia especial, por lo que no sería correcto que se sacrificasen por la comunidad en aras de un beneficio general.

¹¹¹⁵ DELPIAZZO (2012:85).

¹¹¹⁶ En esta posición se han manifestado: OCHS (1997:163); RISSO FERRAND (2005-B:10-12); GUARIGLIA (2007:225 y ss.); y DELPIAZZO (2012:85). Asimismo, en esta misma posición cabría incluir a DUGUIT (1926:22) para quien la voluntad colectiva no puede ser superior a la individual *“no hay un argumento capaz de demostrar que una voluntad humana puede legítimamente imponerse a otra voluntad humana”*. Recientemente también se adhiere GAMARRA ANTES (2018:280) para quien el interés general

BRITO, la preeminencia del interés general o del bien común, en un caso concreto, sobre el interés particular de un individuo o grupo obedece a que el primero aprovecha y beneficia a todos y cada uno de los miembros del cuerpo social, incluido, entonces, el interés particular de dicho individuo o grupo¹¹¹⁷. Por consiguiente, teóricamente, no habría tal dicotomía ni confrontación de intereses. Además, el respeto a los derechos fundamentales integra la propia noción de interés público.

En este punto, el ejemplo de CAJARVILLE respecto del principio de igualdad resulta por demás oportuno. La legislación para un sector o grupo determinado, siempre que respete el principio de igualdad, presupone que la distinción se basa en la existencia de un interés de la generalidad de los individuos en que el interés de los integrantes del grupo o sector sea atendido: *“la satisfacción de ese interés sectorial o grupal debe ser conducente a la satisfacción del interés coincidente de todos los individuos en el mantenimiento de condiciones necesarias en que la convivencia sea posible”*¹¹¹⁸.

Este mismo sentido cabe darles a las palabras de la SCJ antes citadas. Pues, no debería haber una verdadera confrontación entre un supuesto interés particular y un preeminente interés general. La norma que establece que el conductor de motocicleta debe llevar casco se encuentra protegiendo la integridad de las personas, fin legítimo, no habiendo una preeminencia de un interés general frente a un derecho subjetivo o interés legítimo particular, pues este último no se presenta¹¹¹⁹.

podría definirse como la *“maximización u optimización de los bienes constitucionales todos, sin el sacrificio de los bienes individuales en sus concepciones básicas o mínimas -de los derechos en sentido fuerte o estricto- en tanto determinantes de la dignidad humana”*.

¹¹¹⁷ DELPIAZZO (2012:84). En posición particular, ZABALLA (1946:89 y 353) expresa que el interés general se compondría por las necesidades sociales, y el interés privado o particular por los caprichos individuales, *“las ventajas que cada uno tiene o persigue en la vida social”*. Si bien no propugna que el interés general sea superior, sí indica que no es posible negar la oposición entre estos intereses, y que si se llevaran al extremo los intereses particulares se pondría en peligro al interés general.

¹¹¹⁸ CAJARVILLE (2013:149). No obstante compartir esta opinión doctrinaria, es de notar que la SCJ se ha pronunciado en otro sentido, al sostener que el interés general no es el de todos los habitantes, sino el de los grupos o sectores dignos de protección por encontrarse enfrentados a determinadas situaciones (Sentencia 374/2013). El matiz diferencial es que en la postura de CAJARVILLE, que comparto, ese interés de protección especial para ciertos sectores o grupos también es compartido por todos los habitantes, conformando el interés general.

¹¹¹⁹ En este punto, y siguiendo DWORKIN, cabe precisar que cabría una desobediencia a la ley siempre que la norma vulnere un derecho, pues ello manifestaría nuestra titularidad del derecho. Pero ello no es lo que ocurre en este caso, pues no habría derecho vulnerado. PRIETO SANCHIS (1986:292).

En este punto RODRÍGUEZ ARANA manifiesta la necesidad de dejar de lado el pensamiento bipolar de enfrentamiento entre el interés general y el particular, para alcanzar un marco de complementariedad, de integración y armonización¹¹²⁰. Volveré sobre este aspecto en el Capítulo V. Por otra parte, esta conclusión se acompasa con la jurisprudencia actual de la SCJ, habiéndose sostenido, en cita de la Corte IDH, que “*de ninguna manera podrían invocarse el orden público o el bien común como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real*” (SCJ 180/2016; 469/2016; 525/2016; 528/2016). Una posición similar puede hallarse en la jurisprudencia del TCE (STC 22/1984, FJ 3).

Sin perjuicio de lo anterior, las dudas frente a cómo resolver las hipótesis -aparentes o reales- de conflicto de derechos, o bien del conflicto entre un derecho y las medidas fundadas en razones de interés general o de orden público, persisten. Dejando de lado la doctrina de la preeminencia, no compartible por las razones antedichas, la SCJ, en otros fallos, se ha pronunciado a favor de contemplar “el mayor beneficio para la sociedad” en el caso concreto (SCJ 102/1966; 8/1993; 181/2004), lo que a mi juicio también debe ser descartado. Ello supone la recepción de la máxima utilitarista y también deja de lado los intereses particulares (*supra* 2.2.1). En la doctrina de la preeminencia antes comentada los intereses individuales quedaban de lado por la prevalencia del interés de la mayoría. En este caso, los intereses particulares también quedan de lado, ahora por la prevalencia del interés de la mayoría que es receptora de ese “mayor beneficio”¹¹²¹.

Luego, igualmente, y desde la Sentencia 79/2016, la SCJ ha acudido a otras nociones, tales como la del contenido esencial, principio de proporcionalidad y compatibilidad con el sistema democrático, según lo ya analizado (*supra* 1.1.3). Pese a todo lo anterior, la posición actual de la SCJ, aunque únicamente pronunciada en atención a la libertad de expresión, es que, en caso de duda y si del caso no se desprende claramente cuál es el interés

¹¹²⁰ RODRÍGUEZ ARANA (2012:22-23).

¹¹²¹ En igual postura RISSO FERRAND (2008:107) sostuvo que: “*Ninguna consideración de tipo utilitarista (como que debe sacrificarse un derecho humano por ser benéfico para toda la colectividad o la mayoría de la misma) puede ser aceptada ya que se trataría de una interpretación contraria al sistema constitucional e internacional de los derechos humanos. Los derechos humanos valen contra todos incluso contra la sociedad en su conjunto*”.

general o las razones de orden público protegidas, la situación debe resolverse en favor de la libertad tutelada¹¹²².

Por lo tanto, la jurisprudencia de la SCJ en la determinación del concepto de las razones interés general y de orden público ha sido vacilante, transitado por diversas teorías. Por una parte, he hallado algunos fallos que identifican el interés general con la mayoría, o con el interés de cierto grupo digno de protección (SCJ 152/1991, 3639/2011, 527/2014, 88/2016). Incluso de lo anterior, cierta doctrina ha derivado una tesis, a mi juicio desechable, de preeminencia del interés general sobre los derechos individuales. Por otra parte, también he observado cierta recepción de la máxima utilitarista en algunas sentencias, pues el interés general se emparentaría con el mayor beneficio, para el mayor número social (SCJ 102/1966; 8/1993; 181/2004). Afortunadamente, estas doctrinas parecieran haber sido dejadas completamente de lado en la jurisprudencia actual, en la que desde el año 2016 deriva una mayor precisión en lo que respecta a los límites a los derechos fundamentales, dando recepción a las doctrinas del contenido esencial, del principio de proporcionalidad, y relacionándolas con el sistema democrático (SCJ 79/2016).

No obstante lo anterior, no contamos actualmente con una significación del interés general a partir de estas nuevas concepciones, tampoco así del orden público. Parecería seguirse la postura de que el orden público es un concepto más restringido que el de interés general, aunque ambos indeterminados y poco delimitados. Lo que sí deriva de la jurisprudencia analizada, sin embargo, es que el orden público posee un contenido inmaterial. No se lo relaciona con una esfera meramente material, como lo observábamos en la interpretación histórica realizada del artículo 10 CU , o bien en el análisis del artículo 38 CU (derecho de reunión). Se lo vincula con unas condiciones básicas en relación con la vida en sociedad, que son inderogables y que supondrían la recepción de “*un conjunto de valores éticos y políticos de diversa naturaleza*” (SCJ 152/1991; 8/1993; 89/1993; 463/2009; 466/2009; 374/2013).

Vuelvo aquí sobre la cuestión que me he planteado desde el comienzo, y desde el análisis del caso español. Si bien no se propugna un modelo de

¹¹²² SCJ, Sentencias 79/2016, 180/2016 y 525/2016. Nótese que esta posición fue la primera pronunciada por ALEXY para los casos de empate, luego modificada en el Epílogo (*supra* 1.2.1 y para España nota al pie 970).

Constitución militante, sí existe entonces, en Uruguay como en España, un orden público inmaterial que debiera ser sinónimo de lo que denominé como de defensa democrática. En este punto es necesario delimitar su contenido a un mínimo democrático, a un núcleo que se fundamente en la propia Constitución, en la democracia y en los derechos que prevé.

Según vimos, este orden público inmaterial estaría compuesto por ciertas condiciones democráticas básicas, pero, además, y según la SCJ, alcanzarían también un aspecto de moralidad. Cabe entonces cuestionarnos si ello es posible, cómo y quién determina ese contenido de dicho orden público inmaterial, siendo ello de particular y significativa importancia.

Debemos partir aquí de que el orden público posee un contenido valorativo mínimo, el que entiendo no puede ser definido según el tiempo y según la época, como es alegado por la SCJ. Ese mínimo debe necesariamente ser claro y preciso, y ser hallado en la propia Constitución. Pues, de lo contrario, se estará imponiendo una cierta ideología o pensamiento, la de los más, sobre la de los menos; o se estará determinando según las concepciones morales, o éticas, que conforme la mayoría social, en determinado tiempo. Ese contenido mínimo, como decía, debe derivar, necesariamente, de lo previsto en la propia Constitución y, en ello, la caracterización del Estado uruguayo que realicé al comienzo (*supra* 3.3.1) deviene de importancia. En efecto, corresponde vincular al orden público, en el ámbito constitucional uruguayo, con un Estado constitucional de Derecho, con el reconocimiento y protección de derechos fundamentales, y con el régimen democrático republicano que postula.

3.4.- EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA Y URUGUAY. CONCLUSIONES PRELIMINARES

Del análisis precedente, es posible extraer tres aspectos coincidentes en España y en Uruguay, relacionados entre sí, y que hacen a la definición constitucional del orden público:

- (1) En primer lugar, es posible hallar que la significación no es solo material, sino que posee un aspecto inmaterial, así referido por la doctrina y los tribunales.

- (2) En segundo lugar, la definición del orden público posee límites ambiguos en la jurisprudencia de ambos países, por lo que su invocación se torna riesgosa en algunos casos.
- (3) En tercer lugar, esto último se hace más patente en lo que respecta a la determinación de la esfera inmaterial. Este contenido es muchas veces ampliado en doctrina y jurisprudencia, producto de su imprecisión y escaso abordaje, lo que a mi juicio merece una delimitación mínima, precisa, y constitucional.

En el actual contexto constitucional democrático español y uruguayo, el orden público es un concepto distinto y más amplio que el de seguridad pública¹¹²³. Según el TCE, esta última “*se centra en la actividad, dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas*” (STC 33/1982, FJ 3; STC 117/1984, FJ 6)¹¹²⁴.

Se trata, entonces, de que el orden público se compone de una noción material, mayormente vinculada a la seguridad, pero también de una esfera inmaterial. Estas significaciones no son necesariamente contrapuestas, y la aplicación del concepto de orden público a un ámbito inmaterial no posee una connotación negativa, aunque sí, a mi juicio, se hace necesario delimitar y circunscribir el contenido a un mínimo, y a lo postulado en la propia Constitución. Esto último no ocurre en la práctica, pues del análisis precedentemente realizado se halla una imprecisión a la hora de delimitar qué se entiende por orden público en el ámbito constitucional, lo que es más manifiesto incluso en Uruguay.

¹¹²³ En la STC 3/1982 el TCE sostuvo que el artículo 149 le atribuye al Estado con carácter exclusivo la competencia sobre la “seguridad pública” que es una noción más precisa que la de “orden público”. Al respecto: MARTIN-RETORTILLO (1983:440). Asimismo, para DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:416) esta doctrina no refiere necesariamente a que el de seguridad pública fuera un concepto más restringido conceptualmente, sino con una concreción más en su significado. Para IZU BELLOSO (1988:252) por su parte, son conceptos distintos, aunque “*una parte fundamental de la seguridad ciudadana consiste en mantener el orden público material, condición indispensable de aquella*”.

¹¹²⁴ Coincido con la delimitación conceptual realizada, por cuanto la seguridad es un componente del orden público, de menor contenido. Para otros autores, no obstante, el concepto de seguridad es por demás amplio, incluso abarca el orden público. FERNÁNDEZ RUIZ (2003:38) expone que se trata de una “*actividad esencial del Estado que conlleva el ejercicio de su potestad de imperio, de su autoridad, de su soberanía, dirigida a garantizar y hacer efectivo el derecho humano a estar libre y exento de todo peligro, daño o riesgo; o sea, a estar seguro en el entorno sociopolítico, comunitario y supraindividual; y encaminada, también, a preservar las libertades, la paz y el orden públicos*”.

En España el desarrollo doctrinario y jurisprudencial desde 1978 ha sido extenso. El concepto de orden público se encuentra circunscripto, en lo que hace al derecho de reunión (artículo 21 CE), con un orden material, entendido como sinónimo del normal desarrollo de la convivencia ciudadana en términos de tranquilidad *en la calle*. Esto se conjuga y se equilibra, no obstante, con un permitido uso del espacio público como ámbito de participación ciudadana, por lo que la restricción de una reunión o una manifestación es excepcional y se reserva a los casos de un desorden grave -o que podríamos calificar como un desorden más allá de lo normal-.

En este contexto, el TCE define el orden público, entendido en este sentido material, y se detiene a analizar si concurre como fin legítimo para la limitación del derecho de reunión en cada caso concreto. Esta doctrina me parece aplaudible, si bien no sin la precisión del cuestionamiento a la tesis del peligro indirecto de desorden. Como ya abordé, la limitación basada en el orden público posee un contenido especulativo, propio del juicio de estimación. Sin embargo, éste debe ser concreto, real, y de interpretación restrictiva. Ello no ocurre en la tesis del peligro indirecto, abordada en la STC 66/1995, aunque afortunadamente limitada en la STC 90/2006. Esta misma crítica puede ser extendida, asimismo, a la restricción de la libertad ideológica y religiosa (artículo 16 CE) ya no cuando se altere efectivamente el orden público, sino, también, ante peligros de que ello ocurra y cuando esta especulación no es controlada con precisión.

En lo que respecta a esto último, en la libertad ideológica y religiosa, los límites que evocan al orden público, si bien se manifiestan como aparentemente claros, son verdaderamente ambiguos. Se afirma en doctrina que el orden público supone el asegurar unas “condiciones materiales de vida digna”; implica la existencia de “principios básicos de organización estatal”, a lo que se le adicionan las libertades y derechos fundamentales; y es la “objetivación de determinadas convicciones sociales” (*supra* 3.2.2). En la jurisprudencia del TCE comentada se alude a la seguridad -como tranquilidad y orden ciudadanos-, a la salubridad -como salud pública, higiene de la sociedad-, y a la moralidad -como el elemento ético común de la vida social- (STC 33/1982, 62/1982, 154/2007).

La imprecisión del orden público, y de sus componentes, deriva de la poca y escasamente clara definición de estos postulados y conceptos, lo que confirma

la premisa abordada en el Capítulo I, pues los fines legítimos son apenas analizados (*supra* 1.3). Ello se ve con mayor énfasis en términos como la moralidad pública, de dudosa existencia y sustento, y a la que se le podrían introducir innumerables objeciones, algunas que fueron objeto de un particular análisis (*supra* 2.2 y 3.2.2).

En Uruguay, si bien conocemos aquello que el orden público no es, o no podría suponer actualmente, no se ha ensayado una definición precisa, encontrándose que en ciertos supuestos se lo vincula al aspecto material únicamente, pero en otros se lo extiende a un ámbito inmaterial. La falta de definición de la significación inmaterial del orden público se manifiesta aún con mayor importancia; pues es un área que se aborda con poca precisión y con límites débiles, lo que aumenta el riesgo en su invocación para limitar derechos fundamentales.

Conviene en este punto subrayar que los regímenes constitucionales de España y de Uruguay no adoptan un sistema de Constitución militante, aspecto que es señalado enfáticamente por la doctrina y jurisprudencia de ambos países. Ello supone que el orden público no puede ser empleado a los efectos de imponer el respeto en términos ideológicos al texto constitucional. Por el contrario, la libertad ideológica se encuentra reconocida en ambos ordenamientos constitucionales y supone una absoluta libertad de ideas y pensamientos, amparando, incluso, a aquellos que sean contrarios al ordenamiento jurídico vigente.

Sin embargo, sí es hallado que el orden público posee cierto contenido valorativo, que se relaciona con el *mínimo* abordado a lo largo de este Capítulo, que sí es proclamado y defendido. No obstante, este contenido es a veces ampliado en doctrina y jurisprudencia, producto de su imprecisión y escaso abordaje, contenido que, en mi opinión, debiera ser concretamente determinado. Se marca, en este sentido, una ruptura con la significación anterior del orden público, siendo que el constitucionalismo actual conduce a interpretarlo de distinto modo. En concreto, y en mi opinión, el concepto debe ser desentrañado e interpretado en conjunción con las demás disposiciones constitucionales. Ello marca una clara determinación del contenido: en España, a través de los artículos 1.1 y 10.1 CE; en Uruguay, principios similares pueden ser extraídos en forma implícita de los artículos 7, 10, 72, 82 y 332 CU.

El orden público se contextualiza, entonces, dentro del marco del respeto por la libertad, como principio superior, y por ciertos postulados básicos de la democracia, como el pluralismo político y social. A mi juicio, lo reprochable de la jurisprudencia de uno y otro país es que, si bien se tiende a la aplicación material del concepto, se abarca también una noción inmaterial, pero se elude todo proceso de precisión de su contenido en el momento de su aplicación. Este contenido inmaterial debiera ser circunscripto a un contenido mínimo que equilibre la libertad y la protección de los derechos fundamentales, con el ámbito procedimental democrático necesario para asegurar la tolerancia y el pluralismo. Ello debiera, además, enmarcarse en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, más concretamente, dentro de los sistemas regionales de protección a los que cada Estado se halla integrado. Pues, el análisis quedaría incompleto si el estudio constitucional antes realizado no se ve completado con lo preceptuado en el CEDH, en la CDFUE, y en la CADH. A ello dedicaré el Capítulo siguiente.

CAPÍTULO IV: EL ORDEN PÚBLICO EN LOS SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN. SU INTEGRACIÓN CON EL CONSTITUCIONALISMO ACTUAL

Para realizar un análisis completo de la temática que nos ocupa, es necesario ahondar en los sistemas regionales de protección. Hoy en día la influencia que la jurisprudencia de la Corte IDH, el TEDH o el TJUE¹¹²⁵ poseen en sus respectivos ámbitos es indudable. Asimismo, el TEDH también es, muchas veces, fuente de ciertas decisiones o razonamientos en Latinoamérica. Por tanto, se hace inevitable completar este análisis con la concepción que los instrumentos regionales de protección y, especialmente, los órganos jurisdiccionales regionales poseen respecto del orden público.

El orden público se encuentra previsto, tanto en la CADH como en el CEDH y en la CDFUE, como un fin legítimo que habilitaría la restricción de ciertos derechos humanos. Pero el orden público también ha sido objeto de particulares razonamientos que agrupan ciertos principios comunes en el ámbito latinoamericano o europeo; tradiciones constitucionales comunes, un *ius commune* latinoamericano o interamericano, o un orden público europeo.

En primer lugar (*Sección 4.1*), analizaré sucintamente la integración de Uruguay dentro del sistema interamericano, y la de España dentro del sistema europeo en sentido amplio (Consejo de Europa) y de la Unión Europea. Para ello, me limitaré a precisar cómo estos ordenamientos se relacionan entre sí, desde el punto de vista constitucional. Luego (*Sección 4.2*), me centraré en estudiar qué se entiende por orden público como fin que habilita una restricción en uno y otro sistema. No ahondaré en el desarrollo que los tribunales realizaron respecto de cada derecho, o de cada fin, sino que me concentraré únicamente en las definiciones o apreciaciones dadas al orden público o a ciertos conceptos similares a éste. Por último (*Sección 4.3*), describiré algunas doctrinas de estos tribunales que entienden la confluencia de ciertos principios coincidentes en todos los Estados, y que les otorgaría un mínimo común a todos ellos. Se trata

¹¹²⁵ Se mencionará al TJUE sin perjuicio de que para algunas de las sentencias la denominación correcta era de su predecesor el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

de lo que el TEDH denominó como orden público europeo, o lo que el TJUE conoce como las tradiciones constitucionales comunes. En América, por su parte, ello refiere al *ius commune interamericano*. Vincularé estas apreciaciones con la noción de orden público y analizaré si ello se relaciona con el concepto constitucional antes desarrollado.

Asimismo, y antes de comenzar, es necesario precisar que emplearé en este Capítulo la terminología de derechos *humanos*, en atención a la diferenciación habida en España y que fue abordada en el Capítulo I (*supra* 1.1).

4.1.- LA RELACIÓN CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA Y DE URUGUAY CON LOS SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

4.1.1- EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y LOS SISTEMAS EUROPEOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS. VÍNCULO ENTRE EL TEDH, EL TJUE Y EL TCE.

Finalizada la dictadura franquista, España no solo aprobó una nueva Constitución (1978), sino que también ratificó el CEDH¹¹²⁶. Asimismo, desde el año 1986 España se adhirió a la comunidad actualmente denominada Unión Europea¹¹²⁷. En el marco de ésta, y sin perjuicio del desarrollo que sobre derechos humanos realizó el TJUE¹¹²⁸, en 2007 fue aprobada la Carta de

¹¹²⁶ El CEDH fue firmado por España el 24 de noviembre de 1977 y fue ratificado el 4 de octubre de 1979, fecha en la que entró en vigencia. Al respecto: Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, en: «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570.

¹¹²⁷ El Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas fue firmada el 12 de junio de 1985 y comenzó a regir el 1º de enero de 1986. A los efectos del establecimiento y desarrollo de la Unión Europea se destacan: Tratado de Maastricht (1992), Tratado de Ámsterdam (1997), Tratado de Niza (2001), y Tratado de Lisboa (2007). Sobre la Unión Europea es posible consultar: MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS (2016:45 y ss.); VALLARTA PLATA (2002:23-36); WEILER (1991:2403-2483). Sobre el proceso de adhesión y la constitucionalidad del Tratado de Maastricht véase: RUBIO LLORENTE (1992:253-265).

¹¹²⁸ Cabe destacar el desarrollo jurisprudencial sobre los derechos a pesar de no existir una Carta que los reconociera. A ello refiere PECES BARBA (1999:644 y 650) aludiendo a la función integradora que esta temática tuvo en la Unión, y sobre este punto también puede verse: WEILER (1991:2417 y ss.).

Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), a través del Tratado de Lisboa¹¹²⁹.

La CE prevé la integración de España con estos dos sistemas en los artículos 10.2 y 93. El artículo 10.2 establece que: *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*. Se trata de una norma de reenvío recepticio de carácter interpretativo¹¹³⁰. Con ella se intenta, a juicio de PECES BARBA, superar el monismo-dualismo, para prever una apertura a otros instrumentos normativos en la esfera internacional¹¹³¹. Tal mención a la doctrina, la inclusión de esta disposición fue solicitada por el partido político Unión Democrática justificando que: *“La incorporación de España al orden internacional que propugna la defensa y protección de los Derechos Humanos, como base y fundamento de la organización del Estado, debe recogerse en la Constitución para que sirva además de criterio orientador en la aplicación de la misma”*¹¹³².

Es en base a esta norma que el TCE ha integrado el CEDH y otros instrumentos a la protección de derechos, tal como ha quedado en evidencia en el análisis ya realizado en el Capítulo anterior (STC 62/1982; 46/2001; 154/2002; 154/2007)¹¹³³. Y lo ha hecho como imposición, esto es, de forma obligatoria (STC

¹¹²⁹ A juicio de GARCÍA ROCA (2010:359): *“La Carta es algo más que una codificación de esos derechos. Estamos ante una realmente nueva fórmula: una declaración universal de derechos, de distintos tipos y generaciones, que sobrepasa en sus contenidos al sistema del Convenio Europeo por la previsión de derechos sociales, y de algunos nuevos derechos o contenidos nuevos de derechos viejos”*.

¹¹³⁰ FERNÁNDEZ TOMÁS (1993:354).

¹¹³¹ PECES BARBA (1999:40). SAINZ (2008:193) indica que la disposición toma fuente en la Constitución portuguesa, aunque esta última únicamente refiere a la Declaración Universal de Derechos Humanos. El artículo 16.2 de la Constitución de 1976 establece: *“Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre”*. LEÓN BASTOS (2010:105), por su parte, menciona otros antecedentes, como los artículos 7 y 65 de la Constitución de 1931, el artículo 10 de la Constitución italiana y el artículo 25 de la Ley Fundamental de Bonn. Por otra parte, GARCÍA ROCA, NOGUEIRA ALCALÁ y BUSTOS GISBERT (2012:67-68) indican que este precepto está en otras Constituciones.

¹¹³² LEÓN BASTOS (2010:104).

¹¹³³ A este punto también refieren: SÁNCHEZ LEGIDO (1991:194); FERNÁNDEZ SEGADO (1993:225); PÉREZ TREMPES (1993:25); CANOSA USERA (2009:79-80) y (2015:84); CATOIRA (2015: 215-216); NARANJO DE LA CRUZ (2013-B:83-84); y MATIA PORTILLA (2016:516). MARTIN-RETORTILLO (2011:20, nota al pie 13) se interesa por analizar en qué medida el CEDH predetermina no sólo el derecho interno de los Estados sino, en ocasiones, las propias Constituciones.

Por su parte, DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:347) también menciona el artículo 96.1 CE que establece: *“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas,*

341/1993, FJ 5 y 123/2005, FJ 3)¹¹³⁴. Esta disposición, a diferencia de lo que ocurre en Uruguay, -según ya se anunció en el Capítulo I al referirnos al concepto de derechos fundamentales (*supra* 1.1), y según será precisado en el apartado siguiente-, no incorpora nuevos derechos fundamentales a la CE, sino que sirve a los efectos de la interpretación (STC 36/1991, FJ 5; 64/1991, FJ 4)¹¹³⁵. No se desplaza, esto es, la norma interna, por sobre la internacional¹¹³⁶. Se trata, antes bien, y por esta vía, de interpretar los derechos constitucionales, pudiendo complementarlos con esferas inicialmente no abarcadas por ellos¹¹³⁷. Asimismo, a través de dicho artículo se incorpora la jurisprudencia del TEDH, altamente invocada y citada por el TCE, sirviendo como argumentación e interpretación de los derechos en cuestión¹¹³⁸. El TCE ha sostenido que las decisiones del TEDH son de “decisiva relevancia” dada la remisión prevista en el artículo 10.2 CE (STC 22/1981, FJ 3), y la ha utilizado en diversos casos (STC 49/1999; 91/2000; 292/2000; 198/2012; y los ya citados STC 177/2015, FJ 5 y STC 193/2011, FJ 5). Un razonamiento similar ha sido sostenido por el TSE según puede observarse en el Capítulo II (STS 693/2013).

Además de lo anterior, cabe precisar que, recientemente, el TCE ha introducido un matiz de relevancia, pues en la STC 140/2018 (FJ 6) se explicita la posibilidad de que los tribunales de justicia lleven a cabo un control de convencionalidad del derecho interno, sin necesidad de plantear una cuestión de constitucionalidad por posible vulneración del artículo 10.2 CE. Lo anterior ha originado cierta controversia doctrinal. En la fundamentación desarrollada por el TCE se explicita, a este respecto, que el control de convencionalidad no supone un *“juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso*

modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

¹¹³⁴ GARCÍA ROCA (2010:253). SAINZ (2008:201) sostiene que esta obligación ha sido derivada también del TCE al legislador.

¹¹³⁵ Sostiene MARTIN-RETORTILLO (2011:259) que *“la jurisprudencia del TEDH es nuestra jurisprudencia”.*

¹¹³⁶ CANOSA USERA (2015:93).

¹¹³⁷ SAINZ (2008:195-196 y 203). El autor indica que la interpretación no es solamente una actividad explicativa, sino creativa y de relleno.

¹¹³⁸ En igual sentido, ALONSO GARCÍA (1984:398) y NARANJO DE LA CRUZ (2011:285).

por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE”.

En la posición contraria, podría sostenerse que el definir la norma aplicable al realizar un control de convencionalidad implicaría que la disposición legislativa fuera descartada por razones de validez, realizando, en definitiva, una contrastación con la Constitución, lo que es competencia del Tribunal Constitucional (artículo 161 CE y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979). La doctrina del control de convencionalidad se desarrolló originariamente en la jurisprudencia de la Corte IDH y este cuestionamiento también fue planteado Uruguay, todo lo que será abordado en la Sección siguiente (*infra* 4.1.2).

Por otra parte, el artículo 10.2 CE no solamente sirve para invocar el CEDH y la jurisprudencia del TEDH, sino también el Derecho Comunitario y los fallos del TJUE (STC 64/1991, FJ 4) y, actualmente, la CDFUE (DTC 1/2004, FJ 6)¹¹³⁹. La integración de España con la Unión Europea posee fundamento constitucional en el artículo 93 CE (DTC 1/1992, FJ 4; DTC 1/2004, FJ 2)¹¹⁴⁰. Este artículo dispone: *“Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.*

En relación con esta norma, el TCE ha sostenido que: *“El art. 93 es sin duda soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro”,* pero también precisa que: *“Producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias,*

¹¹³⁹ Respecto de la vinculación del artículo 10.2 CE con el Derecho Comunitario, véase SAINZ (2008:200).

¹¹⁴⁰ En igual sentido PÉREZ TREMPs (1993:25); LÓPEZ CASTILLO (1996:107); CRUZ VILLALÓN (2006-B:26). Para ahondar en los límites a dicha integración, véase PÉREZ TREMPs (1993:65 y ss.) y (2004:106-112), y sobre este tema también: LÓPEZ CASTILLO (1996:318-513).

Asimismo, al decir de la doctrina es mediante este artículo que España cedió determinadas competencias a la Unión Europea. Al respecto: GARCÍA ROCA (2010:248). Asimismo, sobre la apertura de la CE a los procesos de integración puede verse: PÉREZ TREMPs(1993: 43 y ss.).

sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos” (DTC 1/2004, FJ 2).

En el marco de la Unión Europea la contribución del TJUE al fortalecimiento de los pilares de la Unión fue claro y a mi juicio fundamental para su desarrollo. La relación entre el derecho de la Unión y los ordenamientos internos estuvo desde temprano fuertemente influenciada por la aplicación de la doctrina del efecto directo (TJUE C-26/62, *Van Gend & Loos*) y de la primacía (TJUE C-6/64, *Costa/E.N.E.L*)¹¹⁴¹, sin perjuicio del diseño de una estructura fortificada por la previsión de la cuestión prejudicial que convirtió a cada juez interno en juez de la Unión¹¹⁴².

Estas doctrinas, sin embargo, también estuvieron acompañadas por algunos contrapuntos expuestos por los Tribunales Constitucionales, que fueron calificados de *contralímites*. La primera sentencia dictada en este aspecto fue el fallo *Frontini* de la Corte Constitucional Italiana (183/1973), en el que se indicó, como límite, a “los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana”¹¹⁴³. A ello

¹¹⁴¹ El efecto directo implica que las disposiciones comunitarias se aplicarán directamente, sin necesidad de reglamentación interna. La primacía supone que el Derecho Comunitario se aplicará, en su competencia, por sobre el derecho interno. A este respecto RODRÍGUEZ IGLESIAS (1993:1176) agrega la responsabilidad del Estado por daños causados a particulares como consecuencia de la violación del Derecho Comunitario (Caso C-479/93: Francovich/Italia). Sobre estas doctrinas puede verse: ALONSO GARCÍA (1989:93 y ss.); WEILER (1991:2413-2417) y (1995:26 y ss.); PÉREZ TREMPES (1993:134-149); VALLARTA PLATA (2002: 55 y ss.); BIGLINO CAMPOS (2008:35-52); MILLÁN MORO (2008:169-178); RODRÍGUEZ-IZQUIERDO (2011:77 y ss.); y STOFFEL VALLOTON (2012:247-255). El TCE trató primeramente estas doctrinas en las STC 28/1991 y 64/1991, y también fueron nombradas en la DTC 1/1992 y DTC 1/2004, FJ 4.

¹¹⁴² Respecto de algunos planteos de cuestiones prejudiciales por tribunales de España puede verse VIDAL PRADO (2004:166-188).

¹¹⁴³ BON (2014:170). La Corte Constitucional Italiana expresa: “*A questo riguardo, sarebbe rilevante la conformità del sistema comunitario ad alcune esigenze fondamentali, corrispondenti ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano, quali la democraticità dello Stato e il rispetto dei principi dello Stato di diritto*”, agregándose luego que: “*È appena il caso di aggiungere che in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma - sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini -, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189 una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali*”. Sobre la jurisprudencia italiana y la relación de Italia con el sistema europeo comentado es posible consultar: VIDAL PRADO (2004:103-145).

siguieron otros Tribunales Constitucionales, como el alemán con el caso *Solange I* del año 1974 y *Solange II* de 1986, así como con el caso *Maastricht* de 1993, o *Lisboa* de 2009, entre otros¹¹⁴⁴. Estos contralímites, que a mi parecer no son más que lo que hoy se denomina como *diálogos*¹¹⁴⁵, sirvieron para fortalecer la protección de los derechos y de ciertos cimientos democráticos¹¹⁴⁶. Y es que, a juicio de los Tribunales Constitucionales, la integración y, en su mérito, el efecto directo y la primacía tendrían un freno si afectaran las bases constitucionales del Estado. Indica PÉREZ TREMPs que *“junto con el elemento meramente cuantitativo, la cesión de poder que la integración supone tiene también una dimensión cualitativa, tal y como se deduce de la STCFA Solange II (1986). Esta dimensión cualitativa consiste en entender que, a través de la cesión de poder, no puede procederse a una desfiguración del Estado por afectar sus elementos esenciales”*¹¹⁴⁷.

En definitiva, entonces, el cuestionamiento de las potestades de los órganos de la Unión y de la doctrina de la primacía se fundamentó en el establecimiento de un nivel mínimo de protección, compatible con las respectivas disposiciones constitucionales. Tal sostuvo el Tribunal Constitucional Federal alemán en el fallo *Solange II*: *“en tanto la Comunidad Europea cuente con un estándar de protección de los derechos fundamentales comparable al de la Ley fundamental, no corresponde al Tribunal Constitucional examinar la conformidad del Derecho comunitario con el orden alemán”*¹¹⁴⁸. De lo contrario, entonces, sí se establecerán límites cuando el derecho comunitario no brindare una protección adecuada, esto es, cuando sus disposiciones fueren discordes con

¹¹⁴⁴ A mayor ahondamiento sobre la doctrina de los contralímites: PÉREZ TREMPs (1985:157-181); (1993:116 y ss.); SÁNCHEZ LEGIDO (1991:200-207); RODRÍGUEZ IGLESIAS (1993:1186 y ss.); LÓPEZ CASTILLO (1996:318-513); ALBI y VAN ELSUWEGE (2004:744-755); TEGA (2008:95-112); RODRÍGUEZ-IZQUIERDO (2011:192 y ss.); DIEZ-HOCHLEITNER (2013:1-18); MATIA PORTILLA (2016:510 y ss.). Particularmente sobre el fallo del Tribunal Constitucional Federal Alemán *Maastricht* puede consultarse: ALAEZ CORRAL (1995:243-276) y STEIN (1994:759-761), y sobre éste y los demás casos alemanes: VIDAL PRADO (2004:19-103) y CRUZ VILLALÓN (2013:507-510).

¹¹⁴⁵ Respecto de la noción de diálogo, los sujetos y los distintos efectos puede verse GARCÍA ROCA, NOGUEIRA ALCALÁ y BUSTOS GISBERT (2012:72 y ss.). En igual sentido al manifestado puede verse: DIEZ-HOCHLEITNER (2013:36). Por su parte, CRUZ VILLALÓN (2013:503) se pregunta si se trata verdaderamente de un diálogo entre Tribunales *“o se trata más bien de un inevitable diálogo de sordos?”*. Un cuestionamiento similar realiza RUBIO LLORENTE (2013:525).

¹¹⁴⁶ Sobre este punto: PECES BARBA (1999:656).

¹¹⁴⁷ PÉREZ TREMPs (1993:48).

¹¹⁴⁸ PECES BARBA (1999:657). La sentencia fue dictada el 22 de octubre de 1985. FERNÁNDEZ NIETO (2008:156), en contraposición, indica que *“el principio de eficacia del Derecho comunitario no puede ser a costa de los principios constitucionales, puesto que entonces la autorización no sería constitucionalmente válida”*.

los elementos constitucionales esenciales. Ahondaré más adelante sobre cuáles son estos elementos.

Particularmente relevante para esta materia, en España, fue la DTC 1/2004 en la que se analizó la compatibilidad entre la CE y el artículo I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. El TCE, adhiriéndose a la doctrina de los contralímites, subrayó que la cesión de competencias que se realiza con base en el artículo 93 CE es aceptable *“en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido[s] por la Constitución nacional. Por ello la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema [de] valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)”* (DTC 1/2004, FJ 2)¹¹⁴⁹. En el citado caso estos límites eran respetados por el tratado analizado (DTC 1/2004, FJ 2). Seguramente otro habría sido el resultado de entenderse en conflicto.

Por motivo de lo anterior, y acompañado por la jurisprudencia del TJUE, la previsión sobre derechos humanos en la normativa de la Unión Europea no se hizo esperar, y éstos se encuentran incluidos en el articulado de algunos tratados, además de la CDFUE. Por otra parte, el sistema de la UE también se relaciona con el sistema europeo de protección del CEDH. En este punto, el artículo 6 del TUE establece actualmente¹¹⁵⁰:

“1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000,

¹¹⁴⁹ Al decir de MATIA PORTILLA (2016:511) la DTC 1/2004 se inspira, a su juicio acertadamente, en la Sentencia Solange II del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Para FERRERES COMELLA (2005:81) el artículo 93 CE compromete a España a garantizar el cumplimiento del Derecho Comunitario, por lo que no se podría recurrir a la Constitución para analizar la normativa comunitaria. En comentario a la DTC 1/2004 puede verse: LÓPEZ CASTILLO (2005:13-49); SAIZ ARNAIZ (2005:51-75); FERRERES COMELLA (2005:77-100); CRUZ VILLALÓN (2006-B:32-37) y (2006-C:68-70); y BIGLINO CAMPOS (2008:46-51).

¹¹⁵⁰ La redacción es la dada por el Tratado de Lisboa, del año 2007 y con vigencia desde el año 2009. Respecto de la situación anterior: PECES BARBA (1999:660 y ss.).

tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

La incidencia de dicha disposición sobre la protección de los derechos es evidente, en la medida en que da un nuevo valor normativo a la CDFUE, a la vez que se erige como un mandato de adhesión al CEDH¹¹⁵¹. Sobre este último punto la relación entre el TJUE y el TEDH no siempre fue similar, sino que se caracterizó por avances y retrocesos sobre el control de uno y otro de los instrumentos normativos¹¹⁵². Sin ahondar en ello, sí advertiré que la manifestación de una posible adhesión de la Unión Europea al CEDH debiera presuponer la existencia de ciertos mínimos comunes a ambos sistemas, los que se ven en la jurisprudencia según será precisado en este Capítulo, pero que también podrían institucionalizarse aún más de darse este paso adicional, en un futuro que no se vislumbra como tan próximo¹¹⁵³.

¹¹⁵¹ GARCÍA ROCA (2010:351). El autor precisa luego (2012:184) que la adhesión de la Unión al sistema del CEDH tendrá “una eficacia transformadora en un sentido cada vez más unitario e integrador de los derechos”.

¹¹⁵² El TJUE dio importancia particular al CEDH e invocó la jurisprudencia del TEDH en sus razonamientos. Sobre este punto puede verse: ALONSO GARCÍA (1989:264-266); COOPEL y O’NEILL (1992:671-672); RODRÍGUEZ IGLESIAS y VALLE GÁLVEZ (1997:331 y 337-346); JIMENA QUESADA (2006:194-196); y CANOSA USERA (2009:106-108). En jurisprudencia del TJUE, por ejemplo, pueden consultarse los casos C- 36/75 y C-540/03. Asimismo, dio algunos reparos en la Dictamen 2/13. En el caso del TEDH, es posible ahondar en la doctrina de la “protección equivalente” en los casos del TEDH: Bosphorus vs. Irlanda, 30 de junio de 2005, p. 150-155; M.S.S vs. Bélgica y Grecia, 21 de enero de 2011, p. 228-240; Michaud vs. Francia, 6 de diciembre de 2012, p. 105-132; Dhahbi vs. Italia, 8 de abril de 2014, p. 31-33; y Avotinš vs. Letonia, 23 de mayo de 2016, p. 101-127, este último que presenta varias consideraciones luego del Dictamen 2/13 del TJUE.

¹¹⁵³ Respecto del proceso de adhesión y sus problemas puede verse especialmente: TJUE. Dictamen 2/94 y Dictamen 2/13. Asimismo, pueden consultarse las conclusiones de la Abogada General: KOKKOT (2014).

Los artículos 10.2 y 93 CE y la jurisprudencia del TCE sobre éstos y sobre la integración dan fundamento, entonces, a la relación entre España y los dos sistemas europeos de protección de derechos, sistemas que poseen un vínculo significativo con el TCE, además, como hemos visto, de un lazo entre sí. La jurisprudencia regional es trascendente no solo en la determinación de un concepto de orden público que tendría importancia en la esfera constitucional interna (artículo 10.1 CE), sino también en el hallazgo de apreciaciones comunes a todos los ordenamientos europeos que podrían perfilar un contenido distinto y particular del término estudiado.

4.1.2.- LA VINCULACIÓN DE URUGUAY CON EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y OTROS CRITERIOS INTERPRETATIVOS

Con fecha 22 de noviembre de 1969 Uruguay firmó la CADH. Luego devino un período dictatorial (1973-1985), tal ya fue abordado en el Capítulo anterior (*supra* 3.1.2). Tras el restablecimiento democrático, en el año 1985, el primer proyecto que el nuevo Poder Ejecutivo envió al Parlamento contenía la ratificación de la CADH. Ello tuvo una importancia particular, así denotada en el mensaje del Poder Ejecutivo que acompañó la proposición, pues demuestra el compromiso con un verdadero cambio respecto del régimen totalitario anterior.

Así, entonces, se especificó que: *“El Gobierno de la República ha asumido funciones en el día de hoy y al haberse operado, por ende el restablecimiento ipso jure de las instituciones democráticas en el país, el reconocimiento y tutela de los derechos humanos, consustanciales a dicho régimen, deben ser plenamente amparados. En este orden de acontecimientos, no escapa a la consideración del Poder Ejecutivo la necesidad de extender el reconocimiento y tutela de estas prerrogativas esenciales del ser humano al ámbito internacional, atendiendo a las ideas y normas que inspiran su acción y que sirven de sustento*

En doctrina: RIDEAU (2002:72-86); GARCÍA ROCA (2009:48-51), (2010:366 y ss.) y (2012:184); CANOSA USERA (2015:63-72); FERNÁNDEZ NIETO (2008:117-119); MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS (2016:130-131). Por su parte, RUBIO LLORENTE (2013:521) presenta las debilidades de no haberse dado aún la adhesión.

para la realización de la concepción democrática en todos los campos, tanto en el interno como en el externo. La protección internacional de los derechos del hombre, como ya fue afirmado, constituye simplemente un corolario de la valoración que del hombre realiza la concepción democrática en el campo del nuevo Derecho de Gentes, en donde el individuo emerge como sujeto sometido a su tutela”¹¹⁵⁴.

Lo anterior dio lugar a la sanción de la ley 15.737, promulgada el 8 de marzo de 1985. El 19 de abril del mismo año se depositó el instrumento de ratificación, reconociendo la competencia de la CIDH y de la Corte IDH. Sin perjuicio de diversos reclamos tramitados ante la CIDH, y de opiniones consultivas requeridas, Uruguay ha sido demandado ante la Corte IDH únicamente en dos casos contenciosos, en los que ha sido también condenado. Ambas sentencias de fondo datan del año 2011 y se trata de los fallos *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay* y *Gelman vs. Uruguay*. Este último suscitó un importante debate por la temática abordada, que incluía aspectos del último período de facto, derechos vinculados a la desaparición de personas y, sobre todo, validez de la Ley de Caducidad de las Pretensiones Punitivas del Estado, que fue ratificada por el cuerpo electoral uruguayo en dos oportunidades, pero que la Corte IDH ordenó desaplicar¹¹⁵⁵.

Según ya fue abordado (*supra* 3.3.1), el artículo 72 CU otorga rango constitucional a derechos, deberes y garantías que sean inherentes a la personalidad humana o deriven de la forma republicana de gobierno¹¹⁵⁶. En este caso, entonces, no caben dudas de que los derechos reconocidos en la CADH,

¹¹⁵⁴ Diario de sesiones de la Cámara de Senadores (1985).

¹¹⁵⁵ Respecto del caso Gelman puede verse: GARAT (2015:159 y ss.). La Ley de Caducidad de las Pretensiones Punitivas del Estado es la número 15.848, del año 1986, y previó: “*Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1° de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto*”. En el año 1989 se llevó a cabo un referéndum con la finalidad de derogar la Ley (recurso previsto en el artículo 79 de la CU), pero el mismo fue rechazado por mayoría del Cuerpo Electoral. En el año 2009 se llevó a cabo una iniciativa de reforma constitucional para incorporar al texto la derogación de dicha Ley (procedimiento de reforma constitucional previsto en el artículo 331 de la CU), la que no fue aprobada por el Cuerpo Electoral.

¹¹⁵⁶ GARCÍA ROCA, NOGUEIRA ALCALÁ y BUSTOS GISBERT (2012:68) apuntan que esta disposición se encuentra en otras Constituciones de América, mencionado a Chile, Argentina, Bolivia, Brasil, República Dominicana, Venezuela y México. Respecto de Argentina puede verse: BIDART CAMPOS (2006:481).

por esta vía, tendrían una jerarquía constitucional, produciéndose la “constitucionalización” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sin embargo, actualmente esta constitucionalización ha sido superada por la noción de “bloque de derechos humanos” o “bloque de constitucionalidad”, vía por la cual, al decir de RISSO FERRAND, “*se equipara el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”¹¹⁵⁷. Este “bloque” se conforma con los derechos de reconocimiento explícito en las disposiciones constitucionales o convencionales aplicables y los implícitos¹¹⁵⁸. Lo característico y peculiar en ello es que, sin importar el rango y jerarquía, ante un caso concreto, se aplicará el principio de directriz de preferencia¹¹⁵⁹, derivado del principio pro homine y, en el ámbito interamericano, con fuente en el artículo 29 de la CADH¹¹⁶⁰. Por lo anterior, entonces, si bien en el bloque confluirían disposiciones de distinto rango y tenor, ante un caso concreto habría que preferir aquella que otorgara una mayor protección al derecho en cuestión, así como la interpretación que mejor se ajustara a ello. La confluencia entre la CU y las disposiciones de la CADH tiene lugar, entonces, mediante la noción del *bloque* que, en Uruguay, posee fundamento en el artículo 72 CU ya citado.

A lo anterior, asimismo, cabe agregar la doctrina del control de convencionalidad¹¹⁶¹. El control de convencionalidad surge en el caso *Almonacid*

¹¹⁵⁷ RISSO FERRAND (2015:209).

¹¹⁵⁸ NOGUEIRA ALCALÁ (2016:93); RISSO FERRAND (2011:60 y ss.), (2015:207 y ss.); y (2016-A:194); HELANDER (2015:183). En igual sentido, aunque con algún matiz: BIDART CAMPOS (2004:264-267).

¹¹⁵⁹ Tal sostiene RISSO FERRAND (2015:199) la directriz de preferencia de normas implica que frente a diversas disposiciones se debe optar por aquella más favorable para el derecho. La directriz de preferencia de interpretaciones implica que entre distintas interpretaciones corresponde optar por la más protectora de la persona. A ello y su vinculación con el principio pro homine refiere en un estudio de España y Costa Rica: LEÓN BASTOS (2010:57). Estos postulados fueron recibidos por la SCJ 396/2016. Por su parte, el Tribunal Constitucional checo emplea este razonamiento en el análisis de la aplicación del principio de primacía de la Unión Europea y en concordancia con la doctrina de los contralímites. A este respecto: RODRÍGUEZ-IZQUIERDO (2011:210).

¹¹⁶⁰ Sobre este punto puede verse: SAGÜÉS (1998:6-8); ALBANESE (2008:18). Asimismo, sobre la aplicación de estas nociones en el Derecho del Trabajo puede verse: BARBAGELATA (1998:853).

El artículo 29 de la CADH en este aspecto prevé: “*Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno*”.

¹¹⁶¹ Respecto de la aplicación, en Uruguay, del control de convencionalidad, puede consultarse: ESTEVA (2012:45-66); HELANDER (2015:183 y ss.); GARAT (2015:170 y ss.); RISSO FERRAND (2016-A:193-201). En Argentina puede consultarse PEREYRA (2011:155-176) y HITTERS (2017:75-106).

El control de convencionalidad también fue recibido, aunque con algunos matices, por las Cortes de mayor jerarquía en Latinoamérica. En este punto, véase FERRER MAC-GREGOR (2012:77-78). Asimismo, para

Arellano c/ Chile (2006)¹¹⁶², sin perjuicio de haber sido antes nombrado¹¹⁶³. Se trata de realizar una comparación entre la CADH y otros instrumentos, con la normativa y las medidas internas¹¹⁶⁴. La Corte IDH propugna que cada juez y cada Tribunal, en momento de aplicar una disposición, debe contrastar si la medida a ser tomada y el ordenamiento jurídico que aplicará están en consonancia con la CADH, son compatibles con ésta y, de no serlo, ajustarlo para evitar su incumplimiento. Asimismo, seguidamente, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c/ Perú* (2006) la Corte IDH lo perfeccionó, entendiéndolo como un control que se desarrolla de oficio, y por cada autoridad “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”¹¹⁶⁵. Luego, precisó que debiera ser realizado por “todos los órganos del Estado”¹¹⁶⁶, fortaleciéndolo en los fallos

mayor ahondamiento en su desarrollo y su vínculo con Europa puede verse: CANOSA USERA (2015:23-82 y 105-126). El autor establece que sería distinto el caso de aprobarse y entrar en vigencia el Protocolo 16 al CEDH. Cabe notar que el mencionado Protocolo entró en vigencia el 1º de agosto de 2018, aunque España no lo ha firmado.

Cabe igualmente realizar la vinculación de esta doctrina del control de convencionalidad con la reciente Sentencia del TCE (STC 140/2018, FJ 6) que ya ha sido mencionada en la Sección anterior (*supra* 4.1.1).

¹¹⁶² En este caso la Corte IDH sostuvo: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006:124).

¹¹⁶³ HITTERS (2015:124) cita el caso *Myna Mack Chang vs. Guatemala* (2003); FERRER MAC-GREGOR (2012:71); ESTEVA (2012:49); y CAL (2018:201) refieren a que la expresión había sido empleada por el Juez Sergio García Ramírez en el Caso *Myna Mack Chang vs. Guatemala* (2003). Por su parte, PEREYRA (2011:159), además de la anterior, hace referencia al voto razonado de Antonio Cançado Trindade en el citado caso.

¹¹⁶⁴ HITTERS (2015:124). Este autor (2015:126) lo vincula con la doctrina desarrollada por el TJUE a partir del caso C-6/64 (Costa/E.N.E.L). Asimismo, no solamente se contrasta con la CADH sino también con otros instrumentos internacionales y con la jurisprudencia de la Corte IDH (*res interpretata*). En este punto: FERRER MAC-GREGOR (2012:85-87) y (2013) señala que todo lo anterior conforma un auténtico “bloque de convencionalidad” como parámetro. Asimismo, HELANDER CAPALBO (2015:183) aprecia, a mi juicio con acierto, que no se trata de la instauración de un sistema de precedente obligatorio, sino de aplicar la directriz de preferencia o principio pro homine.

Respecto de esto último, no todos los autores resultan conformes con esta posición, pues para algunos la jurisprudencia de la Corte IDH no podría ser tomada en cuenta. Referiré a este punto más adelante.

En Europa, GARCÍA ROCA (2010:236-237) y (2012:210) también refiere a la “cosa interpretada” del CEDH y el TEDH.

¹¹⁶⁵ Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú* (2006:128). En igual sentido: FERRER MAC-GREGOR (2012:71).

¹¹⁶⁶ Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México* (2010:225).

siguientes¹¹⁶⁷. Tenemos así que el control de convencionalidad primario es el ejercicio por todos los órganos del Estado, y el secundario es el que realiza luego la Corte IDH¹¹⁶⁸.

Asimismo, la referencia al “*ámbito de sus respectivas competencias*” en el control que realizaría cada órgano del Estado, salvaguarda la diferenciación entre sistemas difusos y concentrados de control de constitucionalidad de los actos legislativos. En los últimos, como el uruguayo, el control de convencionalidad tendrá distintas intensidades, puesto que será mayor en la SCJ, quien podrá desaplicar la ley en cuestión; y será menor en los demás tribunales, que igualmente debieran elevar el caso a la Corte, o bien intentar, cuando así sea posible, una “interpretación conforme”, esto es, una interpretación de la normativa aplicable que se adecue con las disposiciones convencionales¹¹⁶⁹. Se da, aquí, entonces, la solución contraria a la sostenida por el TCE en España, a través de la STC 140/2018 (FJ 6) comentada en la Sección anterior.

El fundamento del control de convencionalidad se obtiene de diversas fuentes. Por una parte, tenemos los artículos 1, 2 y 29 de la CADH¹¹⁷⁰, que disponen lo siguiente:

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

¹¹⁶⁷ Los distintos fallos, hasta el 2010, pueden verse en: FERRER MAC-GREGOR (2012:72); y RISSO FERRAND (2016-A:196). A ellos cabe agregar, por la especial relevancia en el objeto de este análisis: Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay (2011:193) y Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento (2013:66 y 72). Asimismo, también puede verse: Corte IDH. Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela (2018:191).

¹¹⁶⁸ HITTERS (2015:126)

¹¹⁶⁹ Respecto de esta temática: HITTERS (2015:132-133); FERRER MAC-GREGOR (2012:80-81); SAGÜÉS (2010:277). Para el Ministro de la SCJ Jorge Chediak, el control de convencionalidad, en Uruguay, es concentrado en la SCJ (SCJ 396/2016). En esta misma posición se han manifestado: ESTEVA (2012:61) y RISSO FERRAND (2016-A:201). El primero de los autores sostiene que el fundamento competencial puede encontrarse en el artículo 239 de la CU.

¹¹⁷⁰ FERRER MAC-GREGOR (2012:90-91); GARAT (2015:172); CAL (2018:202).

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;*
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.*

A ello SAGÜÉS agrega el principio conocido como “*pacta sunt servanda*” según el cual los tratados deben ser cumplidos, así como la buena fe y el “efecto útil”, recogidos, respectivamente, en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹¹⁷¹. Según el primero, “[*t*]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (artículo 26); según el segundo, “[*u*]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (artículo 27).

Para ALBANESE el control de convencionalidad no es sino “*una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente*”¹¹⁷². Para SAGÜÉS, por su parte, constituye un mecanismo para alcanzar un *ius commune*

¹¹⁷¹ SAGÜÉS (2010:120). FERRER MAC-GREGOR (2012:90-91) refiere también a los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹¹⁷² ALBANESE (2008:15). La autora menciona que en la Corte Suprema Argentina el caso Ekmekdjian c/ Sofovich (1992) reinstaló la obligación de no invocar las disposiciones de derecho interno para incumplir un tratado.

*interamericano*¹¹⁷³, expresión a la que referiré más adelante en este Capítulo, pero que alude a la confluencia de aspectos comunes a todos los Estados, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos.

La SCJ recogió la doctrina del bloque de derechos en la Sentencia 365/2009, en la que realizó, además, un control de convencionalidad¹¹⁷⁴. Luego, comenzó un desarrollo hacia la invocación de distintas normas y postulados internacionales, incluso con mención del control de convencionalidad (SCJ 133/2015, 79/2016, 396/2016, 525/2016)¹¹⁷⁵. No obstante lo anterior, el fallo 20/2013 introdujo algunos retrocesos, lo que generó un diálogo con la Corte IDH, en lo que respecta al cumplimiento del caso *Gelman*. En este sentido, cabe destacar que la SCJ 20/2013 no desconoció la obligatoriedad del cumplimiento de la sentencia *Gelman*, pero sí se posicionó como la intérprete última de la Constitución, vertiendo cuestionamientos respecto del control de convencionalidad y de la vulneración, por la jurisprudencia de la Corte IDH, de algunos principios también relevantes en el caso, como el principio de legalidad e irretroactividad en materia penal.

La Corte IDH calificó a este fallo como un “*serio obstáculo para las investigaciones de las graves violaciones de derechos humanos cometidas*”, asentando en la Sentencia sobre supervisión de cumplimiento la doctrina del control de convencionalidad y los criterios sustentados respecto del fondo¹¹⁷⁶. Se generó, así, un verdadero diálogo, el primero que el órgano máximo del Poder Judicial uruguayo tuvo con la Corte IDH y que, tal como ha ocurrido en diversos casos europeos, se espera contribuya al desarrollo en estas materias.

Tal ha sido analizado, es posible sostener pues que ha habido un avance hacia la recepción del derecho regional en materia de derechos humanos, y de los postulados y principios propugnados por la Corte IDH. En ello se destaca la recepción de la doctrina sobre el bloque de derechos, conformado no solo por las disposiciones constitucionales, sino también por las convencionales y las implícitas, lo que se vio acompañado de un aumento en la aplicación de las

¹¹⁷³ SAGÜÉS (2010:119). En igual sentido: NOGUEIRA ALCALÁ (2012:122); y FERRER MAC-GREGOR (2012:105).

¹¹⁷⁴ Respecto de los avances de esta Sentencia para el Derecho Constitucional uruguayo véase: RISSO FERRAND (2015:212). Por su parte, ESTEVA (2012:55) la califica como “*el leading case en la materia*”.

¹¹⁷⁵ A los efectos de consultar la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de los postulados de la Corte IDH puede ahondarse en: GARAT (2015:173-176).

¹¹⁷⁶ Corte IDH. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia (2013:54 y ss.).

disposiciones de la CADH por la jurisprudencia uruguaya, y de la integración, a la argumentación, de la jurisprudencia de la Corte IDH. A ello se adiciona el desarrollo respecto del control de convencionalidad, lo que eleva la importancia que cabe asignar a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH como interpretación relevante de la misma¹¹⁷⁷. En este marco, el examen del orden público en el ámbito regional reviste extrema trascendencia.

4.2.- EL ORDEN PÚBLICO EN EL MARCO DE LAS CONVENCIONES SOBRE DERECHOS HUMANOS (CADH, CEDH, CDFUE)

4.2.1.- LA CADH Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH. ESPECIAL REFERENCIA A LA OPINIÓN CONSULTIVA 5/1985

En el sistema de derechos de la CADH se admiten restricciones a ciertos derechos siempre que sean por ley, y que cumplan con una serie de requisitos, entre éstos, perseguir un fin legítimo y superar el principio de proporcionalidad (*supra* 1.2). En este sentido, y dependiendo del derecho, la CADH prevé ciertos fines legítimos a ser cumplidos para posibilitar la limitación. El orden público es mencionado en este contexto, y habilitaría, como fin legítimo, la restricción de la libertad religiosa (artículo 12), de la libertad de expresión (artículo 13), del derecho de reunión (artículo 15), de la libertad de asociación (artículo 16) y del derecho de circulación y residencia (artículo 22). En este ámbito, y en el Protocolo Adicional a la CADH, o más comúnmente denominado como Protocolo de San Salvador, el orden público también es límite a derechos sindicales (artículo 8.2).

¹¹⁷⁷ No me detendré en analizar si la jurisprudencia de la Corte IDH es, o no, obligatoria. La Corte IDH la exige como un parámetro dentro del bloque de convencionalidad, a ser considerado en el control de convencionalidad y, por tanto, le asigna obligatoriedad. Doctrina contraria, basada fundamentalmente en el artículo 68.1 de la CADH, resigna la obligatoriedad de los fallos en los que el Estado no fue parte. Esta última fue la posición de la SCJ (SCJ 20/2013) y de LARRIEUX (2013:599-600). Sin perjuicio de lo anterior, y sin profundizar en este aspecto, considero, como así lo hacen otros autores, que la cuestión no debe centrarse en la obligatoriedad, o no, de los fallos, sino en la aplicación de la directriz de preferencia de interpretaciones; por lo que la jurisprudencia de la Corte IDH revestirá obligatoriedad siempre que sea la más protectora a los derechos. En esta posición: FERRER MAC-GREGOR (2013:629); HELANDER CAPALBO (2015:183).

Respecto de esta temática: PEREYRA (2011:159 y ss.); HITTERS (2015:127 y 150); RISSO FERRAND (2016-A:196-197).

Cabe notar, primeramente, que el orden público puede restringir aquellos derechos considerados con una especial vinculación con lo democrático. En este punto, tanto la Corte IDH, como el TEDH dotan de una especial atención a los derechos que tienen una importancia significativa para el sistema democrático, como la libertad de expresión, el derecho de reunión o la libertad de asociación¹¹⁷⁸. Consecuentemente, el análisis de los límites a éstos es más exigente, aunque no necesariamente en la etapa de la determinación del fin legítimo que habilitaría la restricción, sino en la etapa ponderativa, pues se les asigna un peso mayor (*supra* 1.2.1).

Respecto de los fines, la Corte IDH sostiene que estos no pueden ser meras excusas para permitir una limitación¹¹⁷⁹. Se especifica qué causales se deben dar en la práctica, ante lo que se exigiría cierta prueba, mas no únicamente la existencia de un peligro o posibilidad de afectación¹¹⁸⁰. Así, por ejemplo, señala la doctrina que cuando se invoca la moral pública o la seguridad nacional corresponde realizar un estricto examen de necesidad, para evitar que estos vocablos sean utilizados *“para tratar de justificar violaciones a los derechos”*¹¹⁸¹. No obstante, y si bien en algunos de los fallos se analiza el contenido del fin, en la posición actual se permite la adopción de cualquier finalidad, siempre que sea acorde con la CADH¹¹⁸². En este sentido, y sin perjuicio de los fines previstos en cada derecho como posible límite a los mismos, la Corte IDH permite que los fines puedan estar basados en la protección de otras *“finalidades generales legítimas”*, como *“los derechos y libertades de las demás personas”*, o bien las *“justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”*¹¹⁸³. En los hechos, el verdadero “límite a los límites” estaría dado

¹¹⁷⁸ Sobre este punto en la Corte IDH puede verse: CASAL (2011:427-428).

¹¹⁷⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva 5/1985 (1985). RISSO FERRAND (2008:90-91) vincula lo sostenido por la Corte IDH con el empleo, en el marco constitucional uruguayo, de las “razones de interés general” (*supra* 3.3).

¹¹⁸⁰ HUACO PALOMINO (2014:315).

¹¹⁸¹ UPRIMMY YEPES y SÁNCHEZ DUQUE (2014:538).

¹¹⁸² Corte IDH. Opinión Consultiva 21/2014 (2014:276).

¹¹⁸³ En la Corte IDH, por ejemplo, caso Kimel Vs. Argentina (2008:70-71 y 83); Caso Castañeda Gutman Vs. México (2008:180) y Opinión Consultiva 21/2014 (2014: 276). En esta última también se agrega que la medida debe satisfacer un “interés público imperativo”. Lo anterior toma sustento normativo en el artículo 32 CADH que dispone: *“Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”*. En esta posición en el TEDH véase por ejemplo el fallo Yumak y Sadak vs. Turquía, 8 de julio de 2007, p. 109.

por el principio de proporcionalidad y, en algunos casos, incluso, por la doctrina del contenido esencial¹¹⁸⁴.

En este sentido, y tal como ya fue expuesto en el Capítulo I, se otorga una mayor preponderancia al análisis de los medios utilizados para alcanzar un fin, muy notablemente al principio de proporcionalidad, que al estudio del contenido y de la existencia, en el caso, del fin legítimo preestablecido. La premisa sustentada en dicho Capítulo (*supra* 1.3) se corrobora una vez más en el análisis jurisprudencial que se realiza.

No obstante lo anterior, la Corte IDH ha realizado un examen de la noción de orden público en oportunidad de responder la Opinión Consultiva 5/1985, solicitada por Costa Rica sobre la colegiación obligatoria de periodistas¹¹⁸⁵. Se trató de analizar si, en las limitaciones a la libertad de expresión de la CADH, estaba o no permitida la colegiatura obligatoria del periodista y del reportero. El artículo 13 de la CADH, reconociendo la libertad de expresión, prohíbe la censura previa, pero admite responsabilidad ulterior, fijada por ley y necesaria para asegurar: “a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. En este marco, lo primero que la Corte IDH se propone constatar, en la opinión consultiva, es si la colegiación obligatoria posee un fin legítimo, es decir, se funda en uno de los bienes expresamente contemplados en el artículo 13 CADH.

La Corte IDH define al orden público como: “*las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios*”¹¹⁸⁶. Se sostiene que tanto el “orden público” como el “bien común” son de una precisión dificultosa, pudiendo ser entendidos como límites, o como garantías¹¹⁸⁷. A los efectos de evitar un abuso en su invocación, se propone que “*deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las `justas exigencias` de una `sociedad democrática`*”

¹¹⁸⁴ Respecto del contenido esencial en la Corte IDH puede verse: UPRIMMY YEPES y SÁNCHEZ DUQUE (2014:537); y GARAT (2016:73). En este último concluí que la Corte IDH se afilia a una tesis mixta, pues si bien el contenido esencial se determina mediante un equilibrio, es un núcleo que no puede ser suprimido.

¹¹⁸⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva 5/1985. En comentario de esta Opinión Consultiva puede verse: NOGUEIRA ALCALÁ (2011:119-156).

¹¹⁸⁶ Corte IDH. Opinión Consulta 5/85 (1985:63).

¹¹⁸⁷ Corte IDH. Opinión Consulta 5/85 (1985:67).

que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”¹¹⁸⁸. Asimismo, también se puntualiza que estos conceptos no pueden ser usados “como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real”, lo que recuerda a la cláusula del contenido esencial ya analizada¹¹⁸⁹.

La exigencia de que las limitaciones deben ser “necesarias en una sociedad democrática” surge de algunas disposiciones del articulado de la CADH (artículos 15, 16 y 22), pero, especialmente, del artículo 32.2 que establece: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”¹¹⁹⁰.

La Corte IDH le ha dado un especial lugar a dicho requerimiento, entendiéndolo aplicable especialmente a aquellos derechos que no prevén cuáles son las restricciones legítimas, o bien para interpretar las que sí se establecen¹¹⁹¹. Sostuvo a este respecto: “Esas disposiciones representan el contexto dentro del cual se deben interpretar las restricciones permitidas por el artículo 13.2. Se desprende (...) que el juicio sobre si una restricción a la libertad de expresión impuesta por un Estado es ‘necesaria para asegurar’ uno de los objetivos mencionados en los literales a) o b) del mismo artículo, tiene que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas”¹¹⁹². Es sobre lo anterior que CASAL fundamenta la necesidad de un “test democrático”, sea adicional o sea integrando el principio de proporcionalidad (*supra* 1.1.3)¹¹⁹³. Volveré sobre este punto en el Capítulo final (*infra* 5.3.2), pero cabe apuntar aquí que el autor propone que la cláusula de la

¹¹⁸⁸ Corte IDH. Opinión Consulta 5/85 (1985:67).

¹¹⁸⁹ Corte IDH. Opinión Consulta 5/85 (1985:67). Esta noción fue reiterada recientemente en la Opinión Consultiva 24/17 (2017:132): “la protección a terceros y al orden público se debe garantizar por medio de distintos mecanismos legales que no impliquen, permitan o tengan como consecuencia el menoscabo, la lesión o el sacrificio de los derechos fundamentales de las personas. De lo contrario, se afectaría de manera total el núcleo esencial del libre desarrollo de la personalidad, del derecho a la vida privada y a la intimidad, del derecho a la identidad personal y sexual, del derecho a la salud, y, por consiguiente, de la dignidad de las personas y su derecho a la igualdad y la no discriminación”.

¹¹⁹⁰ Sobre los antecedentes de esta cláusula puede verse: CASAL (2011:417-418).

¹¹⁹¹ Corte IDH. Opinión Consulta 5/85 (1985:65). Sobre este punto también puede verse: CASAL (2011:423-425).

¹¹⁹² Corte IDH. Opinión Consulta 5/85 (1985:42).

¹¹⁹³ Al respecto: CASAL (2002:135), (2011:435).

sociedad democrática esté presente en el análisis de la finalidad de la intervención; por lo que debe servir a los efectos de interpretar el orden público¹¹⁹⁴.

Si bien la colegiación obligatoria podría alinearse con el orden público, entendido éste como unas condiciones que aseguran un funcionamiento armónico y normal de las instituciones, lo cierto es que el orden público también posee otro componente, el que no se ajusta con la medida analizada: *“Considera la Corte, sin embargo, que el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto”*¹¹⁹⁵.

En los postulados de la Corte IDH se dejan entrever dos acepciones del orden público, que deben confluir en el mismo concepto. Por una parte, aquella clásica, entendida como el normal funcionamiento de las instituciones. Por otra parte, una adicional y característica de la sociedad democrática, la que exige en este caso que *“se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información”*¹¹⁹⁶. Si bien la colegiación obligatoria de los periodistas podría alcanzar la primera de las significaciones, no se ajusta a la segunda, por lo que no es posible entender que dicha medida salvaguarde el orden público. En este entendido, la vinculación de ambos significados es lo que, en definitiva, define al “orden público democrático”.

Esta noción se relaciona, asimismo, con las definiciones de “bien común”, de “interés general”, de “utilidad pública” y de “interés social” desarrolladas en la opinión consultiva citada y en otras, así como en algunos casos contenciosos. Para la Corte IDH el concepto de interés general es el más amplio, siendo que

¹¹⁹⁴ CASAL (2011:424).

¹¹⁹⁵ Corte IDH. Opinión Consulta 5/85 (1985:69). En este mismo sentido: Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú (2001:151).

¹¹⁹⁶ Corte IDH. Opinión Consulta 5/85 (1985:69). En este mismo sentido, para RUOCCO (2011:302) se trata de *“un concepto vinculado al de seguridad pública, caracterizada como el estado o situación de orden en la relación de cada persona con su entorno”*. La autora precisa (2011:303) que bajo los postulados de la Corte IDH *“una Ley de Medios, por ejemplo, que pretendiera limitar el derecho de los informativos de TV en lo que refiere a la crónica roja, como forma de preservar el orden público, sería contraria al mismo concepto de orden público que reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto”*.

de él deriva el de “orden público” y el aún más restringido de “bien común”¹¹⁹⁷. Este último se define en la opinión consultiva comentada: *“Es posible entender al bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana”*¹¹⁹⁸.

En este mismo sentido, la Corte IDH ha profundizado en las significaciones de la “utilidad pública” y del “interés social”, entendiendo que: *“...comprenden todos aquellos bienes que por el uso a que serán destinados, permitan el mejor desarrollo de una sociedad democrática. Para tal efecto, los Estados deberán emplear todos los medios a su alcance para afectar en menor medida otros derechos, y por tanto asumir las obligaciones que esto conlleve de acuerdo a la Convención”*¹¹⁹⁹.

La vinculación del orden público con los derechos también se advierte en el Reglamento de la Corte IDH, al referir a un “orden público interamericano de los derechos humanos” en los artículos 35.1 y 52.3¹²⁰⁰. En este marco, la Corte IDH entiende a la CADH como integrante del “orden público internacional”¹²⁰¹, y califica a la tutela jurisdiccional y a la protección de derechos humanos como

¹¹⁹⁷ Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador (2008:74-75); y Opinión Consultiva 6/1986 (1986:29-31). En igual sentido se ha pronunciado Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el voto parcialmente disidente al caso Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela (2015:107-108).

¹¹⁹⁸ Corte IDH. Opinión Consulta 5/85 (1985:66).

¹¹⁹⁹ Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador (2008:73).

En igual sentido se ha pronunciado Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el voto parcialmente disidente al caso Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela (2015:106).

¹²⁰⁰ Estos artículos establecen: “35.1. El caso será sometido a la Corte mediante la presentación del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención, que contenga todos los hechos supuestamente violatorios, inclusive la identificación de las presuntas víctimas. Para que el caso pueda ser examinado, la Corte deberá recibir la siguiente información: (...) f) cuando se afecte de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos, la eventual designación de peritos, indicando el objeto de sus declaraciones y acompañando su hoja de vida”, y “52.3. La Comisión podrá interrogar a los peritos que propuso conforme al artículo 35.1.f del presente Reglamento, y a los de las presuntas víctimas, del Estado demandado y, en su caso, del Estado demandante, si la Corte lo autoriza a solicitud fundada de la Comisión, cuando se afecte de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos y su declaración verse sobre alguna materia contenida en un peritaje ofrecido por la Comisión”.

¹²⁰¹ Corte IDH. Caso Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala (2016:51).

cuestiones de “orden público internacional”¹²⁰². Asimismo, la Corte IDH también puntualizó que el concepto de orden público nacional e internacional toma base en las normas de *ius cogens* y permea todo el ordenamiento jurídico. Entiende que el principio de igualdad y no discriminación forma parte del *ius cogens* y, en consecuencia, del orden público nacional e internacional¹²⁰³.

Lo anteriormente desarrollado puede encuadrarse, entonces, dentro de un concepto de orden público de contenido inmaterial (*supra* 2.2.2). Sin embargo, la Corte IDH también alude a las “alteraciones de orden público” haciendo referencia a un concepto material¹²⁰⁴. La Corte IDH sostuvo a este respecto que, en el marco de las obligaciones previstas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, a que se hizo referencia más arriba, es obligación de los Estados garantizar la seguridad y mantener el orden público¹²⁰⁵. Si bien siempre rige un especial deber

¹²⁰² Corte IDH. Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México (2018:32); Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala (2018:27); Caso Ortiz Hernández y otros Vs. Venezuela (2017:22); Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala (2016:54); Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador (2015:21); Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador (2015:49); Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia (2014:27); Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador (2014:25); Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia (2013:20); Caso García y familiares Vs. Guatemala (2012:16); Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala (2012:20); Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala (2012: 27); Caso Fernández Ortega y otros Vs. México (2010:22); Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala (2010:18); Caso Kimel Vs. Argentina (2008:24).

¹²⁰³ Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala (2018:270); Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua (2018:289); Opinión Consultiva 24/2017 (2017:61). Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala (2017:150); Caso I.V. Vs. Bolivia (2016:238); Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil (2016:416); Caso Flor Freire Vs. Ecuador (2016:109); Caso Duque Vs. Colombia (2016:91); Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala (2015:173); Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela (2015:215); Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú (2014: 216); Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile (2014:197); Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala (2014:205); Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana (2012:225); Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile (2012:79); Opinión Consultiva 20/2009 (2009:54); Opinión Consultiva 18/2003 (2003:101); Opinión Consultiva 25/2018 (2018:170).

JIMÉNEZ SOLARES (2014:334) también apunta que la CIDH entiende al interés superior del menor como integrante del orden público interamericano.

¹²⁰⁴ Este concepto se vincula con el de seguridad pública. Tal sostiene HUACO PALOMINO (2014:315), la significación de seguridad pública adoptada por la Corte IDH es la referida a “*la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano en el ámbito de actuación de las fuerzas de seguridad ante acciones de violencia, calamidades, peligros, grave perturbación de la tranquilidad y el orden, etc.*”

Sobre el orden público en su aspecto material y, específicamente, en lo que atañe a la intervención de las fuerzas militares para desempeñar tareas de seguridad pública en supuestos que no impliquen conflictos armados, puede verse: Corte IDH. Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México (2018:177-183); Caso Osorio Rivera y familiares Vs. Perú (2013:122); Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México (2010:86-89); Caso Montero Aranguren y otros Vs. Venezuela (2006:78).

El “orden público” también fue vinculado con la materia migratoria y las razones por las cuales es posible expulsar a un refugiado. Al respecto: Corte IDH. Opinión Consultiva 21/2014 (2014:270). Asimismo, en esta materia y a los efectos de la propia noción de refugiado: Corte Opinión Consultiva 25/2018 (2018:68 y 96).

¹²⁰⁵ Corte IDH. Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México (2018:177).

de cuidado y de protección de derechos humanos por parte de las autoridades públicas, este deber se acentúa en estas situaciones de “alteración al orden público”, las que se asemejan a la conflictividad social, o a la polarización social o política¹²⁰⁶. En este marco, la significación que se viene desarrollando del orden público se ve reflejada en las limitantes que la Corte IDH coloca a la labor de las fuerzas estatales. Entiende que, si bien tienen potestades para mantener el orden material, éstas no son arbitrarias, y con tal finalidad no se podría emplear cualquier medida¹²⁰⁷. Por tanto, el orden público no podría ser invocado para reducir las garantías del debido proceso, incluso en la materia laboral o administrativa¹²⁰⁸. Recientemente, en el caso *Alvarado Espinoza c/ México* (2018) ha sostenido que el crimen organizado es una grave amenaza para la comunidad internacional, al atentar contra la seguridad, estabilidad y gobernabilidad democrática, obstaculizando su desarrollo y la vigencia de los derechos. *“No obstante, para enfrentar dicha problemática es preciso que los Estados actúen en todo momento dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como los derechos humanos. Lo anterior implica que en la adopción de medidas frente a quienes se presume que atentan en contra de la seguridad interna o del orden*

¹²⁰⁶ En el Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela (2018: 144) la Corte IDH sostuvo: *“Al respecto, este Tribunal ha reiterado, en otros casos respecto de Venezuela, que en una sociedad democrática no sólo es legítimo, sino que en ocasiones constituye un deber de las autoridades estatales, pronunciarse sobre cuestiones de interés público. Sin embargo, al hacerlo están sometidos a ciertas limitaciones en cuanto deben constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en los que fundamentan sus opiniones, y deberían hacerlo con una diligencia aún mayor a la empleada por los particulares, en razón de su alta investidura, del amplio alcance y eventuales efectos que sus expresiones pueden tener en ciertos sectores de la población, y para evitar que los ciudadanos y otras personas interesadas reciban una versión manipulada de determinados hechos. Además, deben tener en cuenta que, en tanto funcionarios públicos, tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden desconocerlos ni constituir formas de injerencia directa o indirecta o presión lesiva en los derechos de quienes pretenden contribuir a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento. Este deber de especial cuidado se ve particularmente acentuado en situaciones de mayor conflictividad social, alteraciones del orden público o polarización social o política, precisamente por el conjunto de riesgos que pueden implicar para determinadas personas o grupos en un momento dado”*. En similar sentido se ha pronunciado en: Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela (2015:195); y Caso J. Vs. Perú (2013:247).

¹²⁰⁷ Corte IDH. Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú (2015:262); Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia (2014:78); Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México (2010:87). En similar sentido, la Corte IDH entiende que aun cuando se prevea una detención para salvaguardar el orden público deben cumplirse las garantías previstas en el artículo 7 para resultar legítima: Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia (2014:404); Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina (2011:79).

¹²⁰⁸ Corte IDH. Caso Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala (2016:27); Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú (2015:107); Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela (2011:115); Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá (2001:126).

*público, los Estados no pueden invocar la existencia de situaciones excepcionales como medio para suprimir o denegar derechos garantizados por la Convención, desnaturalizarlos o privarlos de contenido real, o como justificación para practicar o tolerar actos contrarios a normas imperativas de derecho internacional, tales como la tortura, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales, entre otras graves violaciones*¹²⁰⁹.

En situaciones de emergencia o de excepción, el artículo 27 de la CADH¹²¹⁰ y la Corte IDH a través de su jurisprudencia prevén ciertas garantías y salvaguardas a los derechos involucrados¹²¹¹. En lo que se refiere concretamente al terrorismo, el órgano jurisdiccional interamericano entiende que se trata de una amenaza para *“los valores democráticos y para la paz y seguridad internacionales, así como para el goce de los derechos y libertades fundamentales*”¹²¹². Por tanto, habilita a los Estados a tomar ciertas medidas que resulten *“adecuadas, necesarias y proporcionadas para prevenir y, en su caso, investigar, juzgar y sancionar actos de carácter terrorista*”¹²¹³. Se corrobora, entonces, una vez más, que lo definidor es el juicio de proporcionalidad (*supra* 1.3). Sin embargo, también se aclara que su combate debe realizarse *“dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana*”¹²¹⁴.

¹²⁰⁹ Corte IDH. Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México (2018:178).

¹²¹⁰ Este artículo, sobre suspensión de garantías, establece: *“1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.*

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

¹²¹¹ Corte IDH. Opinión Consultiva 9/1987 (1987:38-39); Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú (2014:117); Caso J. Vs. Perú (2013:124).

¹²¹² Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú (2016:214).

¹²¹³ Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú (2016:214).

¹²¹⁴ Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú (2016:215). Este punto es enfatizado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el voto concurrente del caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú (2015:1).

Por consiguiente, de lo anterior deriva que las situaciones de alteración al orden público, en vez de servir de limitantes a los derechos, son condiciones que exigen un especial deber de protección de los mismos por parte del Estado. No obstante este desarrollo, el análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH más reciente arroja que el concepto de orden público podría ser uno de los que se dejara a la determinación interna por cada Estado, formando parte de su “margen de apreciación”, lo que agravaría aún más la falencia constatada en cuanto a la falta de análisis del fin legítimo para limitar derechos (*supra* 1.3). Si bien la posición original de la Corte IDH era que la noción de orden público en el ámbito interamericano no es la determinada por los legisladores o los jueces internos¹²¹⁵, la doctrina del margen de apreciación fue ya invocada en los últimos fallos¹²¹⁶.

Profundizaré sobre el margen de apreciación en el apartado siguiente. Cabe adelantar, en todo caso, que lo anterior merece una crítica. Y es que la doctrina del margen de apreciación presenta aspectos negativos, en tanto se remite al ordenamiento o a la jurisprudencia interna la determinación de ciertos aspectos que, si bien pueden tener cierta discrecionalidad, no pueden carecer de un control del TEDH o de la Corte IDH, tal ocurre en algunos supuestos prácticos¹²¹⁷. Profundizaré a continuación sobre estos puntos críticos y sobre la jurisprudencia que sobre orden público nos brinda el TEDH.

4.2.2.- EL ORDEN PÚBLICO EL CEDH

En el CEDH el orden público también se menciona como un fin legítimo que habilitaría la restricción a ciertos derechos. En este sentido, y al igual que lo analizado respecto de la CADH, el CEDH permite restricciones a ciertos derechos siempre que sean por ley y cumplan los requisitos que la jurisprudencia del TEDH exige al efecto, especialmente el perseguir un fin legítimo y superar el principio de proporcionalidad.

¹²¹⁵ HUACO PALOMINO (2014:316).

¹²¹⁶ HITTERS (2015:136-137); GARAT (2016:77 y 91). Puntualizan GARCÍA ROCA, NOGUEIRA ALCALÁ y BUSTOS GISBERT (2012:80) que el margen de apreciación fue mencionado, por primera vez, en el voto particular de Eduardo Ferrer Mac-Gregor al Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010). En jurisprudencia más reciente se hace mención a un cierto margen en: Corte IDH. Caso Mémoli Vs. Argentina (2013:140); Caso Lagos del Campo Vs. Perú (2017: 103).

¹²¹⁷ Sobre esta crítica también se pronuncian: GARCÍA ROCA y DALLA VÍA (2012:235).

El CEDH señala al orden público como fin legítimo que habilitaría una limitación en la publicidad de las audiencias (artículo 6), en la libertad religiosa (artículo 9), en la libertad de expresión (artículo 10), en el derecho de reunión (artículo 11), de circulación (artículo 2 del Protocolo 4), y es una causa que podría legitimar la expulsión de extranjeros (artículo 1 del Protocolo 7).

Para el TEDH los fines legítimos deben ser interpretados en forma estricta¹²¹⁸. Asimismo, y en un adicional que pareciera fortalecer el análisis, el TEDH, además del fin legítimo, estudia si el mismo es lo suficientemente trascendente para el bien de la sociedad¹²¹⁹. Sin embargo, en algunos casos esta exigencia aditiva se ha transformado en la única controlada. En este sentido, y en lugar de constatar la aplicación del fin legítimo previsto en el CEDH, el TEDH requiere la presentación de una “necesidad social imperiosa” o bien de motivos “razonables y suficientes”, sobre la que luego aplicaría el principio de proporcionalidad¹²²⁰. El concepto de “necesidad social imperiosa” o de motivos “razonables y suficientes” es, entonces, más amplio e impreciso que las concretas finalidades legítimas previstas en el articulado, por lo que, en los hechos y en diversos casos, la exigencia se flexibiliza¹²²¹.

A lo anterior se le agrega que en algunos supuestos el Estado puede determinar dichos fines o dicha necesidad social de forma discrecional. Es lo que en la Sección anterior he apenas mencionado como el “margen de apreciación”, un concepto variable y que depende de cada derecho involucrado, siendo mayor en unos, y más restrictivo en otros¹²²². A modo de ejemplo, y tal puntualiza la

¹²¹⁸ SANTIEMMA (2013:555). En este sentido: TEDH. Caso Refah Partisi vs. Turquía, 13 de febrero de 2003, p. 100; y Caso Sidropoulos y otros vs. Grecia, 10 de julio de 1998, p. 38.

¹²¹⁹ TEDH. Caso Otto-Preminger-Institut vs. Austria, 20 de setiembre de 1994, p. 50. En igual sentido: SANTIEMMA (2013:557); GARAT (2016:87).

¹²²⁰ TEDH. Caso The Sunday Times vs. The United Kingdom, 26 de abril de 1979, p. 62; Caso Defensores Internacionales de Animales vs. The United Kingdom, 22 de abril de 2013, p. 125; Wingrove vs. The United Kingdom, 25 de noviembre de 1996, p. 59-65. En comentario de este último puede consultarse: GREER (2004:419-423). Véase también: STONE SWEET y MATHEUS (2008:53-54). También emplean la “necesidad social imperiosa” respecto de la disolución de partidos políticos los casos de Refah Partisi Vs. Turquía y Herri Batasuna y Batasuna Vs. España que abordaré en este apartado.

¹²²¹ He ahondado sobre este punto en la jurisprudencia del TEDH en: GARAT (2016:87-88).

¹²²² TEDH. Caso Pretty Vs. The United Kingdom, 29 de abril de 2002, p. 70; y Caso Laskey and others Vs. The United Kingdom, 19 de febrero de 1997, p. 42. En doctrina: FASSBENDER (1998:59); GREER (2004:418); FERNÁNDEZ NIETO (2008:262); VÁZQUEZ (2012:298); DI PRIETO (2013:615); SANTIEMMA (2013:559). Esta última autora aclara que el margen es muy reducido en límites a la libertad de prensa, pero es muy amplio en lo que respecta a la protección a la moral pública o en temas religiosos. Respecto de un detallado análisis sobre el margen de apreciación en el TEDH, según cada derecho, puede verse: GARCÍA ROCA (2002:263 y ss.) y especialmente la síntesis jurisprudencial realizada por GREER (2000:35-44). Asimismo, respecto de su aplicación a la libertad religiosa puede consultarse especialmente: MARTIN-RETORTILLO (2011:51 y ss.), y VÁZQUEZ (2012:314).

doctrina, en el caso *Kliafas y otros vs. Grecia* se calificó a la “utilidad pública” como un concepto amplio y determinable por el legislador, salvo si fuera manifiestamente irrazonable¹²²³.

Tal enseña HITTERS, el margen de apreciación toma base en la doctrina del Consejo de Estado francés que lleva dicho nombre y que se vincula con el empleo de una discrecionalidad¹²²⁴. Para GARCÍA ROCA, por su parte, ya es un componente más del principio de proporcionalidad y conforma “*un límite estructural que permitiría no entrar a revisar, en ciertos casos, la interferencia en el derecho, o contentarse con hacer un simple escrutinio liminar, si, a primera vista, el fin de la restricción parece legítimo en Estrasburgo, la medida y la regulación son necesarias a ojos de las autoridades nacionales, y todo ello no resulta muy irrazonable a los ojos de la Corte Europea*”¹²²⁵.

El margen de apreciación tuvo su primera aplicación para la determinación de las situaciones de emergencia o excepción, lo que es calificado por la doctrina como un “origen dramático”, por estar ligado a la suspensión de derechos¹²²⁶. Se trata de considerar que “*los Estados partes tienen un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio y en la ponderación de intereses complejos*”¹²²⁷.

El cuestionamiento al margen de apreciación se circunscribe a conocer sus bases y sus límites¹²²⁸. Tal fue apuntado, en algunos derechos el margen es

¹²²³ TEDH Caso *Kliafas y otros vs. Grecia*, 8 de julio de 2004, p. 24-25. El caso es citado por GARCÍA ROCA (2010:179-180).

¹²²⁴ HITTERS (2015:134). En ello coincide GARCÍA ROCA (2009:26), y (2010:107-108). FASSBENDER (1998:64-65), no obstante, indica ciertas diferencias entre la discrecionalidad legislativa y el margen de apreciación. Respecto de la discrecionalidad administrativa me remito al Capítulo II, Sección 2.1.

¹²²⁵ GARCÍA ROCA (2010:91-92). En igual sentido se había pronunciado en GARCÍA ROCA (2009:23).

¹²²⁶ GARCÍA ROCA (2010:111). Sin perjuicio de ello FASSBENDER (1998:57) y VÁZQUEZ (2012:298) citan como primer caso que previó esta doctrina a *Handyside Vs. The United Kingdom*, 7 de diciembre de 1976, p. 48.

¹²²⁷ GARCÍA ROCA (2010:113). Para este autor (2010:134) y (2012:188) el margen de apreciación es una consecuencia del principio de subsidiariedad. En este sentido también se manifiestan FASSBENDER (1998:61) y DÍAZ CREGO (2009:56). Por su parte, GARLICKI (2012:38-39) plantea otros fundamentos. Es trascendente indicar que el margen de apreciación, con base en la subsidiariedad, se previó expresamente en el Protocolo 15 al CEDH, el que aún no ha entrado en vigencia. El artículo 1 del mencionado Protocolo adicional al Preámbulo establece lo siguiente: “*Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention*”.

¹²²⁸ De igual forma se pronuncia HITTERS (2015:135): “*Uno de los temas más complicados de esta problemática es saber cuál es ese ‘margen’ y qué amplitud tiene*”. Por su parte GARCÍA ROCA (2010:112) hace mención a que se trata de una construcción débil, poco densa y susceptible de aplicaciones muy

más amplio que en otros¹²²⁹. Asimismo, este margen se aplica para la determinación de conceptos jurídicos indeterminados (*supra* 2.1), como el de moral u orden públicos¹²³⁰; así como en los casos en los que no exista consenso sobre determinada materia en las legislaciones europeas¹²³¹. A la indeterminación de cuándo el margen es amplio o es escaso se le adiciona que por efecto de esta doctrina el TEDH, muchas veces, no analiza la legitimidad del fin, ni tampoco su proporcionalidad; sino que se circunscribe a verificar que el juez interno lo haya tenido en consideración¹²³². El concepto de orden público, por consiguiente, no es objeto de un profundo análisis por el TEDH, sino de determinación a discrecionalidad de cada Estado.

La crítica a lo anterior resulta evidente y se adiciona a lo ya sostenido en el Capítulo I, además de confirmar la premisa de la que esta tesis parte (*supra* 1.3). Ello, no solamente por la inseguridad que este margen genera, sino sobre todo por la falta de un verdadero análisis, por el TEDH, de aspectos esenciales de la aplicación del CEDH; derivándolo a los tribunales internos¹²³³. Sin perjuicio de lo anterior, de la jurisprudencia del TEDH es posible extraer algunas bases para delimitar el orden público en el ámbito europeo.

Pese a la inseguridad que se deriva de la doctrina del margen de apreciación, muy concretamente en lo que concierne a la aplicación del concepto de orden público, el CEDH es entendido por el TEDH como un “instrumento

variadas y hasta contradictorias. En similar punto puede consultarse sobre el mismo autor en: GARCÍA ROCA (2005-A:35).

¹²²⁹ El margen en el derecho de propiedad es más amplio; en la libertad de expresión y otros vinculados con lo democrático es más reducido. Al respecto: GARAT (2016:92). Asimismo, esta diferenciación puede verse en: TEDH. Caso Defensores Internacionales de Animales vs. The United Kingdom, 22 de abril de 2013, p. 102.

¹²³⁰ TEDH. Caso Handyside Vs. The United Kingdom, 44-59; Müller and Others Vs. Suiza, 24 de mayo de 1998, p. 35.

¹²³¹ TEDH. Caso Defensores Internacionales de Animales vs. Reino Unido, 22 de abril de 2013, p. 123. Sobre este punto véase GARLICKI (2012:40). Por su parte, GARCÍA ROCA (2012:149) cuestiona la imprecisión del criterio, puesto que no se conoce cuántos Estados debieran ser homogéneos en la regulación, entre otros puntos. Estas apreciaciones pueden derivarse del análisis jurisprudencial realizado por GREER (2000:7-13). En el sistema interamericano, en cambio, apunta CASAL (2011:421) que la Corte IDH no recurre a la comparación jurídica entre los Estados.

¹²³² Sobre esta crítica: FASSBENDER (1998:62) establece que: “*La doctrina del ‘margen de apreciación’ supone condicionar la garantía de los derechos contenidos en el Convenio a una reserva o salvedad general que no está expresamente formulada en su articulado*”. También sobre este punto: GARAT (2016:94-96).

¹²³³ Sobre esta crítica también se pronuncia: FASSBENDER (1998: 72), el Juez Lohmus en el voto disidente del TEDH en el Caso Wingrove vs. The United Kingdom, 25 de noviembre de 1996; y del Juez Tulkens en el voto disidente del TEDH Caso Leyla Sahin vs. Turquía, 10 de noviembre de 2005, p. 3.

constitucional del orden público europeo”¹²³⁴. Dentro de éste, se destacan los dos objetivos claros del Preámbulo: por una parte, un régimen político verdaderamente democrático; por otra parte, una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos de los cuales dependen¹²³⁵. En base a ello, para el TEDH el “orden público europeo” se compone tanto por los derechos humanos como por la democracia¹²³⁶. Tal sostiene GARCÍA ROCA: “*Existe un ligamen entre la democracia y el Convenio. La primera representa un elemento fundamental del orden público europeo -según recoge el preámbulo-, en ella reposa el mantenimiento de los derechos fundamentales*”¹²³⁷.

Estimo de extrema trascendencia detenerme entonces y especialmente en algunos casos en los que el TEDH se pronuncia sobre aspectos significativos de la democracia y, también, de los derechos. Su jurisprudencia sobre el derecho de reunión, sobre partidos políticos y sobre libertad religiosa es, en este punto, de gran relevancia. En estos casos se podrá observar que el fin perseguido con la medida analizada siempre se entiende legítimo. Este fin se menciona en forma genérica como el orden público, pero también como la prevención de desorden, la seguridad pública, o la salvaguarda de los derechos de los demás. El TEDH no realiza un examen detallado de este punto, sino que más bien se detiene a analizar si la medida es “necesaria en una sociedad democrática”¹²³⁸.

¹²³⁴ TEDH. Caso Loizidou vs. Turquía (Excepciones Preliminares), 23 de marzo de 1995, p. 75. La referencia en el texto original es la siguiente: “...*the Convention as a constitutional instrument of European public order (ordre public)*”. Esta misma apreciación se realizó por el TEDH en los casos: Bosphorus vs. Irlanda, 30 de junio de 2005, p. 156; Michaud vs. Francia, 6 de diciembre de 2012, p. 103; y Avotínš vs. Letonia, 23 de mayo de 2016, p. 112.

En este mismo sentido: DE DOMINGO (2001:225); DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:349); GARCÍA ROCA (2005-A:28), (2010:215) y (2012:188); FERNÁNDEZ DE CASAVANTE (2005:556); ÁLVAREZ OSSORIO (2008:121); VÁZQUEZ (2012:297); JIMÉNEZ SOLARES (2014:335). Tal indica ALBANESE (2008:16), para Antonio Caçado Trindade en el voto disidente al Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). Vs. Perú. Solicitud de interpretación de sentencia (2007:8), la Corte IDH debía realizar igual apreciación respecto de la CADH.

¹²³⁵ Sobre este punto: HARVEY (2004:412). Sobre el valor del Preámbulo puede verse: GARCÍA ROCA (2005-A:23-32). El Preámbulo del CEDH y, sobre éste, lo sostenido por la Comisión Europea de Derechos Humanos, es citado por la Corte IDH para enfatizar sobre el propósito de la CADH: “*La Comisión Europea, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea, enfatizó, además, que el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue conceder derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa... y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho (Ibid., pág. 138)*”. Corte IDH. Opinión Consultiva 2/1982 (1982:29).

¹²³⁶ TEDH. Caso United Communist Party of Turkey y otros vs. Turquía, 30 de enero de 1998, p. 45 y Caso Refah Partisi y otros vs. Turquía, 13 de febrero de 2003, p. 86.

¹²³⁷ GARCÍA ROCA (2002:304).

¹²³⁸ A modo de ejemplo puede consultarse: TEDH. Caso United Communist Party of Turkey y otros vs. Turquía, 30 de enero de 1998, p. 41; Caso Socialist Party y otros vs. Turquía, 25 de mayo de 1998, p. 36;

En esto último, el TEDH parte de algunas premisas. Entiende, para empezar, que la democracia es el único modelo previsto por el CEDH y el único compatible con éste¹²³⁹; que no puede haber democracia sin pluralismo¹²⁴⁰; y que el pluralismo, la tolerancia y la apertura son aspectos fundamentales de una democracia¹²⁴¹. Asimismo, considera que el Estado es el último garante de este pluralismo¹²⁴²; y no es posible implementar el principio de pluralismo sin una necesaria vinculación con la libertad de expresar libremente ideas y opiniones¹²⁴³.

En conexión con lo anterior, cabe apuntar que dicha libertad de expresar las ideas y opiniones tiene como límite la incitación del uso de la violencia y los llamados “discursos del odio”. Ello fue lo abordado en el caso *Stern Taulats y Roura Capellera vs. España*, mencionado en el Capítulo anterior (*supra* 3.2.2.3)¹²⁴⁴. El TEDH considera que “*los discursos incompatibles con los valores proclamados y garantizados por el Convenio se sustraen de la protección del artículo 10 por efecto del artículo 17*”. En esta categoría ingresan aquellos que “*negaban el holocausto, que justificaban una política pro nazi o que se asociaban a todos los musulmanes con un acto grave de terrorismo*”. Asimismo, considera como “discursos del odio”, a los que “*propaguen, inciten, promuevan o justifique*

Caso Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) vs. Turquía, 8 de diciembre de 1999, p. 30-32; Caso Gorzelik y otros vs. Polonia, 17 de febrero de 2004, p. 76; Caso Parti Nationaliste Basque – Organisation Régionale D’Iparralde vs. Francia, 7 de junio de 2007, p. 44; Caso Republican Party of Russia vs. Rusia, 12 de abril de 2011, p. 101; Caso Refah Partisi vs. Turquía, 13 de febrero de 2003, p. 67; Caso Heri Batasuna y Batasuna vs. España, 30 de junio de 2009, p. 64. En derecho de reunión también puede verse en: TEDH. Caso Ezelin vs. Francia, 29 de abril de 1991, p. 47 y Caso Oya Ataman vs. Turquía, 5 de diciembre de 2006, p. 32.

¹²³⁹ TEDH. Caso Gorzelik y otros vs. Polonia, 17 de febrero de 2004, p. 89; Caso United Communist Party of Turkey y otros vs. Turquía, 30 de enero de 1998, p. 45. Sobre este punto también puede consultarse: GREER (2000:18) y MARTIN-RETORTILLO (2011:110).

¹²⁴⁰ TEDH. Caso United Communist Party of Turkey y otros vs. Turquía, 30 de enero de 1998, p. 43; Caso Socialist Party y otros vs. Turquía, 25 de mayo de 1998, p. 41. Sobre este punto también puede verse: FERNÁNDEZ DE CASAVANTE (2005:558).

¹²⁴¹ TEDH. Caso S.A.S vs. Francia, 1 de julio de 2014, p. 128; Caso Hasan and Chaush vs. Bulgaria, 26 de octubre de 2000, p. 69; Caso Leyla Sahin vs. Turquía, 10 de noviembre de 2005, p. 104 y 108; Refah Partisi vs. Turquía, 13 de febrero de 2003, 89; Herri Batasuna y Batasuna vs. España, 30 de junio de 2009, p. 76.

¹²⁴² TEDH. Caso Informationsverein Lentia and Others v. Austria, 24 de noviembre de 1993, p. 38.

¹²⁴³ TEDH. Caso Gorzelik y otros vs. Polonia, 17 de febrero de 2004, p. 91. Asimismo, el TEDH también ha sostenido que en una sociedad democrática el Gobierno está bajo escrutinio público, por ejemplo, en el caso Castells vs. España, 23 de abril de 1992, p. 46. Sobre este punto puede verse: TORRES GUTIÉRREZ (2005:512).

¹²⁴⁴ TEDH. Caso Stern Taulats y Roura Capellera vs. España, 13 de marzo de 2018, p. 34. Cabe apuntar que los límites mencionados ingresan en la expresión de tener que ser “necesarios en una sociedad democrática”. Respecto de lo resuelto en este caso me remito al Capítulo III, nota al pie 954.

*el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia*¹²⁴⁵.

En lo que respecta al derecho de reunión¹²⁴⁶, el TEDH afirma, como así lo analizamos respecto del TCE, que toda manifestación en un espacio público causa cierto desorden en el tráfico. Se refiere a un orden público material conforme fue precisado antes (*supra* 2.2.2, 3.2 y 3.3). En relación a su tutela se exige a las autoridades un nivel de tolerancia (*“degree of tolerance”*) que no puede ser definido en abstracto, sino en cada caso particular¹²⁴⁷. La alteración al orden público en una manifestación debe estar probada, no sirviendo para ello argumentar un mero desorden del tráfico¹²⁴⁸. El derecho de reunión o de asociación puede estar restringido para los funcionarios policiales, por la especial función que cumplen, lo que se vincula con la jurisprudencia de Uruguay estudiada (*supra* 3.3.2.2)¹²⁴⁹, pero no así a otros, como los abogados¹²⁵⁰.

En lo que especialmente refiere a los partidos políticos¹²⁵¹, se entiende que éstos poseen una especial relevancia una sociedad democrática y para asegurar el pluralismo¹²⁵². Dada la relación entre la libertad de asociación y la

¹²⁴⁵ TEDH. Caso Stern Taulats y Roura Capellera vs. España, 13 de marzo de 2018, p. 41. En este punto, el artículo 17 del CEDH establece: *“Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”*. Sobre esta temática he apuntado algunos aspectos *supra* Sección 3.2.2.3 y nota al pie 861. Asimismo, sobre esta materia puede consultarse especialmente: CATOIRA (2015:199-222) y ROLLNERT (2019:81-109). Este último autor, en crítica de la jurisprudencia del TEDH, expone (2019:103): *“Lo decisivo en este sentido es que el estándar inicial del discurso del odio como incitación se ha abierto tanto que resulta desvirtuado cuando el Tribunal considera que la incitación al odio no requiere necesariamente llamar a la acción sino que puede cometerse mediante ataques generales contra grupos étnicos o religiosos, expresiones injuriosas, ridiculizantes o difamatorias contra ciertas partes de la población, acusaciones graves y perjudiciales o declaraciones que susciten «sentimientos» de desprecio, rechazo, hostilidad u odio”*.

¹²⁴⁶ A mayor ahondamiento puede verse: EGUIGUREN PRAELI, BUSTOS GISBERT y TORRES MURRO (2012:204); BILBAO UBILLOS (2005:568-575).

¹²⁴⁷ TEDH. Caso Kudrevičius y otros vs. Lituania, 15 de octubre de 2015, p. 155.

¹²⁴⁸ TEDH. Caso Oya Ataman vs. Turquía, 5 de diciembre de 2006, p. 41.

¹²⁴⁹ TEDH. Caso Rekvényi vs. Hungría, 20 de mayo de 1999, p. 46.

¹²⁵⁰ TEDH. Caso Ezelin vs. Francia, 29 de abril de 1991, p. 53.

¹²⁵¹ La Corte IDH, en cambio, no posee una jurisprudencia detallada sobre los partidos políticos, lo que es apuntado por DI PRIETO y SURASKI (2013:662) como un aspecto a ser profundizado. No obstante ello, el artículo 13.5 de la CADH nos indica igualmente que la violencia no estaría permitida, pues la excluye de la protección dada por la libertad de expresión: *“Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”*. En esta materia y sobre el sistema uruguayo puede verse *supra* 3.3.2.3.

¹²⁵² TEDH. Caso Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) vs. Turquía, 8 de diciembre de 1999, p. 37; Caso United Communist Party of Turkey y otros vs. Turquía, 30 de enero de 1998, p. 43; Caso Socialist Party

democracia, solamente razones convincentes (“*convincing and compelling reasons*”) pueden justificar una restricción¹²⁵³. En algunos casos se agrega la exigencia de demostrar una necesidad social imperiosa (“*pressing social need*”) ¹²⁵⁴, aunque, como ya fue adelantado, quizás estas exigencias, más que reforzar el análisis, lo terminan debilitando, pues no parten de un completo ni concreto estudio de la legitimidad del fin y, luego, dejan al margen de apreciación la decisión final sobre las razones o de la necesidad.

Partiendo de estas premisas, de acuerdo a la jurisprudencia del TEDH, la disolución de un partido político debe tener en cuenta lo siguiente:

- (i) No puede estar fundada en que en su nombre contenía una palabra entonces prohibida (*comunista*), ni en que el partido perseguía otros objetivos, y no los previstos en su programa, aunque sin demostrar hechos concretos que sustentaran dicha afirmación¹²⁵⁵.
- (ii) No es compatible con el CEDH si de los hechos no surge que el partido político fuera a usar o a incitar la violencia, sino lo contrario¹²⁵⁶.
- (iii) El TEDH entiende que la democracia conlleva necesariamente la permisibilidad de diversas propuestas políticas, que únicamente podrían verse restringidas si afectan las reglas democráticas¹²⁵⁷.
- (iv) El hecho de que el programa político se considere incompatible con los principios y estructuras vigentes en el Estado no lo hace incompatible con las reglas de la democracia¹²⁵⁸.

y otros vs. Turquía, 25 de mayo de 1998, p. 50; Caso Parti Nationaliste Basque – Organisation Régionale D’Iparralde vs. Francia, 7 de junio de 2007, p. 46; Caso Republican Party of Russia vs. Rusia, 12 de abril de 2011, p. 102.

¹²⁵³ TEDH. Caso Refah Partisi vs. Turquía, 13 de febrero de 2003, p. 100; Caso Gorzelik y otros vs. Polonia, 17 de febrero de 2004, p. 88 y 95, Caso Socialist Party y otros vs. Turquía, 25 de mayo de 1998, p. 50; Caso Republican Party of Russia vs. Rusia, 12 de abril de 2012, 102.

¹²⁵⁴ TEDH. Caso Gorzelik y otros vs. Polonia, 17 de febrero de 2004, p. 95. Es interesante relacionar esta exigencia de “necesidad social imperiosa” con el propio contenido al orden público en algunas acepciones del Derecho Internacional, conforme fue estudiado *supra* Sección 2.3.2. Al respecto véase nota al pie 623.

¹²⁵⁵ TEDH. Caso United Communist Party of Turkey y otros vs. Turquía, 30 de enero de 1998, p. 56-61. Sobre el segundo argumento también puede verse: TEDH. Caso Sidropoulos y otros vs. Grecia, 10 de julio de 1998, p. 46-47; Caso Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) vs. Turquía, 8 de diciembre de 1999, p. 40; y Caso Republican Party of Russia vs. Rusia, 12 de abril de 2012, p. 103.

¹²⁵⁶ TEDH. Caso Socialist Party y otros vs. Turquía, 25 de mayo de 1998, p. 46.

¹²⁵⁷ TEDH. Caso Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) vs. Turquía, 8 de diciembre de 1999, p. 41.

¹²⁵⁸ TEDH. Caso Socialist Party y otros vs. Turquía, 25 de mayo de 1998, p. 47.

- (v) Los Estados tienen un margen de apreciación para determinar qué financiación extranjera pueden recibir los partidos políticos¹²⁵⁹.
- (vi) El no tener un mínimo de miembros y de representación regional no justifica la disolución, siendo que éstas son razones desproporcionadas respecto de los fines legítimos¹²⁶⁰. Las minorías tienen que poder para formar partidos políticos y obtener representación parlamentaria¹²⁶¹.

La jurisprudencia del TEDH es, pues, altamente exigente en lo que respecta a la disolución o no inscripción de un partido político, resultado de tener en cuenta la importancia que éstos poseen para el pluralismo y para el sistema democrático. El control sería únicamente de medios y no de fines, siendo que podrían presentar en su programa objetivos diversos a los vigentes, aunque cumpliendo con las reglas democráticas para alcanzarlos y, especialmente, evitando la violencia¹²⁶². Analizaré particularmente esta temática a través de dos casos especialmente relevantes: *Rafah Partisi (Partido de la Prosperidad) vs. Turquía y Herri Batasuna y Batasuna vs. España*.

Si bien el TEDH ya tenía jurisprudencia en esta materia, apunta la doctrina que el caso *Refah Partisi* es distinto a los anteriores, pues en este el Partido contaba con un amplio apoyo popular¹²⁶³. Se trata de un partido que había sido disuelto por el Tribunal Constitucional de Turquía por ser contrario al principio de laicidad estatal, entendiéndose a dicho principio como base de la democracia. En este sentido, cabe puntualizar que el partido en cuestión tenía como fin instaurar el orden islámico¹²⁶⁴. Para dicho Tribunal, la manifestación de una

¹²⁵⁹ TEDH. Caso Parti Nationaliste Basque – Organisation Régionale D’Iparralde vs. Francia, 7 de junio de 2007, p. 47.

¹²⁶⁰ TEDH. Caso Republican Party of Russia vs. Rusia, 12 de abril de 2011, p. 131.

¹²⁶¹ TEDH. Caso Republican Party of Russia vs. Rusia, 12 de abril de 2011, p. 114.

¹²⁶² Tal sostiene GARCÍA ROCA (2002:298): “No puede predicarse la tolerancia de la violencia, es su límite más nítido. Violencia, la terrorista entre ella, y la democracia o Convenio Europeo de Derechos Humanos son cosas incompatibles”.

¹²⁶³ Puntualiza VÁZQUEZ (2012:316) que era el “primer partido en votos y escaños en el parlamento turco”. En igual sentido: MARTIN-RETORTILLO (2011: 99-101) destaca que es un fallo anterior al 11 de setiembre de 2001. Por su parte, expresa GARCÍA ROCA (2002:297) que “lo que hace al litigio diferente a cualquier otro de los que conozco es la entidad del enemigo. Un adversario de la democracia sumamente peligroso por tratarse de un partido en el Gobierno y, al tiempo, fundamentalista islámico”.

¹²⁶⁴ TEDH. Caso Refah Partisi vs. Turquía, 13 de febrero de 2003, p. 23. Al decir de GARCÍA ROCA (2002:296): “El dilema central es la compatibilidad entre la Shaira (ley islámica) y la Jihad (guerra santa) que el Refah Partisi (...) asumían en sus actuaciones, y el Convenio Europeo”.

religión de esa forma causaba presión en las personas que no la practicaban y creaba discriminación por creencias religiosas¹²⁶⁵.

Se señalan algunos actos que el partido realizó en este sentido: manifestar que la propaganda televisiva era fundamental para el establecimiento del orden islámico; prever, mediante una norma jurídica, una reorganización de las horas laborales en los establecimientos públicos para respetar el Ramadán; utilizar los sistemas democráticos para manifestarse en contrario de sus disposiciones, por ser opuestas a la ley islamista (*sharia*); manifestarse a favor de un potencial uso de la fuerza o la violencia para acceder al poder o conservarlo¹²⁶⁶. El Tribunal Constitucional de Turquía concluyó que la disolución era legítima, fundado en que el partido tenía el objetivo de terminar con el orden democrático y utilizaba la libertad de expresión para convocar acciones con dicho fin. Sostuvo: *“cuando un partido político realizó actividades con el fin de terminar con el orden democrático y utilizó la libertad de expresión para realizar convocatorias a la acción con tal objetivo, la Constitución y las disposiciones supranacionales de protección de derechos humanos autorizan su disolución”*¹²⁶⁷.

Para el TEDH un partido político puede promover un cambio en el ordenamiento constitucional y legal vigentes, pero siempre que cumpla con dos condiciones: (a) los medios utilizados para dicho cambio deben ser legales y democráticos; y (b) el cambio propuesto debe ser compatible con los principios fundamentales de la democracia¹²⁶⁸. En este caso, el TEDH considera que no hubo vulneración al artículo 11 del CEDH, por lo que la medida de disolución fue convencional. Sustenta la conclusión en dos fundamentos. Primero, que en Turquía el principio de laicidad es un fundamento para la democracia y para el respeto de los derechos humanos¹²⁶⁹. Segundo, entiende que no es razonable que el Estado espere a que el partido tome el poder para disolverlo, sino que,

¹²⁶⁵ TEDH. Caso Refah Partisi vs. Turquía, 13 de febrero de 2003, p. 27.

¹²⁶⁶ TEDH. Caso Refah Partisi vs. Turquía, 13 de febrero de 2003, p. 39-40 y 129-131.

¹²⁶⁷ TEDH. Caso Refah Partisi vs. Turquía, 13 de febrero de 2003, p. 41. La traducción al español me pertenece. El texto original en inglés es el siguiente: *“where a political party pursued activities aimed at bringing the democratic order to an end and used its freedom of expression to issue calls to action to achieve that aim, the Constitution and supranational human-rights protection rules authorised its dissolution”*.

¹²⁶⁸ TEDH. Caso Refah Partisi vs. Turquía, 13 de febrero de 2003, p. 98. Esto mismo es reiterado en el Caso Heri Batasuna y Batasuna vs. España, 30 de junio de 2009, p. 79.

¹²⁶⁹ TEDH. Caso Refah Partisi vs. Turquía, 13 de febrero de 2003, p. 93. Sobre este punto MARTIN-RETORTILLO (2011:103) cuestiona si la defensa de la laicidad justifica el prohibir a un partido político.

además de la violencia en sí misma, es posible restringir el derecho de asociación si existe un peligro real, que sea próximo y suficiente¹²⁷⁰.

El caso *Herri Batasuna y Batasuna vs. España* posee algunas notas similares, si bien se refiere a la libertad ideológica, no a la estrictamente religiosa. Tal como ya fue analizado en el Capítulo III (*supra* 3.2.2.2), el TCE rechazó los recursos de amparo promovidos contra la disolución de los partidos políticos (STC 5/2004). Esta disolución estuvo motivada en la vinculación de dichos partidos con el terrorismo y con la organización terrorista ETA. Conforme ya fue expuesto, se entendió que: *“la participación de personalidades del partido ilegalizado en manifestaciones y actos de apoyo a la organización terrorista ETA, declaraciones y pancartas en el mismo sentido de defensa de la ‘lucha armada’ y amenaza con ella, actos de homenaje a miembros de dicha banda terrorista, etc.”* (STC 5/2004, FJ 10). Incluso se consideró que *“la negativa de un partido político a condenar atentados terroristas puede constituir, en determinadas circunstancias, una actitud de ‘apoyo político...tácito al terrorismo’ (...) por cuanto esa negativa puede tener un componente cierto de exculpación y minimización del significado del terrorismo”* (STC 5/2004, FJ 18). En el supuesto en concreto, el TEDH entendió a varios de los actos como *“incitadores de conflictos sociales entre los partidarios de los partidos demandados y el resto de las formaciones políticas, en particular las del País vasco”*¹²⁷¹. En base a ello y a las demás conductas ya expuestas, se concluyó que los tribunales internos alcanzaron conclusiones razonables, no observando razones para apartarse de la misma decisión, esto es, la legitimidad de la disolución ordenada¹²⁷².

He optado por analizar particularmente estos dos casos por manifestarse, en ellos, razones similares y, a la vez, distintas, para legitimar la misma medida. A través de ellos es posible cuestionar lo ya analizado para la esfera constitucional interna, esto es, si con ellos se propugna un modelo de Constitución militante o, al menos, un sistema que denominé como de “defensa democrática”.

En los casos comentados la relación entre religión, terrorismo y democracia parece tal que los dos primeros conceptos se disociarían

¹²⁷⁰ TEDH. Caso Refah Partisi vs. Turquía, 13 de febrero de 2003, p. 102-104.

¹²⁷¹ TEDH. Caso Herri Batasuna y Batasuna vs. España, 30 de junio de 2009, p. 86.

¹²⁷² TEDH. Caso Herri Batasuna y Batasuna vs. España, 30 de junio de 2009, p. 89.

necesariamente del tercero. Tal afirma MARTÍNEZ-TORRÓN lo anterior haría suponer que *“el islam es incompatible con nuestra cultura política y en general con nuestro sistema de valores”*, agregando que el mensaje transmitido es que *“es imposible ser, al mismo tiempo, un creyente musulmán y un verdadero demócrata”*¹²⁷³. Conforme a la jurisprudencia del TEDH, los partidos pueden tener ideales contrarios al sistema vigente, lo que haría concluir que no se propugna una “Constitución militante”. Sin embargo, cabe continuar este análisis, pues este Tribunal admite restringir la libertad de dichos partidos si utilizan la violencia, o si hay un peligro real de ello. También si los medios no son democráticos, o el cambio propuesto no es compatible con los “principios democráticos fundamentales”.

En *Rafah Partisi* la laicidad formaría parte de estos principios fundamentales, de *“los principios y valores que forman parte del orden público europeo”*¹²⁷⁴. El TEDH acepta, entonces, que se prohíba un proyecto, aunque se hace notar que: *“El proyecto político del Rafah no era teórico ni ilusorio, sino factible”*¹²⁷⁵. Lo mismo se enfatiza en *Batasuna*. Pues si bien no se constató violencia sí se vislumbró un peligro de su acaecimiento, dada la vinculación del partido con el terrorismo. La consecuencia de lo anterior es clara y así es apuntada por la doctrina: *“la protección del artículo 11 CEDH no puede ser invocada en el caso de un partido político cuyos responsables inciten a la violencia o propongan un proyecto político dirigido a eliminar la democracia y los derechos y las libertades por esta reconocidos”*¹²⁷⁶.

El control, al igual que en la jurisprudencia del TCE, sería de medios, pero no de fines¹²⁷⁷, aunque la diferencia entre los medios y los fines no sea del todo clara; pues en dichos medios ingresa también el respeto a los “principios fundamentales de la democracia”. A mi parecer, y en forma similar a lo analizado respecto de España, hay ciertos fines que sí se someten a control, aunque se escondan bajo un aparente control los medios o reglas de procedimiento utilizados para alcanzarlos. Tal lo indicó FERNÁNDEZ DE CASAVANTE: *“la jurisprudencia del TEDH revela justamente lo contrario: que no todo proyecto*

¹²⁷³ MARTÍNEZ-TORRÓN (2015:23-24).

¹²⁷⁴ VÁZQUEZ (2012:318-320).

¹²⁷⁵ EGUIGUREN PRAELI, BUSTOS GISBERT y TORRES MURRO (2012:213).

¹²⁷⁶ DI PRIETO (2013:627).

¹²⁷⁷ FERNÁNDEZ NIETO (2008:274).

*político ni toda ideología son legítimos. Es más, algunos deben ser prohibidos*¹²⁷⁸. La diferencia, no obstante, entre el orden público europeo que se analiza y el orden público antes visto en la jurisprudencia del TCE es que en esta última se aborda como un límite a los derechos fundamentales. En la primera y que aquí se estudia, en cambio, los derechos forman parte de dicho orden público, por lo que, al menos teóricamente, el orden público no sería siempre un límite de los derechos, sino también garantía de respeto de los mismos.

Lo anterior permite preguntarse en qué casos y con qué límites se podrían disolver partidos políticos. Tal se cuestiona MARTIN-RETORTILLO: *“¿Resulta compatible con el pluralismo el pretender imponer en una sociedad determinadas fórmulas religiosas? ¿Habrá fórmulas y soluciones religiosas incompatibles con el Estado democrático?”*¹²⁷⁹. De la jurisprudencia observada deriva que, ni aquellos partidos que las propongan en contra del principio de laicidad estatal, ni tampoco aquellos que se propongan un acceso o mantenimiento del poder mediante medios violentos o actos terroristas, ni unos ni otros son compatibles con el CEDH. Se parte, entonces, de la democracia como el único sistema admitido y del que podrían variar algunos de los fines, aunque no su esencia, como el pluralismo y el respeto por los derechos.

Estos elementos, entonces, debieran contribuir a la determinación del contenido de los “principios democráticos fundamentales” y, en ello, al “orden público europeo”, refiriéndonos ya a un orden público inmaterial. En ello se denota, además, la observación antes vista, pues los derechos forman parte del concepto de orden público, no obrando únicamente éste como un límite.

GARCÍA ROCA, en alusión a la prohibición contenida en el artículo 17 del CEDH¹²⁸⁰, establece: *“En realidad, el asunto sólo puede comprenderse desde una perspectiva cultural, histórica e ideológica, antes que técnico-jurídica. La prohibición surge en el contexto de la segunda posguerra mundial y asume la*

¹²⁷⁸ FERNÁNDEZ DE CASAVANTE (2005:567). En similar sentido se expresa DÍAZ REVORIO (2004: 141-142), para quien ciertos contenidos de una “democracia militante” se extraen de la jurisprudencia del TEDH sobre disolución de partidos políticos, pues si bien podría tener cualquier finalidad, no podría tener el propósito de *“destrucción del propio sistema democrático”*. Es en este marco que el autor afirma que el principio democrático forma parte del orden público europeo.

¹²⁷⁹ MARTÍN-RETORTILLO (2011:99).

¹²⁸⁰ Este artículo prevé: *“Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”*.

idea de «defensa de la democracia», buscando una protección activa del orden constitucional frente a sus enemigos, dada la muy real amenaza de los diversos totalitarismos (comunismo, fascismo, nacionalsocialismo) y de sus dolorosos efectos ya experimentados en Europa. Es evidente que las libertades y derechos son parte esencial e indefectible de ese orden. Todo lo cual conduce a un entendimiento material de la democracia, ligado a derechos y valores, y no sólo procedimental o circunscrito a un método para tomar decisiones»¹²⁸¹.

La delimitación de estos conceptos también puede observarse en la jurisprudencia sobre libertad religiosa¹²⁸². Además de la laicidad ya analizada en el caso *Refah Partisi*, el TEDH entiende que la promesa al asumir un cargo público, con contenido religioso, es contraria a la CEDH, no siendo siquiera necesario analizar si se presenta uno de los fines legítimos¹²⁸³. En este entendido, la libertad de pensamiento, conciencia y religión es una de las bases de la sociedad democrática¹²⁸⁴. Sin embargo, algunos fallos sobre usos de símbolos religiosos vierten dudas sobre el concepto de laicidad y pluralismo, dejando muchas veces librado a los Estados su concretización. Ello es lo ocurrido, entre otros, en *Dahlab vs. Suiza*, *Leyla Sahin vs. Turquía*, y *S.A.S vs. Francia*, todos ellos sobre uso del velo islámico -aunque de distinta índole¹²⁸⁵- en espacios públicos. En estos y además de lo que se viene abordando puede observarse, una vez más, tal ya fue por demás expuesto y constatado, que el análisis se centra en aplicar el principio de proporcionalidad, pero no en estudiar el contenido del fin legítimo, ni si este se presenta en el caso concreto (*supra* 1.3)¹²⁸⁶.

En el el caso *Dahlab vs. Suiza*, una profesora de enseñanza escolar portaba un pañuelo islámico (*islamic headscarf*). El TEDH, basado en el margen

¹²⁸¹ GARCÍA ROCA (2005-B:737-738).

¹²⁸² A mayor ahondamiento sobre éstos y otros casos puede verse: VÁZQUEZ (2012:306 y ss.); MARTIN-RETORTILLO (2011:18 y ss.); PRIETO SANCHÍS (2013:247 y ss.); TORRES GUTIÉRREZ (2005:509-527); MC CREA (2010:120 y ss.).

¹²⁸³ TEDH. Caso Buscarini y otros vs. San Marino, 18 de febrero de 1999, p. 38-39. Cabe notar que el Gobierno argumentó que el fin perseguido era el orden público, dado que la promesa significaba un compromiso con los valores tradiciones e históricos del Estado.

¹²⁸⁴ TEDH. Caso Otto-Preminger-Institut vs. Austria, 20 de setiembre de 1994, p. 47; y Caso Leyla Sahin vs. Turquía, 10 de noviembre de 2005, p. 104. En igual sentido: MC CREA (2010:158).

¹²⁸⁵ A los efectos de diferenciar a los distintos tipos véase *supra* 3.2.2.3.

¹²⁸⁶ Esta apreciación puede también efectuarse respecto de otros casos sobre libertad religiosa, como en: TEDH.Caso Eweida y otros vs. The United Kingdom, 15 de enero de 2013, pp. 93 y 95, que será abordado más adelante.

de apreciación, y en que los niños estaban en la etapa escolar, entendió proporcionada la medida de impedir su utilización¹²⁸⁷.

Leyla Sahin, por su parte, era estudiante de medicina en una Universidad turca que le prohibió portar un pañuelo islámico (*islamic headscarf*), sin más argumento que el de que no podía llevar la cabeza cubierta. El fallo, a juicio de GARCÍA ROCA, carece de una acabada argumentación¹²⁸⁸. La legitimidad del fin no fue analizada con profundidad, partiendo que se podría presentar la protección de los derechos de los demás y el orden público. Asimismo, la decisión se basa, una vez más, en el margen de apreciación de las autoridades nacionales¹²⁸⁹. Tal indica VÁZQUEZ, el TEDH aceptó que pudiera haber una necesidad social imperiosa en prohibir el uso de símbolos religiosos en un espacio público como la Universidad, “*con la finalidad de garantizar el pluralismo, el respeto de los derechos de todos y, sobre todo, la igualdad entre hombres y mujeres*”¹²⁹⁰. Sin embargo, me adhiero al cuestionamiento pronunciado por el Juez TULKENS en el voto disidente, en el que entiende que “*un diálogo basado en la tolerancia entre diversas religiones y culturas es una educación en sí misma, por lo que es irónico que una joven mujer sea privada de tal educación a causa de su velo. Promover la libertad y la igualdad entre las mujeres no significa privarlas de la posibilidad de decidir sobre su futuro*”¹²⁹¹.

En el caso *S.A.S. vs. Francia* se analiza la medida impuesta por la Ley del 11 de octubre de 2010, que prohibía ocultar el rostro en lugares públicos. Por tanto, prendas como el *Burka* o el *Niqab* (velo integral) quedaban vedadas. El TEDH, basado en el margen de apreciación y en que el rostro tiene un rol importante para la interacción social, concluye que tiene un fin legítimo. Este fin se circunscribe a la protección de los derechos y libertades de los demás y se traduce como la preservación de las condiciones de una convivencia (“*living together*”)¹²⁹². Tal indica RODRÍGUEZ RUIZ, el TEDH entendió que “*aunque la*

¹²⁸⁷ TEDH. Caso Dahlab vs. Suiza, 15 de febrero de 2001.

¹²⁸⁸ GARCÍA ROCA (2010:282).

¹²⁸⁹ TEDH. Caso Leyla Sahin vs. Turquía, 10 de noviembre de 2005, p. 99.

¹²⁹⁰ VÁZQUEZ (2012:310). El autor advierte asimismo (2012:314) que con esta jurisprudencia la Ley del Velo francesa, del año 2004, no tendría problema de adecuación con el CEDH.

¹²⁹¹ La traducción al español me pertenece. El texto original en inglés es el siguiente: “*A tolerance-based dialogue between religions and cultures is an education in itself, so it is ironic that young women should be deprived of that education on account of the headscarf. Advocating freedom and equality for women cannot mean depriving them of the chance to decide on their future*”. Voto disidente del Juez Tulkens en el Caso Leyla Sahin vs. Turquía, 10 de noviembre de 2005, p. 19.

¹²⁹² TEDH. Caso S.A.S. vs. Francia, 1 de julio de 2014, p. 14, 127 y 157-159.

*ley incide efectivamente en el derecho a la libertad religiosa, lo hace con base en una justificación objetiva y razonable, cual es el fin de preservar las exigencias mínimas de convivencia y de la vida en sociedad, convivencia y vida social en las que el rostro juega un papel importante*¹²⁹³.

Una vez más cabe señalar la observación a esta jurisprudencia apuntada en algunos votos disidentes. Los jueces NUSSBERGER y JÄDERBLOM presentan reservas sobre la existencia del fin legítimo. Argumentan que el concepto de “derechos y libertades de los demás” no está concretamente definido, y que la “convivencia” no es un fin previsto en el CEDH¹²⁹⁴. Asimismo, agregan que pareciera que la limitación no está dada por el símbolo en sí, sino por la representación que a éste se le atribuye. Para ellos, es cierto que la convivencia requiere interconexión y que el rostro es importante, pero no lo creen un “requerimiento mínimo”, poniendo el ejemplo de la comunicación existente entre motociclistas con casco o entre personas disfrazadas en un carnaval¹²⁹⁵.

El anterior análisis merece también la crítica de no ser iguales las apreciaciones realizadas respecto de otros símbolos religiosos, si bien es cierto que la razón de la limitación difiere de las antes dadas, pues no son símbolos que cubran el rostro o la cabeza. En *Eweida y otros vs. The United Kingdom* el TEDH aborda dos supuestos en los que las reclamantes querían mostrar en su ámbito laboral la cruz que portaban en su cuello por motivos religiosos. En el primer caso, de una compañía aérea, no se superó el principio de proporcionalidad para establecer tal limitación, aunque sí se entendió que había un fin legítimo, el “*deseo de la empresa de proyectar una cierta imagen corporativa*”¹²⁹⁶. En el segundo supuesto, no obstante, al ser una enfermera y ser la prohibición basada en motivos de “salud y seguridad” se entendió ajustada a la proporcionalidad, aplicando, asimismo, un amplio margen de apreciación¹²⁹⁷.

¹²⁹³ RODRÍGUEZ RUIZ (2017:248).

¹²⁹⁴ Voto conjunto parcialmente disidente de los Jueces Nussberger y Jäderblom al caso S.A.S vs. Francia, 1 de julio de 2014, p. 5.

¹²⁹⁵ Voto conjunto parcialmente disidente de los Jueces Nussberger y Jäderblom al caso S.A.S vs. Francia, 1 de julio de 2014, p. 6 y 9.

¹²⁹⁶ TEDH. Caso Eweida y otros vs. The United Kingdom, 15 de enero de 2013, pp. 93 y 94.

¹²⁹⁷ TEDH. Caso Eweida y otros vs. The United Kingdom, 15 de enero de 2013, pp. 97-100. Es importante observar lo que el TEDH dispone en concordancia con la crítica que ya he expuesto de ausencia de un análisis del fin (*supra* 1.3). En este caso el TEDH estableció que: “*El Tribunal considera que, como en el caso de la señora Eweida, la importancia para la segunda demandante de permitirle manifestar su religión portando su cruz a la vista debe pesar en la balanza. Sin embargo, la razón para solicitarle que se la quitara, a saber, la protección de la salud y seguridad en una sala de hospital, era, en esencia, de una*

En este marco, el pluralismo político se erige como un valor esencial del sistema democrático¹²⁹⁸, y se lo traduce como una obligación del Estado de mantenerse neutral, y exponer la neutralidad hasta el máximo extremo¹²⁹⁹. La presencia de crucifijos o cualquier otro símbolo religioso en escuelas públicas no superaría esta neutralidad para VÁZQUEZ¹³⁰⁰. Este examen fue realizado en el caso *Lautsi vs. Italia*. Mientras que la Primera Sala entendió que dicha presencia no era compatible con el CEDH; la Gran Sala falló lo contrario. VÁZQUEZ asiente con lo preceptuado en el fallo *Lautsi vs. Italia* de la Primera Sala, pues destacaba el efecto que estos símbolos podrían tener en menores de edad y descartaba que la presencia de estos símbolos pudieran ser manifestación de la libertad religiosa o del derecho de los padres a educar a sus hijos¹³⁰¹. También sobre este punto comentaba MARTIN-RETORTILLO que la sentencia “*tradu[cía] a la realidad la efectiva superación de la confesionalidad del Estado, como de hecho consagran los actuales sistemas constitucionales y, entre ellos, sin duda el italiano*”¹³⁰².

Ello fue también lo sostenido por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el año 1995, al declarar que la colocación de crucifijos en una escuela pública era incompatible con la Ley Fundamental (BvR 1087/91). El Tribunal consideró que “*la cruz es símbolo de una convicción religiosa determinada y no una mera expresión de la cultura occidental de inspiración cristiana*” y que “*no se puede negar a la cruz el efecto que produce sobre los alumnos*”¹³⁰³. Sin embargo, la Gran Sala del TEDH falla en contrario. Evoca el margen de

magnitud mayor que la que se aplicó respecto de la señora Eweida. Por otra parte, este es un ámbito donde las autoridades nacionales deben gozar de un amplio margen de apreciación. Los administradores del hospital están en mejor situación para tomar decisiones sobre seguridad clínica que un tribunal, en particular un tribunal internacional que no ha escuchado testimonio directo.

Se deduce que el Tribunal es incapaz de dictaminar que las medidas denunciadas por la señora Chaplin fueran desproporcionadas” (párr. 99-100).

¹²⁹⁸ EGUIGUREN PRAELI, BUSTOS GISBERT y TORRES MURRO (2012:213).

¹²⁹⁹ En igual sentido: VÁZQUEZ (2012:546).

¹³⁰⁰ VÁZQUEZ (2012:599-601). El autor aclara que el conflicto no se lleva a cabo entre el derecho de la mayoría, a expresar su religión, y el de la minoría, pues “*la presencia de un símbolo religioso presidiendo una institución del Estado en ningún caso puede ser interpretada como una manifestación del ejercicio de la libertad religiosa de los ciudadanos*”.

¹³⁰¹ VÁZQUEZ (2012:620). Un similar razonamiento manifiesta NARANJO DE LA CRUZ (2013-B:111) para quien: “*En definitiva, no se puede hablar de conflicto alguno entre las vertientes negativa y positiva de la libertad religiosa, porque esta última no protege la pretensión de quienes aspiran a lograr la presencia del crucifijo en las paredes del centro escolar público*”.

¹³⁰² MARTIN-RETORTILLO (2011:252). El autor comenta con detalle la sentencia de la Primera Sala (2011:236-255).

¹³⁰³ La sentencia fue consultada, en español, en: KLODE (2014:89 y ss.).

apreciación, el que se ve ensanchado por la falta de consenso europeo en la materia¹³⁰⁴. Considera que el crucifijo en una pared es un símbolo pasivo, por lo que no tiene la influencia que podría detentar otra medida didáctica, y que entonces no podría suponer adoctrinamiento¹³⁰⁵.

Como último punto en este análisis jurisprudencial, referiré especialmente al caso *Manoussakis y otros vs. Grecia*. En este se examina la exigencia de una autorización previa para establecer un lugar de culto religioso. El TEDH entiende que lo anterior puede ser requerido para preservar el orden público. En este marco, considera que la noción de orden público tiene aspectos comunes en las sociedades democráticas europeas, pero varía en función de las características nacionales. Entiende que, en Grecia, la tradición ortodoxa cristiana era la mayoritaria, lo que contribuyó a formar la historia de la nación. Paralelamente, surgieron diversas sectas que manifestaron sus ideas y doctrinas de forma “ilegal y deshonestas”. En este entendido, el TEDH agrega que la intervención del Estado en esta área era necesaria para proteger los derechos y mantener el orden público. Sin embargo, luego, y al examinar la proporcionalidad, entiende que la medida afecta gravemente la libertad religiosa y, por tanto, no es proporcionada¹³⁰⁶.

Sin perjuicio de la crítica ya varias veces realizada respecto de la ausencia del análisis del fin legítimo y de, en definitiva, la resolución basada únicamente en la proporcionalidad o, aún más, considerando también el margen de apreciación nacional, crítica que se relaciona con lo ya expuesto en el Capítulo I (*supra* 1.3), la jurisprudencia del TEDH dota igualmente de algunos parámetros al concepto de orden público. En este sentido aborda un “orden público europeo” con una significación diferenciada de un concepto de orden público que podríamos denominar “estatal”. El primero posee una significancia claramente inmaterial, al que pertenecerían valores como la democracia, la protección de los derechos, el pluralismo y la laicidad. El segundo, en cambio, posee un componente inmaterial, pero también podría ser material -lo que ocurre en la

¹³⁰⁴ Sobre este punto: NARANJO DE LA CRUZ (2013-B:87).

¹³⁰⁵ TEDH. Caso *Lautsi y otros vs. Italia*, 18 de marzo de 2011, p. 68-72. Sobre esta temática puede consultarse especialmente NARANJO DE LA CRUZ (2013-B: 81-128). El autor expone una postura crítica a la recepción, por el TCE (STC 34/2011), de algunos de los parámetros de esta sentencia, para aplicarla a otros supuestos, y reducir, con ello, el estándar de protección del derecho.

¹³⁰⁶ TEDH. Caso *Manoussakis y otros vs. Grecia*, 26 de setiembre de 1996, p. 39 y 53.

jurisprudencia sobre derecho de reunión-, si bien no se precisa con exactitud su contenido, no se le dedica mayor análisis por ingresar dentro del margen de apreciación nacional.

En *Manoussakis* se agrega, además, que este último orden público (que denominé como “estatal”) tiene aspectos coincidentes en Europa, pero también puntos diferenciados y que dependen de cada Estado, de su historia y de su realidad. Es aquí donde ingresa, entonces, el margen de apreciación y la consecuente ausencia de estudio por el TEDH. Pues si bien el TEDH es supervisor europeo de este margen¹³⁰⁷, pudiendo controlar esos aspectos coincidentes en el concepto, el propio Estado y sus tribunales internos están en una mejor posición para delimitar algunas cuestiones, sobre todo aquellas en las que no hay un consenso. Esto último fue aplicado especialmente para el concepto de “moral pública”¹³⁰⁸, pero podría ser invocado para el orden público, tomando base en la doctrina *Manoussakis* antes comentada.

A mi juicio no debería haber tal diferenciación entre un orden público “europeo” y uno “estatal”. La referencia al orden público realizada en el CEDH debiera tener siempre el mismo contenido, y el TEDH debiera dedicar un mayor desarrollo a este concepto (*supra* 1.3).

No caben dudas, no obstante, de la importancia que dentro del orden público -en un concepto inmaterial- se le asigna al pluralismo y, como presupuesto de éste, a la libertad de pensamiento y de expresión. Asimismo, este pluralismo se denota en las dos áreas especialmente analizadas, esto es, los partidos políticos y el uso los símbolos religiosos, aunque no sin alguna observación. En este entendido, y si bien el TEDH propugna la coexistencia de una diversidad de partidos de distinto programa, incluso divergente con la estructura y postulados vigentes, pone un freno a estos partidos puesto que los

¹³⁰⁷ Ello se remarca, por ejemplo, en: TEDH. Caso Kokkinakis vs. Grecia, 23 de mayo de 1993, p. 47.

¹³⁰⁸ TEDH. Caso Otto-Preminger-Institut vs. Austria, 20 de septiembre de 1994, p. 50. En este caso el TEDH indica que no es posible arribar a un concepto de moral aplicable a todos los Estados, por lo que aplica un margen de apreciación para su determinación. En lo que respecta al ámbito internacional, y tal apunta RUOCCO (2011:306), el Relator de Naciones Unidas para la Libertad de Expresión afirmaba en 1994 que las morales públicas son muy distintas, por lo que dependen del contexto nacional y deben ser determinadas por cada Estado.

Asimismo, en lo que respecta a la moral pública en el ámbito europeo puede verse el caso *Handyside Vs. The United Kingdom*, 7 de diciembre de 1976, el que puede vincularse asimismo con los hechos ocurridos en el caso español que motivó la STC 63/1982. Sobre el concepto de moral pública en el TEDH también puede verse: BUSTOS GISBERT (2005:553-556).

medios utilizados deben ser legales y democráticos; y el cambio propuesto debe ser compatible con los “principios fundamentales de la democracia”. La laicidad estatal sería uno de dichos principios (*Refah Partisi*), aunque esta laicidad no sea entendida como la generación de un espacio público en el que pueda tener lugar la participación de todas las religiones, sino como la estricta neutralidad hacia las mismas prohibiendo el uso del velo en Universidades o en lugares públicos; es el caso en Turquía o en Francia (*Leyla, S.A.S*), pero no necesariamente el de la religión católica, al menos en Italia, en donde las escuelas públicas pueden mantener los crucifijos católicos (*Lautsi*).

La pregunta que surge como inevitable es si el orden público bajo la CEDH es, entonces, el mismo para los Estados europeos o si tiene aspectos coincidentes y divergentes, como así lo indicó el TEDH. La cuestión es si cabe la diferenciación de un orden público “europeo”, respecto de uno “estatal”, o si debieran ser coincidentes, al menos en ciertos aspectos. Continuaré analizando estas interrogantes en el apartado siguiente, dedicado al sistema de la Unión Europea y, especialmente, a la jurisprudencia del TJUE.

4.2.3.- LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN ESTA MATERIA

En este apartado me detendré a analizar algunas cuestiones especialmente relevantes para la temática que abordo y, por consiguiente, para delimitar, en el ámbito europeo y, especialmente, de la Unión Europea, el concepto de orden público. Para ello, referiré primeramente a cuáles son las bases y objetivos que respecto a los derechos humanos se traza la Unión Europea, para luego concentrarme en el concepto de orden público como limitante a varios de los principios establecidos y a su tratamiento por el TJUE. Ello dado que, tal lo sostenido por el TJUE en el caso *Bosphorus* (TJUEC-84/95) los objetivos y finalidad de la Unión Europea deben tenerse en cuenta en la interpretación del Derecho Comunitario.

En estos, no caben dudas del vínculo que, actualmente, la Unión Europea mantiene con la protección de los derechos y la defensa de la democracia. El TUE, dentro de los objetivos señala particularmente a la promoción de la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos (artículo 3.1 TUE); y a la contribución con la protección de los derechos humanos, especialmente los del niño, así como

al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas (artículo 3.5 TUE).

La Unión se fundamenta en “...los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres” (artículo 2 TUE)¹³⁰⁹. El sistema democrático es, entonces, un valor fundamental, requisito para el ingreso y la permanencia en la Unión (artículo 7 TUE)¹³¹⁰, al igual que lo es la protección de los derechos humanos. Ello se observa incluso en la acción exterior de la Unión, la que se basa en el fomento de la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos, el respeto a la dignidad humana, entre otros (artículo 21 TUE).

Si bien trascurrieron varios años hasta la aprobación de una Carta de Derechos Fundamentales, los derechos reconocidos en ella no dejaron por ello de ser amparados, sino que, muy por el contrario, fueron objeto de una amplia y paulatina tutela por parte del TJUE, desde el caso *Stauder* (TJUE C-29/69)¹³¹¹. El TJUE, entonces, no fue ajeno al hecho que expresa SERRA CRISTÓBAL: los Estados miembros están individualmente vinculados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y la Unión se fundamenta en ellos¹³¹². En este marco, ya desde el Tratado de Maastricht (1992) se afirmaba que “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el

¹³⁰⁹ MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS (2016:50) destacan que el Tratado de Maastricht agregó a la dignidad humana, la igualdad y el respeto de los derechos pertenecientes a las minorías.

¹³¹⁰ MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS (2016:52). También la protección de los derechos es requisito para la permanencia, tal lo explicita CHUECA SANCHO (2002:24-29).

¹³¹¹ Respecto de esta tutela y su desarrollo puede consultarse: ALONSO GARCÍA (1989:263-273); WEILER (1991:2417-2419) y (1995:32-34); WEILER y LOCKHART (1995-A:51-94) y el especial comentario a algunos casos en: WEILER y LOCKHART (1995-B:579-627); GALETTA (1998:92 y ss.); RODRÍGUEZ IGLESIAS y VALLE GÁLVEZ (1997:330-346); DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:316 y ss.); CHUECA SANCHO (2002:39-47); RUBIO LLORENTE (2002:171-181); AGUIAR (2003:173-189); RODRÍGUEZ IGLESIAS y BAQUERO CRUZ (2006:331-333); JIMENA QUESADA (2006:151-174); FERNÁNDEZ NIETO (2008:43 y ss.); MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS (2016:123 y ss.); RODRÍGUEZ-IZQUIERDO (2016:24 y ss.). Es interesante el análisis realizado por NIEDRIST (2011:465), pues desde 1992 la Unión Europea exige la inclusión de una cláusula de respeto a los principios democráticos y a los derechos fundamentales en los Tratados de Libre Comercio.

No obstante lo anterior, también se realizan algunos cuestionamientos a cierta jurisprudencia. MC CREA (2010:211) menciona el caso *Grant/South West Trains* (C-249/96) en el que el TJUE falló que la discriminación por razones de orientación sexual no estaba prohibida en los tratados.

¹³¹² SERRA CRISTÓBAL (2016:488). En similar sentido: ALVAREZ OSSORIO (2006:89).

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario” (artículo F.2).

Redacción similar mantiene actualmente el artículo 6.3 del TUE, vigente desde el Tratado de Lisboa (2007), que considera como principios generales aplicables en el ámbito de la Unión a los derechos del CEDH y a los que derivan de las “tradiciones constitucionales comunes” de los Estados miembros. En este marco, el TJUE no analizaba la compatibilidad del Derecho Comunitario con la Constitución de un Estado miembro, o con el CEDH, pero sí lo estudiaba respecto de esos mismos derechos reconocidos en el ámbito europeo como principios generales, sea por estar en el CEDH, o sea por derivar de unas “tradiciones constitucionales comunes”.

En el caso *Internationale Handelsgesellschaft* (TJUE C-11/70) entendió que: *“la observancia de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia; que la salvaguardia de dichos derechos, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad”.*

En similar sentido, en el caso *Nold* (TJUE C-4/73) se agregó que: *“los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto asegura el propio Tribunal (...) al garantizar la protección de estos derechos, el Tribunal de Justicia tiene que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por consiguiente, admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de dichos Estados”.* Asimismo, precisó luego que: *“Para ello el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido”* (TJUE C- 260/89; C-540/03; C-402/05 P; y Dictamen 2/13, 37). En esto último, el CEDH reviste un significado particular (TJUE C- 260/89; y C-402/05 P).

Sin perjuicio de ello, el Tratado de Lisboa (2007) representó un avance en esta materia tras la vigencia, con él, de la CDFUE y del compromiso de adhesión, por la Unión Europea, al CEDH. La CDFUE, elaborada en el 2000, aprobada formalmente en 2007 (Lisboa) y con vigencia desde el 2009, es un instrumento propio de reconocimiento de derechos, para la Unión Europea, que tiene la fuerza y el valor de un tratado y, por tanto, es juzgable por el TJUE¹³¹³.

A diferencia del CEDH y la CADH, la CDFUE no contiene referencia alguna al orden público. El artículo 52, bajo el título de “alcance de los derechos garantizados” prevé cuáles son los requerimientos para limitar los derechos reconocidos: *“Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”*.

La redacción es técnicamente divergente de la del CEDH, puesto que la CDFUE reconoce derechos sin limitantes específicas para cada uno en el articulado, aunque luego sí prevé los “límites de los límites” en una disposición especial para ello. Las restricciones a los derechos debieran: a) ser establecidas por ley; b) poseer un objetivo de interés general reconocido por la Unión, o perseguir la salvaguarda de los derechos o libertades de los demás; c) superar el principio de proporcionalidad; y d) respetar el contenido esencial.

Algunas de estas cuestiones ya eran aplicadas en la jurisprudencia del TJUE. En este sentido, se había admitido la limitación a los derechos por un interés público, vinculado con una función social de los derechos y actividades protegidas (TJUE C-4/73), o bien por un interés general perseguido por la comunidad (TJUE C-84/95)¹³¹⁴. También se había fallado sobre la restricción de

¹³¹³ Observa GARCÍA ROCA (2009:46) que con la CDFUE los derechos pasarían de ser “humanos” a “fundamentales”. Respecto de la elaboración y antecedentes de la CDFUE, así como de su naturaleza y contenido puede verse: PÉREZ LUÑO (2002:315-325) y (2004:95-96); MATIA PORTILLA (2002:147-167); RUBIO LLORENTE (2002:182-201); RODRÍGUEZ RUIZ (2004:179-193); JIMENA QUESADA (2006:175-186); ÁLVAREZ OSSORIO (2006:75-108) y (2008:113-124).

¹³¹⁴ El caso mencionado es *Bosphorus* (C-84/95) en el que el TJUE entendió que el objetivo de poner término al estado de guerra en la región y a las violaciones masivas de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario en la República de Bosnia-Herzegovina es un objetivo de “interés general tan fundamental para la comunidad internacional”. En el caso, se impuso una medida de retención en las

una libertad comunitaria para la salvaguarda de un derecho fundamental (TJUE C-36/02). En este marco, si bien nada se establece en la CDFUE respecto del “orden público”, cabe agregar que, dentro de los objetivos de interés general o de interés público, el orden público podría tener cabida, erigiéndose entonces como un posible fin que legitime una restricción a un derecho. Se trata de un fin que podría limitar, no un determinado derecho, sino todos los derechos reconocidos, siempre que, además de presentarse, se cumpliera con los requisitos impuestos a los medios para alcanzarlo.

En efecto, el orden público se encuentra mencionado en el TFUE como un posible límite al principio de libre circulación de trabajadores (artículo 45.3 y 202 TFUE)¹³¹⁵; al derecho de establecimiento (artículo 52 TFUE)¹³¹⁶; al libre movimiento de capitales (artículo 65.1 TFUE)¹³¹⁷; y al libre movimiento de personas dentro del espacio europeo (artículo 72 TFUE)¹³¹⁸. También el orden público puede ser justificación para imponer una restricción cuantitativa a la importación, exportación o tránsito de mercaderías (artículo 36 TFUE)¹³¹⁹.

aeronaves de una compañía propiedad de una persona establecida o que operaba en la República de Yugoslavia, en cumplimiento con una medida adoptada por la Unión Europea (Reglamento 990/93). El TEDH, por su parte, al analizar este caso, consideró que se presentaba un fin legítimo que habilitaba la restricción, cual era el cumplimiento, por el Estado, de sus obligaciones comunitarias. Se entendió que ese fin era justificado, en tanto la Unión Europea cumple con un estándar de derechos compatible con el CEDH. Sin perjuicio de ello, aclara que la presunción de compatibilidad puede ser revisada por el TEDH en otro caso, en supuestos en los que cambiara el nivel de protección. Al respecto: TEDH. Caso *Bosphorus vs. Irlanda*, 30 de junio de 2005, 150-155.

¹³¹⁵ Artículo 45.3: “Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho...”

Artículo 202: “Sin perjuicio de las disposiciones relativas a la salud y seguridad públicas y al orden público, la libertad de circulación de los trabajadores de los países y territorios en los Estados miembros, así como la de los trabajadores de los Estados miembros en los países y territorios, se regirá por actos adoptados de conformidad con el artículo 203”.

¹³¹⁶ Este artículo prevé: “Las disposiciones del presente capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas”.

¹³¹⁷ Este artículo prevé: “Lo dispuesto en el artículo 63 se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a: (...) b) adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal y de supervisión prudencial de entidades financieras, establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística o tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública”.

¹³¹⁸ El artículo 71 del TFUE establece: “El presente título se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior”.

¹³¹⁹ Este artículo establece: “Las disposiciones de los artículos 34 y 35 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no

El TJUE ha ahondado respecto del concepto de orden público como límite a dichos principios de la Unión:

- a) El orden público se interpreta en forma restrictiva (TJUE C-41/74; C-36/75; C-54/99; C-673/16), siendo que igualmente se aplica un examen de proporcionalidad, en el que se destaca la necesidad (TJUE C-54/99; C-100/01; C-36/02; C-438/14).
- b) La medida restrictiva se debe basar en el comportamiento personal concreto, y no debe ser una prohibición en abstracto (TJUE C-41/74; C-36/75; C-30/77; C-100/01; C-240/17).
- c) Los Estados miembros no pueden determinar unilateralmente el alcance del “orden público”. Si bien se reconoce cierto margen de apreciación¹³²⁰, ello queda bajo sujeción del control de las Instituciones de la Comunidad (TJUE C-41/74; C-36/75; C-54/99; C-438/14; C-673/16).
- d) Las razones deben estar adecuadamente justificadas (TJUE C-48/75) y deben representar una amenaza real y suficientemente grave para el orden público (TJUE C-36/75; C-30/77; C-54/99; C-100/01; C-673/16). No se trata de razones meramente económicas (TJUE C-36/75; C-54/99).
- e) Dicha justificación de las medidas de salvaguarda del orden público *“deberá ser valorada tomando en consideración todas las normas de Derecho comunitario que tengan por objeto, por una parte, limitar la apreciación discrecional de los Estados miembros en la materia, y, por otra parte, garantizar la defensa de los derechos de las personas sujetas a medidas restrictivas por razones de orden público”* (TJUE C-36/75; C-100/01).

Para restringir el principio de libre circulación de personas, el TJUE entiende que las condenas penales previas pueden ser relevantes, pero solo si las circunstancias de éstas demuestran un comportamiento personal que suponga una amenaza actual para el orden público (TJUE C-30/77). Respecto de

deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros”.

¹³²⁰ El TJUE reconoce expresamente que *“...las circunstancias particulares que justifican el tener que acudir al concepto de orden público, pueden variar de un país a otro y de una época a otra, por lo que es preciso reconocer a las autoridades nacionales competentes un margen de apreciación dentro de los límites impuestos por el Tratado”* (C-41/74). Sobre este punto puede consultarse: FERNÁNDEZ NIETO (2008:95).

la libertad de circulación de trabajadores para ejercer un empleo determinado, se falló que un Estado puede restringir dicho derecho en supuestos en que la persona en cuestión esté afiliada a una asociación u organización cuyas actividades sean consideradas socialmente peligrosas, aunque no estén prohibidas y aunque dicha limitación no sea aplicable a sus propios nacionales (TJUE C-41/74).

Esta última cuestión, que posibilita una diferenciación entre personas nacionales y extranjeras, por demás criticable, fue luego modificada. En los casos acumulados del TJUE C-115/81 y C-116/81 se analizó la posibilidad de prohibición de ingreso, o de expulsión, por Bélgica, de un nacional de otro Estado que practicaba la prostitución. Se aclaraba que la legislación belga no prohibía la prostitución, sino ciertas actividades conexas (explotación de la prostitución por terceros e incitación a la misma). El TJUE, recordando que la afectación al orden público debe ser real y lo suficientemente grave, y admitiendo que el Derecho Comunitario no establece una escala de valores para la apreciación de la gravedad, razona que un comportamiento no es lo suficientemente grave para restringir la entrada o la permanencia de un nacional de otro Estado, si ese comportamiento no está prohibido para sus propios nacionales. Por otra parte, también cabe destacar que la afiliación a organizaciones sindicales y el ejercicio de estos derechos no puede ser el motivo de dicha limitación (TJUE C- 36/75; C-100/01).

El orden público es, entonces, una restricción de excepción y que exige una justificación real y suficiente en su invocación. No se trata de que cualquier medida pueda englobarse bajo este término, sino únicamente aquellas de entidad y que sean valoradas tomando en cuenta, por una parte, la aplicación del Derecho Comunitario y, por otra parte, la garantía de los derechos que éste tutela.

La protección de los derechos humanos es, entonces, un aspecto presente en la jurisprudencia del TJUE. Se ha puntualizado que los tribunales de la Unión tienen que garantizar un control de legalidad de los actos comunitarios, examinando concretamente si respetan los derechos aplicables. Este control se extendió también a las medidas dictadas en materia de terrorismo. Si bien la seguridad nacional es una competencia que recae sobre cada Estado, la acción conjunta respecto del terrorismo se fundamenta sobre el pilar de la política

exterior y de seguridad común (PESC), además de otras medidas de cooperación y armonización tomadas entre los Estados.

Una de las medidas adoptadas fue la confección de listados de personas y organizaciones con intervención en actos terroristas¹³²¹. A los integrantes del listado se aplicó, como cautela, la inmovilización de fondos y activos financieros. La lucha contra el terrorismo es considerada un objetivo de interés general, por lo que medidas como la congelación de fondos, de activos financieros y de otros recursos económicos de las personas identificadas no es, en sí misma, inadecuada, sin perjuicio de tener que cumplir, en lo concreto, con el principio de proporcionalidad (TJUE C-402/05 P; C-539/10 P y C-550/10 P).

El TJUE destaca, no obstante, que cabe conceder un derecho de defensa y de tutela judicial efectiva. En este marco, se exige conciliar *“las preocupaciones legítimas de seguridad (...) y, por otra, la necesidad de permitir que el justiciable disfrute en grado suficiente de la protección que ofrecen las normas de procedimiento”* (C-402/05 P; C-399/06 P y C-403/06 P). En los asuntos acumulados del TJUE C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, se precisa cuál es el procedimiento a seguir, a los efectos de dar a conocer a la persona los motivos invocados en su contra, permitirle presentar observaciones y examinar, de forma imparcial y detallada, las alegaciones y pruebas de descargo. El Consejo, no obstante, no tiene la obligación de responder ante todas las solicitudes, si no hay un cambio de circunstancias, pruebas o hechos que demuestren la modificación de las motivaciones iniciales por las que se incluyó en el listado. En este sentido, la permanencia no debe contar con una nueva motivación, si no hay un cambio en el ámbito fáctico o probatorio (TJUE C-539/10 P y C-550/10 P; C-79/15 P).

Sin embargo, es preciso resaltar en este punto que la decisión de una autoridad nacional, como Estados Unidos o el Reino Unido, de mantener a una determinada entidad en el listado no es motivación suficiente para que el Consejo la coloque también en el listado. En el fallo *Hamás* (C-79/15 P) el TJUE argumentó que: *“En el presente asunto, entre la adopción de las decisiones nacionales que sirvieron de base tanto a la inscripción inicial de Hamás en la lista controvertida como a dicha inscripción inicial, que datan del año 2001, por una parte, y la adopción de los actos controvertidos, que tuvo lugar durante los años*

¹³²¹ En este punto: Posición común 2001/931/PESC; Reglamento (CE) n° 2580/2001; Decisiones del Consejo 2003/480/CE, 2003/646/CE, 2006/379/CE, y 2017/2072.

2010 a 2014, por otra, ha transcurrido un intervalo de tiempo considerable. El Consejo estaba obligado, por tanto, a efectos del mantenimiento de Hamás en esa lista, a apoyarse en datos más recientes que demostrasen que subsistía el riesgo de implicación de esta entidad en actividades terroristas. Por consiguiente, contrariamente a lo que postula el Consejo, el Tribunal General no incurrió en error de Derecho al estimar, aunque fuera de forma implícita, que ni las decisiones de las autoridades de los Estados Unidos ni la decisión del Reino Unido constituían, por sí solas, base suficiente que sirviera de fundamento a los actos controvertidos”.

En todos estos supuestos, entonces, el TJUE resalta que la persona u organización incluida en el listado posee un derecho de recurrir esta decisión ante el juez de la Unión, quien “debe verificar, por un lado, el cumplimiento de la obligación de motivación que impone el artículo 296 TFUE y, por tanto, que los motivos invocados son suficientemente precisos y concretos y, por otro, que dichos motivos están respaldados por hechos” (C-79/15 P). Por otra parte, el Abogado General Paolo MENGOZZI reafirma la aplicación del artículo 4 de la CDFUE (prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes) a situaciones excepcionales, como el terrorismo¹³²². A esta misma conclusión arriba el TJUE, citado al TEDH, en los asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15.

En el caso *Kadi* (C-402/05 P) se aprecia si la Unión Europea tiene la posibilidad o la obligación de controlar la normativa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que aplica. Para el Tribunal de Primera Instancia este control de legalidad es únicamente realizable contrastando la disposición que se aplica con las normas de ius cogens. La Gran Sala del TJUE falla, sin embargo, que “...el respeto de los derechos humanos constituye un requisito de legalidad de los actos comunitarios (dictamen 2/94, antes citado, apartado 34) y que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos”, concluyendo entonces que: “las obligaciones impuestas por un acuerdo internacional no pueden tener por efecto menoscabar los principios constitucionales del Tratado CE, entre los que figura el principio según el cual todos los actos comunitarios deben respetar los derechos fundamentales, pues

¹³²² MENGOZZI (2017:138).

el respeto de esos derechos constituye un requisito de legalidad de dichos actos, cuyo control incumbe al Tribunal de Justicia, en el marco del sistema completo de vías de recurso establecido por dicho Tratado". Similares apreciaciones se realizan en el fallo de los casos acumulados C-399/06 P y C-403/06 P.

En esta misma sentencia el TJUE aclara que incluso en algunas hipótesis de excepción previstas en los tratados, no es posible menoscabar las bases del ordenamiento jurídico comunitario, en las que incluye los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. En definitiva, entonces, y como lo ha apuntado la doctrina, para el TJUE, *"la protección de los derechos fundamentales forma parte de los fundamentos del orden jurídico de la UE"*¹³²³. En el caso concreto analizado (*Kadi*) el TJUE finalmente falló que en tanto el Consejo no dio traslado de la decisión al afectado, ni le permitió comparecer en un plazo razonable, no le permitió ejercer sus derechos¹³²⁴. El TJUE toma en cuenta, no obstante, que, de anularse la medida, podría perder su eficacia aun cuando fuere justificada; por tanto, ordena mantener la misma en un breve período, de tres meses como máximo, a fin de que el Consejo remedie las violaciones y de garantías a los derechos, tomando en cuenta, además, la importante repercusión que las medidas restrictivas tienen en los derechos de los recurrentes.

De lo anterior cabe extraer, entonces, ciertas bases mínimas que componen la noción de orden público, que son propias al Derecho de la Unión, y cuyo contenido es independiente e invariable, respecto de lo que pueda ocurrir en otros ámbitos, como las Naciones Unidas o los ordenamientos internos¹³²⁵. No importa, por consiguiente, si la Unión debe aplicar determinado acto internacional, o bien si la motivación de determinada decisión es suficiente para un Estado; el juez de la Unión debe controlar la compatibilidad de dicha medida con las bases fundamentales de la Unión.

De la jurisprudencia del TJUE se destaca también que en varios de los casos analizados se estudia el contenido del orden público y su apreciación en el supuesto en concreto. Ello denota una diferencia con la jurisprudencia interna

¹³²³ SERRA CRISTÓBAL (2016:496).

¹³²⁴ A similar conclusión se arriba en el fallo TJUE C-399/06 P y C-403/06 P.

¹³²⁵ A los efectos de ahondar sobre la diferenciación en los ámbitos de aplicación de cada normativa, además de los ya citados, puede consultarse el fallo TJUE C-548/09 P.

antes abordada (*supra* 3.4). Asimismo, y si bien el TJUE sostiene que el orden público es un concepto que podría variar de país en país, o según la época, también indica que su aplicación debe realizarse en forma restringida y para casos graves¹³²⁶. Reconoce, entonces, que hay ciertos mínimos que se deben cumplir para su invocación, y lo relaciona con una significación material, pero también ideal (*supra* 2.2.2). Se lo describe como una “perturbación social” (C-30/77) pero también como una afectación a “un interés fundamental de la sociedad” (C-30/77; C-100/01; C-673/16)¹³²⁷.

Por otra parte, y tomando en consideración esta última acepción, en el marco del Derecho Comunitario el orden público también se invoca como excepción para su aplicación, empleo que para el Derecho Internacional Público y Privado fue abordado en el Capítulo II (*supra* 2.3). Un Estado miembro podría no aplicar el Derecho Comunitario, o bien rehusar una cooperación en su marco, si éste afecta sus principios fundamentales; su orden público internacional (C-7/98; C-34/17)¹³²⁸. Para ello, se exige que la cláusula sea interpretada en forma restrictiva, utilizada únicamente para casos excepcionales, y que el concepto sea uniforme, a los efectos de tutelar la seguridad jurídica del ordenamiento comunitario¹³²⁹. Ello recuerda lo postulado en la Declaración realizada por Uruguay sobre esta excepción, y ya analizada (*supra* 2.3).

Indica la doctrina que el orden público se construye a partir de los derechos formulados en el CEDH, y los principios y objetivos de los tratados fundacionales¹³³⁰. Se entiende, entonces, al orden público como concepto que engloba a los principios fundamentales de las Constituciones de cada país miembro¹³³¹, los intereses esenciales del Estado y de los ciudadanos¹³³², y que se relaciona con una “identidad nacional”. Lo anterior posee una importancia trascendente para lo que aquí se analiza, pues se circunscriben dentro del orden

¹³²⁶ La determinación según el Estado es uno de los aspectos que conforman el “margen de apreciación” en la jurisprudencia del TJUE, tal lo ha apuntado, en doctrina: DÍAZ CREGO (2009:72).

¹³²⁷ En este punto KESSEDKIAN (2007:28) sostiene que, si bien el orden público comenzó siendo un concepto territorial y temporal, el TJUE fue recortando la libertad de los Estados para su determinación, y aportó dos criterios para su aplicación: la presencia de un peligro real y grave; y que se persiga la protección de un interés fundamental de la sociedad considerada.

¹³²⁸ En este punto GONZÁLEZ GONZÁLEZ (2000:593-618) analiza la aplicación de un caso concreto. También puede verse: KESSEDKIAN (2007:30-31).

¹³²⁹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ (2000:600-604).

¹³³⁰ RODRÍGUEZ PINEAU (1993:49).

¹³³¹ BIANCO (2008:43).

¹³³² BELOHLAVEK (2012:130).

público tanto a los derechos humanos, como a ciertos intereses esenciales que hacen a la identidad nacional y que se hallan en la propia Constitución. En este punto cabe notar que, sin perjuicio del reconocimiento y la protección de los derechos, la Unión también respeta la identidad nacional de cada uno de los Estados miembros. El artículo 4.2 del TUE establece: *“La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional”*¹³³³.

Un ejemplo de lo anterior puede hallarse en la aplicación del principio de laicidad. No es de extrañar que Francia haya invocado algunos reparos en la aplicación de la Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y lo haya hecho con fundamento en que la laicidad forma parte de la “identidad nacional” que le caracteriza. La aplicación de dicha Directiva al sector público francés debiera tener, según dicho Estado, algunas limitantes¹³³⁴. En este punto, sin embargo, la Abogada General del TJUE, Juliane KOKOTT señaló que *“la identidad nacional no limita el ámbito de aplicación de la Directiva en sí mismo, sino que debe ser tomada debidamente en cuenta al interpretar el principio de igualdad de trato que ésta consagra, así como las justificaciones de las eventuales diferencias de trato”*¹³³⁵.

La “identidad nacional”, entonces, formaría parte del orden público, aunque es de cuestionar qué es y qué compone esa “identidad nacional”; si es determinable por cada Estado -lo que pareciera que no, al menos no en su totalidad de acuerdo a lo postulado por KOKOTT-, o si se relaciona con aquellas “tradiciones constitucionales comunes”, lo que haría común a este postulado. Volveré sobre este último aspecto en la Sección 4.3.

El tema del velo islámico fue abordado por el TJUE en los ya nombrados casos C-157/15 y C-188/15 (*supra* 2.4). En el primero, la Sra. Achbita fue

¹³³³ CRUZ VILLALÓN (2013:503-504) apunta que la redacción, en el Tratado de Maastricht -anterior a la vigente- establecía que la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros *“cuyos sistemas de gobierno se fundan en los principios democráticos”*. En base a ello, el autor sostenía que se imponía un nivel mínimo de homogeneidad político-constitucional, haciendo de límite a la identidad nacional. Si bien la redacción fue modificada, entiendo que dicho límite se mantiene por las otras disposiciones que se vienen analizando.

¹³³⁴ A este respecto puede verse: KOKOTT (2016:31).

¹³³⁵ KOKOTT (2016:32).

despedida de su trabajo por portar el pañuelo islámico, aplicándosele una norma interna de la empresa que establecía una prohibición de *“llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas u observar cualquier rito derivado de éstas en el lugar de trabajo”*. El TJUE analiza si dicha conducta constituye una discriminación directa, de acuerdo a la Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. El TJUE entiende como finalidad legítima y que podría restringir la libertad religiosa *“la voluntad de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto del sector público como del sector privado”*. Por tanto, considera que la conducta analizada no es una discriminación directa¹³³⁶.

En el caso C-188/15 la Sra. Bougnaoui fue despedida de su trabajo también por portar el pañuelo islámico, esta vez porque un cliente solicitó expresamente que no lo llevara. A diferencia del anterior, no había una norma interna que persiguiera la “neutralidad religiosa”, pero la empresa le había requerido su no utilización en el trato con los clientes. El TJUE analiza la noción de “requisito profesional esencial y determinante” que, según la Directiva mencionada, posibilitaría una diferencia de trato, incluso por los motivos religiosos prohibidos¹³³⁷. Sin embargo, concluye que el hecho de que un cliente hubiera solicitado que la trabajadora no llevara pañuelo islámico no ingresa en dicha categoría de requisito profesional esencial y determinante.

En el primer caso, entonces y tal sostiene RODRÍGUEZ RUIZ, no se trata de una política de seguridad o de empresas de tendencia, sino que el TJUE permite la restricción como política de neutralidad religiosa¹³³⁸. En el segundo, no obstante, toma en especial consideración que dicha norma no sea una regla de la empresa, para entender, entonces, que los aspectos religiosos no son un

¹³³⁶ Cabe recordar que en el caso Eweida y otros vs. The United Kingdom, abordado en la Sección anterior, el TEDH había entendido como legítimo para restringir la libertad religiosa en relación a portar determinado símbolo en el ámbito laboral el *“deseo de la empresa de proyectar una cierta imagen corporativa”*. TEDH. Caso Eweida y otros vs. The United Kingdom, 15 de enero de 2013, pp. 93 y 94.

¹³³⁷ El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 establece: *“No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”*.

¹³³⁸ RODRÍGUEZ RUIZ (2017: 251-252).

requisito profesional esencial y determinante que habilitarían la diferencia de trato.

La identidad nacional subyace a estas consideraciones, siendo que la neutralidad es sinónimo de laicidad en algunos Estados, como es el caso de Francia. Este concepto de identidad nacional¹³³⁹ se relaciona con la doctrina de los contralímites cuya esencia ya fue adelantada (*supra* 4.1.1)¹³⁴⁰. Se erige como un límite al Derecho de la Unión Europea y estaría compuesto por el núcleo duro de las Constituciones nacionales, “*lo que constituye su identidad, es intocable y debe permanecer intangible*”¹³⁴¹.

Para BON, dados los objetivos subrayados en el artículo 2 del TUE y dado el contenido de la “identidad nacional” en concordancia con los mismos, esta noción no hace más que indicar la dirección que habrá de tomar la Unión para avanzar conjuntamente con los ordenamientos constitucionales internos¹³⁴². En este mismo sentido, puntualiza SAINZ, comentando la DTC 1/2004 que difícilmente la doctrina de los contralímites tenga cabida, “*en la medida en que el Tratado reposa exactamente sobre los mismos presupuestos sobre los que el Tribunal ha identificado los contenidos infranqueables a resultas de la cesión (del ejercicio) de competencias a la Unión*”¹³⁴³.

Lo anterior indica que, si bien la “identidad nacional” puede tener aspectos divergentes según el Estado y su organización, hay un contenido coincidente y que se relaciona con el principio democrático y con la protección de los derechos humanos¹³⁴⁴. Es importante volver a detenernos en la inclusión de la “identidad nacional” dentro del concepto de orden público, pues hace a un mínimo común

¹³³⁹ Para BON (2014:168) la “identidad nacional” se relaciona con la “identidad constitucional”. Igual sinonimia realiza CURZ VILLALÓN (2013:502-503) y BOT (2017:172). Respecto de la evolución de estos términos en el Derecho Comunitario puede verse: BON (2014:176 y ss.).

¹³⁴⁰ Sobre esta conexión puede verse: RODRÍGUEZ-IZQUIERDO (2011:210 y ss.); CRUZ VILLALÓN (2013:507); y BOT (2017:183-184). Por su parte, AZPITARTE SÁNCHEZ (2008:194-195) hace referencia a la teoría del mínimo constitucional que conformaría un límite a la aplicación del Derecho Comunitario.

¹³⁴¹ BON (2014:180). Para CRUZ VILLALÓN (2004:53) “*debería perseguirse la construcción de una idea común acerca de lo que en abstracto pueda significar «identidad nacional»*”.

¹³⁴² BON (2014:187). En similar sentido expresa RODRÍGUEZ-IZQUIERDO (2011:402) que el TJUE podría utilizar la noción de identidad constitucional “*como criterio de integración de los elementos esenciales de constitucionalidad estatal y de armonización de los mismos con la primacía-supremacía*”.

¹³⁴³ SAINZ ARNAIZ (2005:63).

¹³⁴⁴ BON (2014:186). Para RODRÍGUEZ-IZQUIERDO (2011:213) “*El principio de identidad constitucional, que se llenaría con los contenidos a los que remite el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn, tendría su correspondencia en el artículo 4.2 del TUE*”. ALAEZ CORRAL (1995:245), en igual sentido, incluye, en Alemania, a los principios de la democracia, la estructura federal del Estado, el Estado de Derecho y el Estado Social, la división de poderes, el republicanismo y el respeto a la dignidad humana.

entre los Estados. En ello, entonces, esta última apreciación es de relevancia, pues a mi juicio lo trascendente de esa “identidad” como componente del orden público, son aquellos aspectos coincidentes entre los Estados, relacionados con el principio democrático y con la protección de los derechos humanos. Ello se vincula también, como será analizado en la Sección siguiente, con las “tradiciones constitucionales comunes”. En este sentido sostiene PÉREZ TREMPs que: “esos grandes principios y valores que conforman el núcleo básico de la Constitución que el poder de integración debe respetar se encuadran en dos terrenos, a su vez íntimamente ligados entre sí: el respeto de los derechos fundamentales y el respeto a los principios estructurales del sistema democrático”¹³⁴⁵. Nótese que se trata de los dos valores que se vienen abordando, coincidentes en la Corte IDH, en el TEDH y en el entramado creado entre los Tribunales Constitucionales y el TJUE a través de los contralímites y de la noción de identidad nacional.

En España, a ello refiere el TCE en la DTC 1/2004, y a ello también hizo alusión en el caso *Melloni*, aunque los resultados no fueron los de una mayor garantía a los derechos fundamentales¹³⁴⁶. El caso trató de la aplicación del artículo 4 bis de la Decisión Marco 2002/584/JAI, con las modificaciones introducidas por la Decisión Marco 2009/299/JAI¹³⁴⁷, sobre ejecución de órdenes

¹³⁴⁵ PÉREZ TREMPs (1993:118). Para el caso de España, el autor agrega (1993:125) que los valores fundamentales se extraen del artículo 1.1 y 10.1, tal como fue aquí abordado en el Capítulo III.

¹³⁴⁶ Es posible consultar un comentario específico de este caso en: MATIA PORTILLA (2016:479-522).

¹³⁴⁷ Este artículo establecía: “Resoluciones dictadas a raíz de un juicio celebrado sin comparecencia del imputado. 1. La autoridad judicial de ejecución también podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución, a menos que en la orden de detención europea conste, con arreglo a otros requisitos procesales definidos en la legislación nacional del Estado miembro de emisión, que el imputado: a) con suficiente antelación: i) o bien fue citado en persona e informado así de la fecha y el lugar previstos para el juicio del que se deriva esa resolución, o bien recibió efectivamente por otros medios, de tal forma que pueda establecerse sin lugar a dudas que tenía conocimiento de la celebración prevista del juicio, información oficial de la fecha y lugar previstos para el mismo, y ii) fue informado de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia, o b) teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio, o c) tras serle notificada la resolución y ser informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso - en el que tendría derecho a comparecer y volverían a examinarse los argumentos presentados e incluso posibles nuevos elementos probatorios -, y de que el juicio podría dar lugar a una resolución contraria a la inicial: i) declaró expresamente que no impugnaba la resolución, o ii) no solicitó un nuevo juicio ni interpuso un recurso dentro del plazo establecido, o d) no se le notificó personalmente la resolución, pero: i) se le notificará sin demora tras la entrega y será informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso en el que tendría derecho a comparecer y volverían a examinarse los argumentos presentados e incluso posibles nuevos elementos probatorios, y de que el juicio podría dar lugar a una resolución contraria a la inicial, y ii) será

de detención en la Unión Europea. El problema se suscitó dado que la jurisprudencia del TCE controlaba otras garantías para acceder al cumplimiento de la orden de detención (STC 91/2000, FJ 14; 199/2009; FJ 3). En concreto, como exigencia adicional para la entrega y en los casos de procesos en rebeldía, se requería garantía de que se podría ejercer un derecho de impugnación de la decisión, pues se entendía como esencial a los efectos de efectivizar el derecho de defensa y tutela judicial (STC 91/2000, FJ 13; 199/2009, FJ 3; ATC 86/2011, 2). Esta tutela adicional, originariamente prevista en el artículo 5 de la Decisión Marco 2002/584/JAI, fue suprimida por la Decisión Marco 2009/299/JAI.

El TCE decidió plantear una cuestión prejudicial al TJUE cuestionando si la mencionada disposición impedía revisar la orden para garantizar los derechos de defensa del reclamado; si entonces era compatible con el derecho de tutela judicial efectiva; y si España podría dar una protección mayor a la dada en el ordenamiento comunitario, con base en el artículo 53 CDFUE¹³⁴⁸ (ATC 86/2011).

El TJUE (TJUE C-399/11) precisó que los Estados miembros sólo pueden negarse a ejecutar la orden en los supuestos de no ejecución obligatoria contemplados en su artículo 3 y en los casos de no ejecución facultativa enunciados en sus artículos 4 y 4 bis de la Decisión Marco. Por tanto, cualquier otra consideración que se quiera realizar, relativa la protección de derechos, como la antes comentada, implicaría un incumplimiento de la Decisión.

El TJUE confirma que el Estado no puede otorgar una protección mayor a los derechos si ello implica incumplir con las disposiciones comunitarias. Señala al respecto que: *“Es cierto que el artículo 53 de la Carta confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección*

informado del plazo en el que deberá solicitar el nuevo juicio o interponer el recurso, tal como conste en la correspondiente orden de detención europea”.

¹³⁴⁸ El artículo 53 de la CDFUE establece: *“Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.*

previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”.

Sobre este punto, el TCE recuerda la doctrina de los contralímites, puntualizando que el Derecho Comunitario no podría quebrantar las bases constitucionales: *“el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)”* (STC 26/2014, FJ 3 que recuerda la DTC 1/2004, FJ 2).

Sin embargo, el TCE resuelve revisar su doctrina (STC 26/2014, FJ 4). Sostiene que los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de derechos humanos, como el CEDH y la CDFUE, son elementos esenciales para la interpretación y determinación del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.2 CE). Por consiguiente, el nivel de protección se reduce en esta nueva jurisprudencia y ello no solo se aplica para los casos de euroorden, sino para todas las órdenes de detención, sean de la Unión Europea, o de terceros Estados.

Esto último resulta por demás criticable, puesto que la jurisprudencia europea no solo tuvo su influencia en dicho ámbito de la Unión, sino que el TCE varió, por ello, la propia caracterización del contenido absoluto que había hecho del derecho fundamental afectado¹³⁴⁹.

El caso *Melloni* es una manifestación de la dificultad que tienen los sistemas para armonizar distintos niveles de protección de derechos y es, a mi juicio, criticable, dado que la “identidad nacional” fue dejada de lado para reducir el nivel constitucional de tutela, ahora interpretado, en reducción, por el CEDH y por la CDFUE¹³⁵⁰. La determinación de la “identidad nacional” ya no es realizada por los Estados, sino que en ello ingresa, sin dudas, la doctrina del TJUE según

¹³⁴⁹ En igual punto: CARMONA CONTRERAS (2016:38).

¹³⁵⁰ Esta crítica ya fue efectuada en el Capítulo I y III, aunque en referencia a la integración, por la vía del artículo 10.2 CE, de límites a los derechos no contemplados por la CE.

Respecto de este caso señala CARMONA CONTRERAS (2016:20) que en este nivel de protección *“las regulaciones estatales de derechos fundamentales quedan desplazadas por lo dispuesto en la Carta”*. Comparto los cuestionamientos realizados por la autora (2016:35-38). Sobre este punto también puede verse: DIEZ-HOCHLEITNER (2013:18-24).

En atención a la discordancia entre los sistemas, esta conclusión puede también hallarse en: RODRÍGUEZ IGLESIAS y VALLE GÁLVEZ (1997:368). En contrario, SAIZ ARNAIZ (2005:75) sostenía que tanto la CDFUE como el CEDH son de mínimos, por lo que el Estado podría dar una protección mayor. En igual conclusión se había manifestado: MATIA PORTILLA (2002:158).

la cual lo necesario es el respeto de un mínimo, el que puede ser ampliado, pero siempre que ello no suponga el detrimento de los principios de la Unión (primacía, unidad y efectividad).

Poniendo en síntesis lo hasta aquí analizado respecto de la jurisprudencia del TJUE, el orden público se entiende afectado en una hipótesis de perturbación social, pero también en una restricción a un interés fundamental de la sociedad. Este orden público se manifiesta como un posible límite a ciertos principios y disposiciones de la Unión, pero su interpretación es estricta y toma en cuenta tanto la protección de los derechos humanos como la aplicación del Derecho Comunitario. En este balance, la tutela de los derechos subyace a la jurisprudencia del TJUE, e incluso se mantuvo firme ante algunos supuestos de medidas tomadas en función de objetivos de gran trascendencia, como la lucha antiterrorista. En otros, no obstante, la duda persiste, pues podría ser que el cumplimiento con el Derecho de la Unión se anteponga ante la tutela de derechos que, si bien se erige como un mínimo, podría desconocer mayores protecciones internas, y hasta incluso y quizás reducirse, ahondando con ello las diferencias que la Declaración 2/13 del TJUE trazó, con el CEDH y el TEDH¹³⁵¹.

Lo anterior suscita la cuestión de si el orden público, en este marco, se compone de un mínimo invariable o si, por el contrario, este componente podría modificarse. El avance de la Unión Europea se caracterizó por el respeto de ciertos principios, catalogados primeramente como las “tradiciones constitucionales comunes”¹³⁵², e incluso salvaguardando aquella “identidad nacional” defendida fuertemente en la doctrina de los contralímites. Al estar ello en las bases de la Unión, y al haberse manifiesto en este sentido los Tribunales Constitucionales de la región, un cierto núcleo debiera mantenerse en permanencia, sin perjuicio de las variaciones y vicisitudes que en el futuro de la Unión Europea pudieran presentarse.

¹³⁵¹ La Declaración 2/13, del 18 de diciembre de 2014, del TJUE, analiza la compatibilidad del Proyecto de Acuerdo de adhesión de la Unión Europea al CEDH, con los Tratados de la Unión.

¹³⁵² A estos “valores comunes” refiere incluso el TJUE en el Dictamen 2/13: “*Tal construcción jurídica se asienta en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que éstos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión Europea, como se precisa en el artículo 2 TUE. Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica*”.

4.3.- EL ORDEN PÚBLICO ¿MÍNIMO COMÚN? SU CONFLUENCIA CON EL “IUS COMMUNE INTERAMERICANO”, EL “ORDEN PÚBLICO EUROPEO” Y LAS “TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES”

Habiendo analizado la invocación que del orden público se realiza en la CADH y en el CEDH, y el tratamiento que fue dado por la Corte IDH, el TEDH y el TJUE, es posible realizar algunas puntualizaciones.

El orden público es abordado primeramente como límite a determinados derechos en la CADH y en el CEDH. La coincidencia entre la CADH y el CEDH no es extraña, pues ambos derivan de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de otros instrumentos internacionales¹³⁵³. En el caso de la Unión Europea, el orden público también es contemplado como límite a ciertos principios, incluyendo dicho término en diversos tratados, o bien dentro de la noción de interés general prevista en la CDFUE. En este marco, hay ciertos aspectos coincidentes de la jurisprudencia de estos tres tribunales¹³⁵⁴.

La Corte IDH ha expresado que conceptos jurídicos indeterminados como el de orden público, cuando son invocados como límites, deben ser objeto de una interpretación estricta y ceñida a las justas exigencias en una sociedad democrática¹³⁵⁵. El TEDH, aunque sin ahondar demasiado en si se presentan, o no, los fines legítimos en el caso concreto, sí vierte reparos al momento de analizar si son necesarios para la sociedad democrática¹³⁵⁶, requiriendo una “necesidad social imperiosa”, o bien analizando el cumplimiento con el principio de proporcionalidad¹³⁵⁷. El TJUE, por su parte, sí comparte la apreciación hallada en la Corte IDH, pues reitera en su jurisprudencia que el orden público, como

¹³⁵³ GARCÍA ROCA, NOGUEIRA ALCALÁ y BUSTOS GISBERT (2012:66). En este punto, SALVIOLI (2013:70) señala una relación intrínseca entre la CADH y el CEDH, en tanto este último fue fuente de la primera; a la vez que la CADH también se inspiró en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹³⁵⁴ Ello se corresponde con la continua influencia entre los Tribunales. A mayor abundamiento de la relación entre la Corte IDH con el TEDH: CANOSA USERA (2015:15-18).

¹³⁵⁵ Los postulados de la Corte IDH en esta materia son recibidos en doctrina uruguayana por RISSO FERRAND (2005-A:12).

¹³⁵⁶ Para FASSBENDER (1998:55) la importancia fue puesta por el TEDH en la libertad de expresión para la preservación de los valores del pluralismo, la tolerancia y la solidaridad. Para MARTIN-RETORTILLO (2011:95) por esta cláusula “*penetra decididamente la referencia a lo democrático en un punto tan culminante del Convenio*”.

¹³⁵⁷ Véase *infra* Capítulo I. En este punto puede consultarse: GARCÍA ROCA, NOGUEIRA ALCALÁ y BUSTOS GISBERT (2012:80); GARAT (2016:58-59). FERNÁNDEZ NIETO (2008:55) indica que la utilización del principio de proporcionalidad por todos los tribunales contribuye a formar un “derecho constitucional europeo”.

límite, es de una interpretación restringida y, aún más, exige una justificación real, suficiente y grave para su invocación. Sin embargo y no obstante lo anterior, en la jurisprudencia analizada fue corroborada la premisa dada en el Capítulo I, pues el detenimiento en el análisis del fin legítimo es verdaderamente escaso.

En segundo lugar, ingresando en el concepto sustantivo, las acepciones son mayormente inmateriales, aunque también, y en los tres Tribunales, se han analizado hipótesis de una aplicación material. La Corte IDH da, claramente, un doble componente al orden público, dentro de una significación inmaterial: por una parte, se relaciona con el funcionamiento armónico de las instituciones y, por otra parte, también exige la defensa del sistema democrático y la protección de los derechos. Esta dualidad se presenta con similitud en el TJUE, para quien el orden público se vincula con una hipótesis de perturbación social (orden público material), pero a su vez con la afectación de un interés fundamental de la sociedad (orden público inmaterial). En el TEDH, por su parte, la defensa de la democracia y la protección de los derechos más vinculados a ésta es hallable en la jurisprudencia analizada, asignándosele un concepto mayormente inmaterial, pero que, tal lo expuesto, también tiene una aplicación material en algunos supuestos, como en el derecho de reunión. Lo trascendente en el TEDH es, igualmente, su indeterminación y escaso abordaje.

En este marco, los preámbulos de la CADH, del CEDH y de la CDFUE poseen cuestiones en común¹³⁵⁸. Los tres sistemas sientan sus bases sobre el principio democrático y sobre la protección de los derechos, por lo que éstos parecerían ser, sin dudas, parte del orden público en una concepción inmaterial. La confluencia entre democracia y protección de derechos no siempre es simple. Según lo abordado, la democracia y la necesaria tolerancia inmersa en esta ha producido la variación de algunas disposiciones internas, permitiendo nuevas culturas y adecuando anteriores normas a las nuevas exigencias de protección de derechos en la pluralidad. Sin embargo, en otros casos, la confluencia de culturas ha provocado un cierre y rechazo hacia lo diferente, como puede verse

¹³⁵⁸ GARCÍA ROCA y DALLA VÍA (2012:229) destacan la aparición del principio democrático en el CEDH y en la CADH.

en algunos de los fallos sobre uso de velo islámico, o bien un menor control del tribunal regional y un mayor “margen de apreciación nacional”¹³⁵⁹.

El margen de apreciación nacional es una doctrina con fuerte impacto en la jurisprudencia del TEDH, y con incipiente desarrollo en la Corte IDH. En el ámbito de la Unión Europea también es empleado¹³⁶⁰, y puede ser vinculado con el respeto a la “identidad nacional” que obliga el articulado del TUE. La diferenciación del mayor o menor margen de apreciación según el derecho del que se trate y según el consenso normativo tiene consecuencias en la determinación del orden público. En este sentido, aquellas materias que no admiten margen de apreciación, o bien en las que éste es muy escaso; lo mismo que las que tienen un consenso sobre su contenido, podrían dotar un mínimo común definido y raramente variable.

En este punto, GARCIA ROCA califica como derechos absolutos al derecho a la vida, a la prohibición de tortura y de tratos inhumanos y degradantes y a la prohibición de esclavitud y trabajo forzado. Estas, según el citado autor, forman parte del “*núcleo duro del orden público europeo, en el mismo corazón de las sociedades democráticas*”¹³⁶¹. A éstos cabría agregar los derechos con mayor vinculación democrática, dado que son considerados tanto por el TEDH, como por la Corte IDH, con un rol fundamental para el sistema¹³⁶²; así como a ciertas garantías de una tutela judicial, de importante destaque en la jurisprudencia del TJUE sobre medidas antiterroristas y en la doctrina de los contralímites¹³⁶³.

En este último ejemplo del terrorismo, contrastable en los casos del TEDH y del TJUE, -y también con alguna mención en la Corte IDH-, es posible observar cómo el pluralismo democrático en algunos supuestos, o bien la protección de derechos en otros, vierten un freno a determinados objetivos, fines o medidas: “*si se admite que cualquier cosa vale para hacer frente al terrorismo, podría*

¹³⁵⁹ FRESNEDO (2016:213) hace mención a que en Derecho Internacional Privado algunos autores referencian a un orden público “atenuado”, flexibilizando -especialmente en Francia- la aplicación de la excepción del orden público internacional y conciliando las distintas culturas, por ejemplo, las musulmanas.

¹³⁶⁰ Sobre este punto: DÍAZ CREGO (2009:57-72).

¹³⁶¹ GARCÍA ROCA (2010:153). El autor agrega a dicho núcleo, luego (2010:173-174) a la libertad y seguridad (artículo 5 CEDH). En similar sentido: GREER (2000:27).

¹³⁶² En igual sentido: GARCÍA ROCA (2010:206).

¹³⁶³ RODRÍGUEZ IGLESIAS (1993:1194) en referencia al caso *Fragd*, del 22 de mayo de 1989, expresa que el derecho a la tutela jurisdiccional constituye un principio fundamental de la Constitución Italiana

*acabar atentándose contra los mismos valores democráticos y de Derecho que se pretenden proteger en las Constituciones y en la UE*¹³⁶⁴.

En el ámbito europeo, por otra parte, elegí analizar particularmente los casos sobre simbología religiosa y sobre partidos políticos, dado que constituyen claros ejemplos del fenómeno que ha quedado de manifiesto¹³⁶⁵. El pluralismo se encuentra inmerso en la noción de democracia¹³⁶⁶. Sin embargo, mientras este mismo pluralismo es, en unos supuestos, neutralidad extrema (*Leyla Sahin, S.A.S, TJUE: C-157/15*)¹³⁶⁷, en otros casos permite ser más permisivo, posibilitando la presencia de crucifijos en escuelas públicas, no siendo ello adoctrinamiento y no requiriéndose tal neutralidad (*Lautsi*)¹³⁶⁸. Por otra parte, este pluralismo conlleva a la existencia de una diversidad de partidos políticos, incluso a la subsistencia de aquellos contrarios al régimen vigente. Estos partidos, no obstante, deben utilizar medios legales y democráticos, por ejemplo, no usando la violencia. El cambio propuesto, asimismo, debe ser compatible con los principios fundamentales de la democracia (*Refah Partisi, Batasuna*).

En este punto cabe realizar el cuestionamiento de MARTIN-RETORTILLO: *“La idea del pluralismo tiene así una lógica aparente, aplastante y sencilla, al menos a simple vista. Que resulta convincente y atractiva en general. Pero la propia esencia del concepto tiene que admitir que no todo ha de ser tan simple. Que la respuesta aparente no vale para todas las alternativas. Se aspira a lo vario, a lo diverso y diferente, así, al espacio confrontable para las minorías (tanto que dejen de tener la consideración de tales), a la disparidad, a la disidencia incluso. Lo que se entiende muy bien cuando se evocan las representaciones de que quisieron superar el Estado y la sociedad democráticos, en lo político, religioso, ideológico, etc. Pero, ¿cabrá todo? ¿Podrá todo ser puesto en*

¹³⁶⁴ SERRA CRISTÓBAL (2016:502).

¹³⁶⁵ En este sentido puntualiza MC CREA (2010:140) que las decisiones como las de *Rafah Partisi*, o sobre el uso de simbología religiosa en instituciones públicas repercuten en la autonomía individual.

¹³⁶⁶ MARTIN-RETORTILLO (2011:255), comentando el fallo *Lautsi* de la Primera Sala, concluye que de los textos Constitucionales y del CEDH se propugna un modelo de sociedad democrática, caracterizada por la idea de pluralismo. En similar sentido se expresa MC CREA (2010:105-106). Cabrá proseguir ahondando en qué tipo de pluralismo es el que se propugna, y si ello está así determinado por los ordenamientos constitucionales y los instrumentos de protección de derechos.

¹³⁶⁷ En este punto sostiene RODRÍGUEZ RUIZ (2017: 249) que la jurisprudencia del TEDH “*se remite de forma constante a la legitimidad de que los Estados persigan la laicidad como pate del orden público, y al margen de apreciación con que éstos cuentan para hacerla valer, en el que se incluye la posibilidad de prohibir el uso en espacios públicos de símbolos religiosos ostentosos*”.

¹³⁶⁸ Comenta MC CREA (2010: 53) que esta tensión se hizo notar en oportunidad de las negociaciones para redactar el borrador del tratado de Constitución para Europa, en 2003.

cuestión? Por ejemplo, ¿cabrán los que quieran volver a los viejos modelos excluyentes, que con tanto esfuerzo se trataron de superar?”¹³⁶⁹.

Del análisis realizado, tanto en la Corte IDH, como en el TEDH y en el TJUE hay ciertos principios, como la democracia y la protección de derechos, que constituyen bases del sistema y que, por tanto, serán tutelados y defendidos; serán exigidos para quienes, aún dentro del pluralismo, quisieran modificar el sistema¹³⁷⁰. Lo anterior es parte, entonces, del núcleo del orden público, en una significación inmaterial, lo que se halla en la jurisprudencia analizada. Ello marca un contraste con lo hallado a nivel estatal (*supra* 3.4), pues según fue observado tanto en el TCE como en la SCJ el orden público posee un abordaje más escaso, concibiéndose generalmente como un límite a los derechos. En este Capítulo se observa, en cambio, que en la Corte IDH, en el TEDH y en el TJUE los derechos componen especialmente la propia noción de orden público, por lo que este orden público también debiera garantizarlos. Ello se muestra en forma clara y explícita en la Opinión Consultiva 5/1985 especialmente analizada, e igualmente se extrae de la jurisprudencia del TEDH y del TJUE estudiada.

Sin perjuicio de lo anterior, encuentro igualmente una imprecisión al momento de delimitar el concepto. Pues, tal como se viene analizando, este núcleo es invariable y así controlable por los tribunales regionales. Pero en ciertos casos, al menos en Europa, se lo aborda también con una significación cambiante y determinable por cada Estado, lo que podría darle otro contenido (*Manoussakis*; TJUE C-41/74; C- 36/75; C-54/99; C-438/14; C-673/16).

En este entendido, entonces, la duda se encuentra en definir cuáles son estos valores y principios fundamentales del sistema democrático (Corte IDH), los “principios fundamentales de la democracia” (TEDH), o los “intereses fundamentales de la sociedad” (TJUE). La duda se encuentra, entonces, en determinar este mínimo común hallado.

Encuentro de relevancia vincular este mínimo común con las doctrinas pronunciadas sobre la existencia de un “ius commune interamericano” y de un “orden público europeo”. Asimismo, y dado el desarrollo expuesto en el ámbito

¹³⁶⁹ MARTIN-RETORTILLO (2011:95-96)

¹³⁷⁰ FERNÁNDEZ DE CASAVANTE (2005:556) afirma en este punto que: “Por lo tanto, siendo susceptible de ser atacada y destruida, la democracia tiene también el derecho -y la obligación- a defenderse”.

de la Unión Europea, considero que las “tradiciones constitucionales comunes” y la “identidad nacional”, -a mi juicio con claras coincidencias de contenido-, son aspectos a tomar en consideración, pues indican, en alguna medida, el origen y el alcance de la protección de los derechos en ese ámbito¹³⁷¹.

El “ius commune interamericano” es, para FERRER MAC-GREGOR “*un punto de convergencia en materia de derechos humanos*”¹³⁷². Esta noción se halla en el respeto y garantía irrestrictas de los derechos humanos consagrados en la CADH y en otros tratados, y es un concepto que se ha construido mediante la jurisprudencia de la Corte IDH¹³⁷³. La Corte IDH, a través de la doctrina del control de convencionalidad, pretende lograr una protección mínima universal en los Estados sujetos a su jurisdicción, lo que formaría dicho “ius commune”. En este sentido, el antes Magistrado Antonio CANÇADO TRINDADE expresó que el control de convencionalidad posibilitaría la construcción de un “*ordre public internacional con mayor cohesión de respeto a los derechos humanos*”¹³⁷⁴.

Las nociones de “orden público interamericano” y de “ius commune interamericano” son entonces cercanas. Puntualiza JIMÉNEZ SOLARES que el orden público interamericano “*se relaciona con cuestiones de respeto y protección a los derechos humanos, así como también, con la existencia de un orden constitucional a nivel internacional. En este sentido, el orden público interamericano estaría compuesto de valores y principios de derechos humanos*

¹³⁷¹ En este punto, para GARCÍA ROCA (2010:247): “*homogeneidad constitucional de una entidad versus margen de identidad y apreciación nacional, deben verse como dos cláusulas contrapuestas y en diálogo permanente*”. Sobre este punto también cabe consultar: CRUZ VILLALÓN (2016:61).

¹³⁷² FERRER MAC-GREGOR (2012:105). Este autor (2012:71 y 75), citando a Sergio GARCÍA RAMÍREZ, expresa que el desarrollo de la justicia constitucional ha aparejado la consolidación de “*una jurisprudencia de principios y valores -principios y valores del sistema democrático- que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado*”. La cita se refiere al voto razonado de Sergio García Ramírez en el caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú (2006). En similar sentido se expresa: CANOSA USERA (2015:43).

En Europa VÁZQUEZ (2012:305) hace referencia a la conformación, por el TEDH, de un “ius commune” en materia de libertad religiosa. GONZÁLEZ GONZÁLEZ (2000:617) también alude a un “ius commune” como sinónimo de orden público europeo que, a su juicio, es conformado por el TEDH y promocionado por el TJUE en su ámbito competencial. En similar sentido se pronuncian: ALONSO GARCÍA (1989:227 y 280-281); GARCÍA ROCA y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (2009:XXV); y GARCÍA ROCA (2009:19). Al “ius commune constitutionale” también hace mención PÉREZ LUÑO (2002:314) y (2004:93). Sostiene el autor, recordando a HÄBERLE, que existen, en el ámbito europeo, un conjunto de principios comunes que proceden de las Constituciones de los Estados, del Derecho Constitucional consuetudinario y del Derecho Europeo.

¹³⁷³ FERRER MAC-GREGOR y PELAYO MÖLLER (2014:41).

¹³⁷⁴ Voto disidente de Antonio Cançado Trindade al Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). Vs. Perú. Solicitud de interpretación de sentencia (2007:10). En igual sentido puede verse: CANOSA USERA (2015:43).

en cuya cúspide se ubicarían las normas de *ius cogens*¹³⁷⁵. En este ámbito se destaca también la importancia de la Carta Democrática Interamericana¹³⁷⁶, y el rol que la democracia posee en este marco. Es por ello que HITTERS considera como “retrocesos” el retiro de Perú de la jurisdicción de la Corte IDH, luego revertido, y el actual retiro de Venezuela¹³⁷⁷.

Lo anterior se vincula, en su sustancia, con el “orden público europeo”. Esta noción es empleada en el marco del sistema europeo de protección dado por el CEDH, pero también en el ámbito comunitario. Según lo analizado, el TEDH considera que el CEDH forma parte del orden público europeo. Esta afirmación, por sí sola, no aporta demasiadas consideraciones. En cambio, si encontramos en el CEDH el doble fundamento del sistema democrático que consagra y defiende, y de la protección de derechos que tutela, entonces sí se explicita el contenido del mencionado orden público europeo.

Para la doctrina, esta categoría es *“sui generis de ius cogens europeo en materia de derechos fundamentales, cuyo referente normativo es el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y su fuente de determinación, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos”*¹³⁷⁸.

De lo expuesto no caben dudas de que los valores del pluralismo y la democracia forman parte del orden público, y que los derechos humanos tienen también su rol. GARCÍA ROCA refiere a un *“«espacio público europeo» de decisión y garantía de ciertos derechos que trasciende las fronteras nacionales: un espacio convencional”*¹³⁷⁹, precisando luego que este espacio *“comparte unos valores y derechos que forman un mínimo orden público europeo, dotado de fragmentos constitucionales, una esencialmente misma cultura de los derechos”*¹³⁸⁰. En similar sentido, para HÄBERLE: *“Europa vive de una serie de valores fundamentales sustantivos y procedimentales que deben ser constante - y públicamente- reiterados, afirmados y desarrollados”*¹³⁸¹. Por otra parte, para ALBI y VAN ELSUWEGE la noción de “orden constitucional europeo” se

¹³⁷⁵ JIMÉNEZ SOLARES (2014:334).

¹³⁷⁶ GARCÍA ROCA y DALLA VÍA (2012:228). En similar sentido: CASAL (2011: 421).

¹³⁷⁷ HITTERS (2015:157).

¹³⁷⁸ GONZÁLEZ GONZÁLEZ (2000:610).

¹³⁷⁹ GARCÍA ROCA (2010:125-126).

¹³⁸⁰ GARCÍA ROCA (2010:128). En similar sentido MARTIN-RETORTILLO (2011:70) refiere en este punto a una “cultura europea de los derechos humanos”.

¹³⁸¹ HÄBERLE (1998-A:130).

construye a través de la interacción entre los tratados y las constituciones nacionales de los Estados miembros, que reflejan aquellos aspectos comunes y determinan cómo y hasta dónde pueden ser utilizados los poderes comunitarios¹³⁸².

En el ámbito de la Unión Europea, esta confluencia estuvo marcada, desde el inicio, por las “tradiciones constitucionales comunes”¹³⁸³. Estas sirven como punto de partida para el reconocimiento de ciertos derechos, a la vez que son criterio interpretativo. No obstante, se compone de elementos que, siendo comunes, sean también apropiados para el Derecho de la Unión¹³⁸⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, coincido con ÁLVAREZ OSSORIO respecto de su importancia, pues se trata de aspectos coincidentes en todos los Estados miembros, por lo que el grado de influencia resulta indiscutible¹³⁸⁵. Al decir de PÉREZ LUÑO: *“El logro de valores compartidos es, por tanto, el fin que se fija la Unión Europea; pero al propio tiempo los valores son también su fundamento”*¹³⁸⁶. Para CRUZ VILLALÓN la red de tribunales constitucionales y su jurisprudencia mutuamente conocida conformaron un *“derecho constitucional común europeo”*¹³⁸⁷. Sin perjuicio de ello, indica FERNÁNDEZ NIETO que el concepto de “tradiciones constitucionales comunes” tiene una fuente más amplia que la Constitución, agregándose *“los sistemas nacionales de constitución no escrita y el conjunto de normas que constituyen el `derecho o bloque constitucional”*¹³⁸⁸.

Sin embargo, y si bien puede tener un origen amplio, estas tradiciones se restringen a determinados principios compartidos, que hacen a la propia

¹³⁸² ALBI y VAN ELSUWEGE (2004:763). En este punto WEILER (1999:117) sostiene que las nociones de interés general y proporcionalidad tendrían que tomar en consideración el ethos de los textos, no de cada Constitución, sino de todas las Constituciones de los Estados miembros.

¹³⁸³ Para CRUZ VILLALÓN (2004:51) las tradiciones constitucionales comunes son el segundo espejo. Indica que, por ellas, la Unión posee una base constitucional común en el continente europeo.

¹³⁸⁴ CARMONA CONTRERAS (2016:27-29). Sostiene la autora que en este ámbito *“se excluye la asimilación automática de aquel «mínimo común denominador» existente y que es compartido en forma mayoritaria por parte de los Estados miembros con respecto a un derecho. La pauta seguida, por el contrario, es mucho más minuciosa al aplicar un método selectivo en virtud del cual solo se incorporarán al ordenamiento de la UE aquellos elementos internos que siendo comunes denoten una mayor sintonía con las exigencias del derecho europeo”*. Sobre este punto también puede verse: GONZÁLEZ GONZÁLEZ (2000:608).

¹³⁸⁵ ÁLVAREZ OSSORIO (2006:89).

¹³⁸⁶ PÉREZ LUÑO (2004:95). El autor hace mención a la Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento sobre el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea. Respeto y promoción de los valores en los que está basada la Unión, Bruselas 15 de octubre de 2003 (COM(2003) 606).

¹³⁸⁷ CRUZ VILLALÓN (2004:27).

¹³⁸⁸ FERNÁNDEZ NIETO (2008:120).

identidad de las naciones europeas, y que forman parte de las bases mismas de su sistema de Unión¹³⁸⁹. En este punto sostiene CRUZ VILLALÓN que *“en estas tradiciones constitucionales comunes el Tribunal de Justicia ha buscado, de forma muy preferente, asentar una propia cultura de derechos, la cultura de derechos de la Unión. La Unión ha adquirido así el carácter, no sólo de una comunidad de Derecho, sino también de una «comunidad de cultura constitucional». Esa cultura constitucional común aparece como parte de la identidad común de la Unión, con la importante consecuencia, a mi juicio, de que la identidad constitucional de cada Estado miembro, específica desde luego en la medida en que a ello haya lugar, no pueda sentirse a una distancia astronómica de dicha cultura constitucional común, por decirlo con cautela. Por el contrario, una bien entendida actitud abierta respecto del Derecho de la Unión debiera inspirar en el medio y largo plazo un principio de confluencia básica entre la identidad constitucional de la Unión y la de cada uno de los Estados miembros”*¹³⁹⁰.

El mínimo común que propongo encontrar en la noción de “orden público” se relaciona, entonces, con una acepción inmaterial que se vincula con el “ius commune interamericano” que se pretende alcanzar en el Sistema Interamericano, con el “orden público europeo” al que se refieren los sistemas de dicho continente, y con las “tradiciones constitucionales comunes” sobre las que se ha desarrollado la propia Unión Europea.

Sea entendido como una “metaconstitucionalidad recíproca” de los tratados y las constituciones nacionales; como una “Constitución en red”¹³⁹¹;

¹³⁸⁹ En este punto expresa ALONSO GARCÍA (1989:241) que *“existiría un cierto grado de comunidad en el ámbito administrativo continental, cuando menos en torno a una serie de «valores» que vendrían a presidir la regulación de problemas comunes a partir de «una identidad de ideologías de base»”*. En similar sentido PÉREZ LUÑO (2004:85) alude a la existencia de una “identidad europea”, a la que también refieren HABERMAS y DERRIDA (2003), vinculándola con *“La conciencia misma de un destino político común y una perspectiva convincente de un futuro común”*.

¹³⁹⁰ CRUZ VILLALÓN (2016:61). En este mismo sentido sostiene VÁZQUEZ (2012:297) que la suerte de la integración descansa *“por mantener el equilibrio entre el respeto a las necesidades democráticas puntuales, las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros y el ejercicio efectivo de sus competencias por parte de los organismos europeos”*. Por su parte, ALBI y VAN ELSUWEGE (2004:757) agregan que: *“According to Weiler, the European demos is based on the common, transcending cultural and political values enshrined in the constituent documents, as opposed to organic ethno-cultural values. Habermas’ theory of constitutional patriotism proposes that it is the common universal principles of the constitution rather than shared cultural identity that bind a society together in the modern multicultural liberal democracies”*.

¹³⁹¹ GARCÍA ROCA (2012:193). El autor refiere a las expresiones dadas por CRUZ VILLALÓN y BUSTOS, respectivamente. Sobre la concepción de Constitución en red de este último autor véase: BUSTOS (2012:27-41).

como un “sistema multinivel”¹³⁹²; como un “entremezclado” constitucionalismo¹³⁹³; o bien como un “pluralismo constitucional”¹³⁹⁴; las dos conclusiones a las que se arriba en este Capítulo respecto de la noción de orden público es que ésta tiene un contenido mínimo y fuertemente arraigado, y que este mínimo tiene aspectos coincidentes en los dos sistemas europeos, pero también en el sistema interamericano. Todos los Estados implicados tienen su fundamento en un sistema democrático, en el que la tutela de los derechos asume una especial importancia. Si bien algunos podrían poseer una Constitución militante, este no es el caso de España o de Uruguay; y tampoco lo es de la CADH, el CEDH o la CDFUE. Ello no supone, no obstante, que no se posean mecanismos de defensa democrática, más o menos intensos según el caso.

Del análisis constitucional realizado en el Capítulo anterior y del desarrollo expuesto en este Capítulo, se extrae que en este sistema hay valores especialmente relevantes. La delimitación de estos valores se hace latente en el examen de los ámbitos regionales de protección, pues la jurisprudencia de la Corte IDH, del TEDH y del TJUE incluyen a los derechos fundamentales y a los principios democráticos dentro del concepto de orden público. En Europa ello se percibe incluso con mayor evidencia, pues el orden público supone la existencia de un espacio público de confluencia de culturas e ideologías, en definitiva de diversidad. A ello refieren el TCE y el TEDH cuando argumentan que la calle es escenario del ejercicio de derechos, como el de reunión, el que siempre ocasiona cierto desorden, lógico y permitido.

En este sistema, la efectividad de los derechos es presupuesto, la participación igualitaria es esencial, y su protección, ante quienes quisieran su destrucción, se muestra por los Tribunales como necesaria. Sin perjuicio de lo antes analizado, es menester preguntarnos, como lo hace HÄBERLE, si *“este espacio público que nos ofrecen los textos ¿se corresponde con una realidad?”*¹³⁹⁵.

¹³⁹² ÁLVAREZ OSSORIO (2008:113). A “niveles” de protección también refiere, entre otros, ARNOLD (2002:52 y 55).

¹³⁹³ DIEZ-HOCHLEITNER (2013:4).

¹³⁹⁴ BUSTOS GISBERT (2009:147) invoca el término primeramente utilizado por Neil MacCormick.

¹³⁹⁵ HÄBERLE (1998-A:134).

**CAPÍTULO V: EL CONTENIDO ACTUAL DEL CONCEPTO DE ORDEN
PÚBLICO. SU NECESARIA VINCULACIÓN CON EL PRINCIPIO
DEMOCRÁTICO Y CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
(CONCLUSIONES)**

En el Capítulo I comencé por estudiar las teorías que actualmente se utilizan para resolver casos sobre derechos fundamentales¹³⁹⁶, especialmente aquellas que refieren a la delimitación y a los límites. Tomé como premisa que daba justificación a este trabajo la idea de que el fin legítimo para restringir derechos fundamentales es un aspecto poco analizado. Ello es así tanto porque se entiende que los derechos fundamentales están sujetos a límites indirectos o inmanentes y, particularmente y dentro de éstos últimos, a límites implícitos, como porque no es frecuente que el fin legítimo perseguido en la limitación de derechos fundamentales, en el marco del principio de proporcionalidad, sea sometido a análisis. En este sentido, la doctrina argumenta que todo fin es legítimo, salvo que esté expresamente prohibido por la Constitución, y este análisis no forma parte de los subprincipios de la proporcionalidad o, en los tribunales que lo agregan, es un aspecto poco relevante.

Lo anterior provoca una consecuencia importante, así explicitada por los críticos de la proporcionalidad: en la práctica todos los casos se reducen al examen del medio que se emplea para salvaguardar un fin, fin que, al darse por legítimo, en la confrontación con un derecho fundamental siempre ocupa un mismo plano valorativo que éste último. Sin embargo, hay supuestos en los que un análisis del fin sería suficiente para resolver el caso concreto. Adicionalmente, carecer de este examen supone debilitar los derechos y, en definitiva, la fuerza normativa de la Constitución. Pues si todo fin se considera legítimo, salvo el claramente prohibido por la Constitución, pierden relevancia aquellos que se establecen en forma expresa y taxativa para la limitación de un derecho concreto, careciendo en consecuencia de interés analizar cuál es su contenido o si verdaderamente se presentan en el caso concreto.

Me propuse, entonces, adentrarme en el análisis de uno de los fines que se prevén como posibles limitadores de ciertos derechos: el orden público. El

¹³⁹⁶ Emplearé en este Capítulo final la terminología de derechos fundamentales, aunque para España cabe considerar la distinción que se realiza entre derechos *fundamentales* y derechos *humanos*, realiznado las puntualizaciones ya efectuadas (*supra* 1.1 y nota al pie 32).

orden público es un concepto que se utiliza de variada forma, en diversas ramas del derecho, y no solo en Derecho Constitucional. En el Capítulo II me aproximé a algunas teorías y definiciones dadas, entre otros, en el ámbito administrativo, civil, comercial, laboral y de Derecho Internacional. En dicho análisis se observó que se emplean diversos significados, imprecisos y con contornos muy permeables, aunque la evolución marca una mayor preocupación en el control de dicho postulado y, especialmente, la inclusión de los derechos humanos en su contenido (*supra* 2.3 y 2.4). Si bien lo anterior es destacable, ello no es lo único que se toma en consideración en la concreción del concepto de orden público, pues no se dejan aún de lado hipótesis éticas o morales, referencias a qué se entiende es *lo normal* o *lo común*, o bien a aquello que *la sociedad* considera como *lo correcto*. Por otro lado, aún se denotan algunas corrientes que introducen aspectos utilitaristas al examen en cuestión.

Aquí se argumentó, con todo, que el concepto de orden público es uno solo y que, en un Estado constitucional de Derecho, como lo es el español y el uruguayo de los tiempos actuales, su definición debe recogerse en la propia Constitución (*supra* 2.4). Al análisis del orden público en las constituciones de España y de Uruguay dediqué el Capítulo III, que fue complementado con el desarrollo dado en los respectivos ámbitos regionales de protección de derechos humanos, en el Capítulo IV.

El desarrollo realizado en los Capítulos III y IV confirma la tesis de partida de este trabajo, siendo que no solamente es necesario definir el concepto de orden público, sino que en esa tarea es inevitable realizar una reformulación del mismo de acuerdo al desarrollo del constitucionalismo actual. La definición y significación del orden público deben partir de la Constitución y de las Convenciones sobre derechos humanos adoptadas, siendo que, si bien cabe criticar su indeterminación y las diferencias derivadas de su concretización jurisprudencial, hay también aspectos coincidentes que permiten arribar a un contenido común del concepto de orden público derivado de estos instrumentos, en los que los derechos y la democracia ocupan un rol principal.

A los efectos de concluir, estructuraré este Capítulo final en tres secciones, que temporalmente se corresponden con el camino que ha sido transitado en el pasado en la concretización del orden público, con el concepto de orden público tal y como aparece hoy determinado, y, finalmente, con la

reformulación del mismo que, hacia adelante, propongo realizar. Así entonces, la *Sección 5.1* está dedicada a lo que hasta aquí ha sido entendido por orden público, observando conceptos divergentes y, sobre todo y en muchos casos, disociados de una fuente constitucional, lo que provoca incertidumbre y es, a mi juicio, peligroso, tomando en cuenta que su empleo fue central en períodos totalitarios. Luego, en la *Sección 5.2*, ahondaré en el concepto de orden público que aquí se propone, consecuencia de dicho desarrollo. Finalmente, daré un paso más allá para transitar hacia una reformulación de dicho término, entendiéndolo como una garantía, más que como un límite, de los derechos fundamentales (*Sección 5.3*).

5.1.- LO TRANSITADO: LA DIVERGENCIA EN EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO Y LA CARENCIA DE UNA FUENTE CONSTITUCIONAL EN SU CONTENIDO

Conforme fue precisado a lo largo de esta tesis, particularmente en los Capítulos II y III, el orden público tuvo y tiene, en la historia más antigua, pero también en la reciente, un contenido diverso y distinto según el autor, según la época, según el Estado, según la rama del Derecho, según el contexto, según la ética o la moral de la sociedad, según la forma de gobierno y según, en definitiva, la ideología que le diera significado.

Lo primero que se vincula a la noción de orden público es un aspecto material. Orden es paz, es tranquilidad, es seguridad. Así fue entendido en el marco de las fuerzas policiales y en la teoría del Estado, como un fin que daba justificación al tan nombrado “contrato social”. Herederos de esta aproximación al orden público, si bien ya con las matizaciones y limitaciones propias de las constituciones democráticas, son los artículos 21 CE y 38 CU. Nótese que, en su concepción original, este orden público era tan trascendente como para justificar que se despojasen, enajenasen, o cediesen los derechos individuales, dándolos a una organización (Estado) que debiera terminar con el caos inicial o devenido en la sociedad. En otras doctrinas, y aunque lo natural no estuviera necesariamente caracterizado por la anarquía, el orden igualmente era una principal preocupación, fundamento y fin estatal primordial.

Este orden, como fin, parecería justificar cualquier medio para su tutela. No obstante, no tardaron en llegar quienes quitaron de ese contrato o cesión inicial ciertos valores, bienes o potestades que se conservan en lo individual. El orden, entonces, y a pesar de seguir siendo un fin esencial, tendría ciertas limitantes en los medios. Ya no sería únicamente el Rey o el Gobierno quien determinase, a su arbitrio, qué componentes tiene el *orden* buscado, sino que, para algunos, ciertos derechos deberían estar siempre tutelados. Para otros, se debería perseguir un interés general, público, el que podría ser encontrado a través de la voluntad general, de la percepción general de la sociedad, lo que en muchas ocasiones se confunde con la mayoría social. El orden público, entonces, y sin perjuicio de su componente material, se vinculó también a un aspecto ideal: aquellos valores en los que se funda la sociedad; principios obligatorios para lograr la armónica convivencia; intereses generales sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico.

¿Cuáles son estos principios, valores o intereses fundamentales? Las respuestas también son variadas. La doctrina indica que el Derecho se apoya en dichos valores que son el *sentir* de la sociedad. Se lo relaciona, por tanto, con aspectos económicos, sociales, culturales, éticos y morales. Asimismo, lo más trascendente a mi juicio es cómo y quién los determina.

Cierta doctrina propone que estos valores son derivados del interés general, público, o de la voluntad general. Estas nociones son entonces construidas bajo una confrontación entre aquello que es público y lo que es privado; entre lo individual y lo general; entre lo personal y lo social. Pareciera que cada persona tiene un conjunto de intereses que son, en sí mismos, particulares, y que necesariamente están contrapuestos con lo social. Lo individual y lo general se confrontan, pues lo social, lo general, lo público, es únicamente lo que se comparte, dejando de lado los intereses individuales (*supra* 2.2 y 2.3; y 3.3.3).

El desarrollo de un orden público desde la confrontación presupone que esta noción siempre estará en contradicción con otras: las de lo individual, lo privado o lo personal. En mi opinión, ello es consecuencia de que las definiciones de orden público siempre fueron buscadas por fuera, identificándolo con los intereses de una entelequia: la voluntad general, el interés público, lo social. Sin embargo, a mi juicio, esta confrontación no es real, a la vez que tiene importantes

consecuencias. En concreto, y en lo que a éstas concierne, el vincular la finalidad estatal, su justificación, a una voluntad general, interés público o general, sin determinarlo exactamente y refiriendo expresamente, con ello, a un sentir o querer que se indica de acuerdo al territorio y a la época, implica, en definitiva, que estos intereses van a ser verdaderamente determinados por unos pocos, quienes tienen las riendas del poder del Estado, y aplicados sobre los demás, los muchos, argumentando que son los de todos.

Las consecuencias de lo anterior para los derechos de las minorías resultan evidentes, aspecto que ya fue indicado a lo largo de este trabajo. Propongo, entonces, buscar el concepto de orden público partiendo de otro significado y de otra fuente. Propongo, en concreto, partir de la idea de que lo público no necesariamente debe estar en contradicción con lo privado, de que la dicotomía y diferencia que se presupone entre lo individual y lo social debe ser superada (*supra* 3.3.3.2). En apreciaciones que podrían trasladarse aquí, a los efectos de interpretar la Constitución proponía PECES BARBA, siguiendo a HÄBERLE, partir del criterio de que “*la libertad individual y el vínculo social se encuentran por consiguiente en equilibrio entre ellos*”¹³⁹⁷. El interés privado no siempre está en confrontación al interés general. El orden público, entonces, no se refiere a un interés estatal o social que se aleja de lo personal o lo individual. Por el contrario, y tal fue explicitado, cabe partir de otros parámetros.

En este punto, en la *Sección 3.3.3.1* propuse vincular lo expuesto por DUGUIT sobre la interdependencia social, con la actual concepción del Profesor uruguayo CAJARVILLE, para quien el interés general equivale al interés coincidente que cada uno posee en el desarrollo de lo social. Es un interés objetivo, individual, pero a la vez colectivo, dado que coincide con el de las demás personas que forman parte de la sociedad; pues todas ellas tienen interés en ser parte del todo (*supra* 3.3.3)¹³⁹⁸. También otros autores hacían mención a un concepto convergente y no disociado entre los intereses (*supra* 3.3.3.1).

En este entendido, el orden público no podría identificarse con una mayoría, con un mínimo ético que se reputa como *lo común*, ni con principios

¹³⁹⁷ PECES BARBA (1991:593).

¹³⁹⁸ CAJARVILLE (2013:144-148). Sobre la concepción de DUGUIT véase *supra* Sección 2.2.1. En este punto sostiene RAZ (1992:134) que algunos derechos son justificados por el beneficio que dan a las personas, pero no necesariamente a su titular. El autor entiende (1992:141) que el bien común presupone el bienestar del individuo, y no se opone a éste.

impuestos por cierto grupo, sino que se relaciona con una serie de postulados que encuentran una recepción común, por ser el interés que cada uno detenta en la sociedad. Y entonces ¿cómo saber cuáles son estos postulados comunes?

El orden público no es, como en el pasado, una entelequia a la que se le pueda atribuir cualquier significado. Este concepto debe englobar aquello común, el mínimo que asegure que la consideración no sea la mayoritaria, la de solo algunos; sino que sea la de toda la sociedad. Este mínimo fue el que pretendí hallar en los distintos análisis realizados, especialmente en los Capítulos III y IV, y es un mínimo que necesariamente se vincula, por una parte, con la vigencia de los derechos y, por otra parte, con el sistema democrático. Ello nos remite al principio discursivo que explicita HABERMAS¹³⁹⁹, y que, a mi juicio, da inicio para la determinación del contenido del concepto de orden público en las constituciones.

5.2.- EL ORDEN PÚBLICO EN SU CARACTERIZACIÓN ACTUAL: UN EQUILIBRIO ENTRE DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Al comienzo me propuse ahondar y analizar el contenido del orden público. Tras el desarrollo realizado, y tal así fue observado en cada Capítulo, encuentro en el orden público un término que engloba un mínimo común, por lo que la tesis principal de esta investigación se confirma (*supra apartado introductorio*). Se trata de aquellos valores mínimos sin los cuales el sistema democrático, y su Constitución, dejarían de ser tales¹⁴⁰⁰.

La CE refiere a algunos valores que califica como superiores y que tendrían una triple dimensión, según lo apuntado por PÉREZ LUÑO, ya visto en este examen: fundamentadora, ordenadora y crítica. Ello se traduce como una labor de fundamento de las demás disposiciones, de interpretación y de aplicación (*supra* 3.2.1)¹⁴⁰¹. También PECES BARBA a propósito de la constituyente de 1978 argumentaba que la función de seguridad, como orden

¹³⁹⁹ HABERMAS (1992:188). Al respecto véase *supra* apartado introductorio.

¹⁴⁰⁰ Ello puede vincularse con lo sostenido por PORRAS NADALES (1995: 108) al mencionar que “*el orden constitucional y el sistema de valores ha acabado por consagrarse como un elemento de estabilidad en alguna medida «suprahistórico», en el cual, como ha señalado Habermas, se proyectaría una dimensión social trascendente de lealtad y de legitimación -y, por tanto, de estabilidad constitucional-...*”.

¹⁴⁰¹ PEREZ LUÑO (2017:294).

material, debía necesariamente estar acompañada con otras dos funciones: de legitimación y de justicia, incorporando en esta última los conceptos básicos de una sociedad democrática y, especialmente, los principios de libertad e igualdad (*supra* 3.2.1)¹⁴⁰². En la determinación del orden público, entonces, no es posible olvidar lo dispuesto por los artículos 1.1 y 10.1 CE (*supra* 3.2.1); así como tampoco es posible obviar lo previsto en los artículos 7, 10, 72, 82 y 332 CU (*supra* 3.3.1). Estos son los principios fundamentales que conforman el mínimo, y se traducen como la protección de los derechos fundamentales y como los postulados propios de un sistema democrático¹⁴⁰³.

Tal como ya abordé (*supra apartado introductorio*), no entiendo a la democracia y a los derechos como nociones que necesariamente están en conflicto; si bien la relación de tensión puede ser real, la contraposición es solamente aparente. A mi juicio, entonces, la tensión que efectivamente existe puede resumirse en una relación de equilibrio entre derechos y democracia¹⁴⁰⁴, y es en esa tensión creativa en la que se halla el concepto de orden público, compuesto esencialmente por la protección a los derechos y por los postulados democráticos.

Este componente mínimo fue hilo conductor de esta tesis. Así fue observando en el Capítulo III, referido a las constituciones de España y de Uruguay; pero también y hasta con mayor latencia en el Capítulo IV, en el que fueron abordados los sistemas regionales de protección de derechos humanos.

Las constituciones de España y de Uruguay son similares en varios puntos. Lo son en que ninguna de ellas establece un sistema de Constitución militante, permitiendo la existencia de ideologías que critiquen abiertamente el marco constitucional vigente y propongan modificarlo. Y lo son en que, sin embargo, ambas articulan sistemas que he calificado como de defensa

¹⁴⁰² Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:2029-2032). Congreso, 5 de mayo de 1978. La igualdad es un requisito esencial y así lo apuntan ALEXY (1996:228-229); BÖCKENFÖRDE (2000:82) y HÄBERLE (2002:139).

¹⁴⁰³ En igual sentido para España: DÍAZ REVORIO (2004:82).

¹⁴⁰⁴ Ello puede relacionarse también con la dimensión individual e institucional de los derechos, planteada por HÄBERLE (1962:73). Por su parte, a propósito del fallo TEDH. Rafah Partisi vs. Turquía ya analizado, del 13 de febrero de 2003, el juez Kovler, en su voto coincidente, refiere a un necesario compromiso -difícil de encontrar- entre los intereses de las comunidades y la sociedad en general, vinculando ello al concepto de interés general: “*Admittedly, this pluralism, which impinges mainly on an individual’s private and family life, is limited by the requirements of the general interest. But it is of course more difficult in practice to find a compromise between the interests of the communities concerned and civil society as a whole than to reject the very idea of such a compromise from the outset*”.

democrática, en la medida en que hacen valer un sustrato democrático mínimo, no permitiendo que esas ideologías se manifiesten si no es por medios democráticos. Dentro de estos “medios” se encuentra la prohibición de violencia, por supuesto, pero también la de ir contra ciertos principios o postulados básicos del régimen democrático: el pluralismo, la igualdad, ciertos derechos y, en definitiva, la dignidad¹⁴⁰⁵. Esto es lo que el TCE intenta salvaguardar en la diferenciación poco clara que traza en la STC 48/2003 entre “fines” y “medios” de los partidos políticos; y es lo que, por otra parte, el TEDH mencionó en forma expresa y sin duda alguna en *Refah Partisi* o en *Batasuna* (*supra* 4.2.2). En este punto, el TEDH parte del sistema democrático como el previsto en el CEDH y como el único compatible con este. Por tanto, y si bien bajo el pluralismo se admiten ideologías divergentes, les exige que cumplan con ciertas reglas mínimas democráticas para poder desarrollarse.

Estos mínimos también fueron manifestados en el sistema de la Unión Europea, y son expresión tanto de las tradiciones constitucionales comunes, como de la identidad nacional y los contralímites. En ello, igualmente, también he apuntado algunas críticas a ciertas soluciones dadas, en las que el equilibrio parecería quebrantarse (*supra* 4.2.3 y 4.3)¹⁴⁰⁶.

GARCÍA ROCA y DALLA VÍA, por otra parte, conjugan la jurisprudencia del TEDH y la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte IDH, que ha sido aquí especialmente analizada, entre otros casos, para construir el concepto de “orden público democrático”. Sostienen que este orden público democrático tiene componentes comunes en los dos sistemas, vinculando la democracia con las elecciones libres, la libertad de asociación política en partidos y la libertad de

¹⁴⁰⁵ Sobre este punto sostiene HÄBERLE (1998-B:88) que los derechos del hombre y su fundamento, la dignidad humana, la separación de poderes, así como la democracia “*conforman barreras culturales que no permiten el paso atrás y fundan elementos básicos de cualquier avance constitucional hacia el futuro*”. Lo anterior también puede vincularse con la “esfera de lo no decidible” indicada por FERRAJOLI (2008:55-57 y 80-82) y (2014:54-55) recibida en jurisprudencia de SCJ 365/2009 y en la Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay (2011:239). Sobre esta jurisprudencia: GARAT (2015:165). Sobre el concepto de derechos fundamentales en FERRAJOLI puede verse: BOVERO (2009:218).

DURÁN MARTÍNEZ (2010:281) también refiere a que hay cuestiones indisponibles, como los derechos humanos, para las mayorías e incluso para el poder constituyente. Por su parte SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2011:109) indica que los derechos fundamentales se imponen, incluso, al poder constituyente, aspecto que vincula con el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. En contrario, para BÖCKENFÖRDE (2000:97-98) en democracia no pueden existir cuestiones no susceptibles de decisión, aunque reconoce que puede adoptarse ello como decisión.

¹⁴⁰⁶ Sostiene MC CREA (2010:62 y 79) que en la Unión Europea el orden público aparece como un balance entre intereses religiosos, humanistas y culturales, pero requiere un equilibrio con el pluralismo como valor inmerso también en el orden público.

expresión¹⁴⁰⁷. Por consiguiente, tanto en los sistemas constitucionales de España y de Uruguay, como en la CADH, el CEDH y la CDFUE y, consecuentemente, en la jurisprudencia de la Corte IDH, del TEDH y del TJUE hay un mínimo que coexiste, y que se nutre del equilibrio entre los derechos fundamentales y los principios democráticos. Los elementos que integran este contenido mínimo no están enfrentados ni en oposición; más bien requieren, por el contrario, de aplicación conjunta y equilibrada.

El orden público es, entonces, un concepto compuesto por el ejercicio de derechos que dan contenido a un espacio democrático, participativo y pluralista. Entiendo al *orden* como un espacio en el que se respetan los derechos fundamentales, y relaciono a lo *público* con el pluralismo y la participación en dicho espacio. No debe identificarse con lo estatal, ni con lo social; sino interpretarse inmerso en el sistema democrático del que forma parte.

En la democracia están ínsitos el pluralismo social, el principio participativo y la tolerancia (*supra* 4.2.2)¹⁴⁰⁸. Pluralismo es, para HÄBERLE, “consecución de la mayor medida posible de la libertad pública y privada, con lo que el pluralismo se convierte así en vía y sendero por antonomasia para alcanzar la libertad”¹⁴⁰⁹. Por un lado, los derechos son necesarios para la democracia y ésta, a su vez, para los derechos. Por otro lado, este orden también es presupuesto de ambos, y los contiene¹⁴¹⁰. El equilibrio es necesario, y este equilibrio se corresponde con el principio de unidad de la Constitución¹⁴¹¹.

¹⁴⁰⁷ GARCÍA ROCA y DALLA VÍA (2012:227).

¹⁴⁰⁸ FERNANDEZ SEGADO (1992:116). En igual sentido: RODRÍGUEZ ARANA (2011:70). En ello cabe apuntar lo que menciona RODRÍGUEZ ARANA (2011:20) por cuanto la democracia “es, en palabras de FRIEDRICH, más un estilo de vida que una forma de gobierno”.

Por su parte, este punto es detallado en CASAL (2011: 432-433) citando casos de la Corte IDH en los que se valoriza, como distintivos de una sociedad democrática, al “pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura”. Sobre la tolerancia puede consultarse: HABERMAS (2003: 2-12).

¹⁴⁰⁹ HÄBERLE (2002:116).

¹⁴¹⁰ En este punto sostenía HAURIOU (1927:8) que “la libertad tiene la necesidad del orden, no sólo porque todo desorden es un obstáculo práctico al ejercicio de ella, sino por una razón más elevada (...) es necesario el orden en el Estado para que tenga lugar la libertad y no únicamente la licencia”.

Por otra parte, BIDART CAMPOS (2006:481) refiriendo a Argentina toma en consideración que en el artículo 36 de la Constitución de dicho Estado se relaciona el “sistema democrático” con el “orden institucional”, siendo que el primero es requisito del segundo.

¹⁴¹¹ Tal explica FERRERES COMELLA (1997:40) este principio es, en esencia, el postulado de la interpretación sistemática. Por su parte señalan MARTÍN-RETORTILLO y DE OTTO Y PARDO (1988:123) que este principio no permite una verdadera ponderación, dado que los valores tienen igual fuerza normativa. Si bien no rechaza absolutamente la ponderación, como estos autores, sí considero que existe un paso previo, una operación de adecuación que no es tan subjetiva como la ponderación, sino más objetiva y basada en el texto constitucional y en la propia noción del concepto jurídico indeterminado.

El orden público es, entonces, el equilibrio compuesto por el ejercicio de los derechos, en el marco de un espacio democrático, participativo y pluralista. Es un concepto de mínimos¹⁴¹² y que se aplica caso a caso, aunque, como veremos a continuación, esta conceptualización teórica debe estar inmersa en la práctica. El orden público es, entonces, un orden inmaterial, pero que, para ser invocado, debe tener una manifestación material, esto es, en una expresión externa. Dedicaré el siguiente apartado a mis conclusiones respecto de cómo se aplica el concepto, vertiendo atención a algunas particularidades a considerar en su empleo.

5.3.- UNA PROPUESTA DE REFORMULACIÓN: EL ORDEN PÚBLICO COMO GARANTÍA, MÁS QUE COMO LÍMITE

La pregunta que se hacía HÄBERLE y que fue realizada al finalizar el Capítulo IV (*supra* 4.3), sobre si el espacio que nos ofrecen los textos se corresponde con la realidad, no puede considerarse casual. Hay un contenido del orden público, hay un espacio público con ciertos valores; esto es lo que emana de las disposiciones constitucionales y lo que se corresponde con el desarrollo antes realizado. Sin embargo, es menester preguntarse si ello es lo que nos demuestra la realidad, o si, como apuntaba ALEXY, la relación entre derechos y democracia que se propone en el concepto de orden público no es más que un ideal. No caben dudas de la importancia de que los principios esenciales estén en los textos, pero la reformulación actual del concepto implica su puesta en práctica¹⁴¹³.

Reformular este concepto, entonces, no es solamente darle un significado acorde al constitucionalismo y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos actual. En adición a ello, es necesario, en primer lugar, profundizar en algunos aspectos de las teorías de los límites a los derechos fundamentales, procurando analizar los fines legítimos, como el orden público, concretizarlo y aplicarlo (*Sección 5.3.1*). En segundo lugar, es también necesario entender que,

¹⁴¹² Cabe recordar que la apreciación del orden público como un concepto *de mínimos* fue realizada por RODRÍGUEZ RUIZ (2016:207), según ya fue abordado (*supra* 3.2.2.2 y 3.2.2.3).

¹⁴¹³ En igual sentido, en las Cortes Constituyentes de España, se indicaba que la declaración de derechos no debe ser utópica sino realista. Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978:2201).

más que como un límite, el orden público es invocado en los ordenamientos como una garantía (Sección 5.3.2). En este punto, y a modo de conclusión final, cabe considerar que reformular el concepto es tomar en cuenta que se trata de un concepto único aplicable a todos los supuestos. Por tanto, es necesario tomarlo como un mínimo al que no cabe realizar agregados o recortes parciales, como hemos visto que sucede en cierta jurisprudencia o doctrina analizadas; ni cabe tampoco revestir su aplicación de incertidumbre, más allá de la concretización, en el sentido de estimación, a la que necesariamente está sujeto su contenido en su aplicación a casos concretos, como concepto jurídico indeterminado (Sección 5.3.3).

5.3.1.- REFORMULAR EL ANÁLISIS DEL FIN LEGÍTIMO: OPERACIONES DE INTERPRETACIÓN Y DE ESTIMACIÓN

Como primer aspecto de esta reformulación que propongo, entiendo necesario darle una importancia mayor y principal al análisis fin legítimo perseguido en la limitación de un derecho fundamental. No todos los fines pueden limitar todos los derechos. Es preciso detenerse en este aspecto, sea como un paso previo a la aplicación del principio de proporcionalidad, o como un primer aspecto de este examen, o bien de cualquier otro criterio de análisis del medio utilizado para lograr el fin en cuestión. Es necesario interpretar el fin que se invoca, contrastar si es permisible restringir con base en él el derecho del que se trate y, sobre todo, estimar si dicho fin se presenta en el caso concreto. Tal argumenta PRIETO SANCHÍS: *“si no existe tal fin y la actuación pública es gratuita, o si resulta ilegítimo desde la perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación”*¹⁴¹⁴.

Al igual que el orden público, muchos de los fines legítimos ingresan en la categoría de “conceptos jurídicos indeterminados”. Los “conceptos jurídicos indeterminados” no son una entelequia carente de contenido, o a los que se les pueda asignar la significación que mejor guste, de acuerdo al contexto. La doctrina alemana de la única solución justa, trasladada a España por GARCÍA DE ENTERRÍA -y a través de ello a Uruguay-, tiene a mi criterio cabida, pues el

¹⁴¹⁴ PRIETO SANCHÍS (2009:150).

“interés general”, la “utilidad pública” o el “orden público” no pueden ser llenados con arbitrariedad, ni con discrecionalidad: tienen solo una única solución, aplicable al caso concreto (*supra* 2.1). El orden público se presenta, o no se presenta; y resulta a mi juicio grave entender que siempre se presenta, sin analizar verdaderamente la existencia de este fin, y pasando siempre a ahondar en la proporcionalidad del medio empleado.

El anterior razonamiento, característico de la jurisprudencia del TEDH según fue apuntado, pero también presente en algunos casos del TCE, de la SCJ, e incluso de la Corte IDH, mantiene el análisis del Derecho desde la confrontación entre lo público y lo privado, lo social y lo individual; pero no indaga en si verdaderamente estos presupuestos se presentan: si hay algo “público” opuesto a algo “privado”; o si verdaderamente existe un interés “social” que, sin perder la nota de ser tal, pudiera oponerse a un valor “individual”.

Lo anterior posee implicancias negativas en la protección de los derechos fundamentales, tal como fue así fue destacado por HABERMAS o FERRAJOLI (*supra* 1.3). Los casos de derechos humanos se deciden, en definitiva, por una proporcionalidad entre el derecho y el medio utilizado que defiende cualquier otro interés que siempre se entiende contrapuesto, sin analizar verdaderamente este último, sin atender si hay un interés general, un orden público que pudiera estar en oposición al derecho que se restringe. Ello es, a mi parecer, producto de la concepción dualista y confrontativa antes mencionada, y también de entender al Estado desde el contractualismo y las doctrinas de similar significancia, que le dotaban de un poder cuasi absoluto para decidir la voluntad. Todo acto estatal sería, entonces, un acto que perseguiría el interés público.

Sin embargo, este planteamiento dista del constitucionalismo español y uruguayo actual. No en vano la CE desconfía de lo anterior, poniendo énfasis en algunos límites a la labor administrativa y, en general, estatal, y haciendo hincapié en el respeto de algunos principios básicos, estos últimos con una clara sinonimia en el ordenamiento jurídico uruguayo.

“¿Cómo traducir entonces fidedignamente, esto es, sin caer en la arbitrariedad, decisionismo, despotismo, el contenido de las normas aplicables al caso?”¹⁴¹⁵.

¹⁴¹⁵ CÁRCOVA (2011:158).

Lejos de ser un concepto que no tiene contenido, el orden público se determina mediante una operación de interpretación y, luego, en aplicación al caso concreto, de estimación (*supra* 2.1). Señalaba WROBLESKI que: “*La justificación de la decisión interpretativa exige una identificación de los factores que son relevantes para el significado de una regla. Hay, prima facie, dos conjuntos de tales factores: directivas interpretativas y valoraciones*”¹⁴¹⁶. En igual sentido, pero más recientemente, sostenía ATIENZA que el constitucionalismo contemporáneo ha puesto en primer plano la dimensión argumentativa del Derecho¹⁴¹⁷. Por tanto, la fundamentación de la decisión interpretativa es un aspecto elemental para posibilitar su entendimiento y control.

Las directrices interpretativas de las que hablaba WROBLESKI surgen de la propia Constitución, y es ésta la que delimita el concepto de “orden público”. Luego, esta circunscripción constitucionalmente dada de lo que el orden público es, y de lo que no puede llegar a ser, debe ser estimada en cada caso. La estimación siempre tiene algo de valorativo, pero no implica arbitrariedad ni discrecionalidad. No se trata de que el operador opte por lo que crea más conveniente. Antes bien, primero, debe constatar que el concepto constitucionalmente interpretado es el que se presenta en el caso concreto. Luego, debe estimar si es necesaria la acción para su salvaguarda, de acuerdo al caso concreto; y, en todo caso, cuál es el medio más apto para llevarla a cabo.

La estimación, entonces, es una operación que está limitada por la caracterización constitucional del concepto (interpretación), pues no puede ser estimado aplicable, ni en la acción, ni menos en el medio, aquello que el concepto no es. Pero también es una operación que está limitada por dicha caracterización en su aplicación en concreto. Por más que interpretativamente delimitemos al orden público, la decisión de si se entiende o no afectado debe adoptarse en el caso concreto. Si bien lo anterior podría conllevar cierto juicio o estimación de probabilidad (*supra* 2.1.3), el aplicador no podrá *elegir* el resultado; tendrá que fundamentarlo de acuerdo, por una parte, a la noción dada

¹⁴¹⁶ WROBLESKI (1988:63).

¹⁴¹⁷ ATIENZA (2011:79). Sobre la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, el autor había sostenido (1987:189-190) que el concepto se concretiza por la razonabilidad. Asimismo, precisó que (1987:193): “*Una decisión jurídica es razonable en sentido estricto si y sólo si: 1) se toma en situaciones en que no sería aceptable, o no se podría, adoptar una decisión estrictamente racional; 2) logra un equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que considerar en la decisión; y 3) es aceptable por la comunidad*”.

interpretativamente, y, por otra parte, a la conexión de ésta con los hechos de la realidad.

Recién superada esta fase, cabe dar paso a la estimación del medio, la que tampoco es arbitraria, pues es allí donde tiene cabida el principio de proporcionalidad. La aplicación del orden público está precedida, entonces, por una operación de interpretación abstracta del concepto; por una interpretación y estimación de su aplicación en concreto; y por una estimación del medio a emplear para su salvaguardia. Las tres actividades son de relevancia, y abandonar la primera, o las dos primeras, dándole preponderancia a un análisis de la constitucionalidad de los medios, entendiéndolo como único límite, implica, sin dudas, una carencia en la protección de los derechos que se pretenden tutelar.

5.3.2.- REFORMULAR EL ORDEN PÚBLICO: DOTARLO DE CONTENIDO Y CONSIDERARLO COMO UNA GARANTÍA

He concluido que el orden público es el equilibrio compuesto por el ejercicio de los derechos, en el marco de un espacio democrático, participativo y pluralista (*supra* 5.2). Es un concepto en el que derechos y democracia confluyen y se relacionan en forma recíproca, en equilibrio constante, inestable y dinámico. Las operaciones de interpretación y de estimación, entonces, deben tomar en cuenta este equilibrio: en un sentido material, el orden público protege la libertad de circulación, pero también protege la participación en el espacio público; en un sentido inmaterial, el orden público protege la libertad de cultos, pero también el pluralismo. No sería posible, entonces, limitar por contrario al orden público una manifestación por obstruir una calle, por perturbar a quien va al trabajo, o por hacer que el transporte público tenga que tomar otro camino, en la medida en que la calle es espacio participativo. Ni tampoco sería posible limitar, por contrario al orden público, el uso de símbolos religiosos por profesores en escuelas o espacios públicos, siempre que ello no presente un adoctrinamiento hacia los alumnos.

Los derechos y el pluralismo, los derechos y la democracia, se hallan en un constante equilibrio en el concepto de orden público. Tal apuntaba CRUZ VILLALLÓN el contenido esencial es un concepto que se aplica, no solamente a

cada uno de los derechos individualmente considerados, sino también a todos en su conjunto, como categoría¹⁴¹⁸. Encuentro allí la necesidad de vincular la delimitación con la interpretación contextual, y el contenido de cada derecho en función del de todos. El orden público es, entonces, garantía del cumplimiento de ese mínimo que integra su concepto. No es casual que en las constituciones y convenciones analizadas esté reflejado como un posible límite a los derechos que se consideran más participativos (expresión, reunión, asociación, entre otros). El vínculo con el espacio público es latente, y se intenta salvaguardar el equilibrio.

La interpretación y la estimación a que antes se hizo referencia deben partir de estos parámetros. El fundamento teórico de ello puede ser encontrado en la teoría de la adecuación de GÜNTHER (*supra* 1.1 y 1.2.1), pues el equilibrio se hallará, justamente, en *“el agotamiento óptimo del sentido normativo de ambos principios bajo la consideración de todas las circunstancias”*¹⁴¹⁹. Asimismo, y en esos casos en los que interviene el espacio público, la CADH y el CEDH también exigen que los límites sean *“necesarios en una sociedad democrática”* (*supra* 4.2 y 4.3). Al decir de la doctrina la recurrencia a la democracia como requerimiento adicional no es casual, pues: *“el objetivo del CEDH es precisamente el de promover y proteger los ideales y valores de dicha sociedad, dado que la democracia no solamente constituye una de las características fundamentales del orden público europeo, sino que representa el único modelo político contemplado por el Convenio y único compatible con el mismo”*¹⁴²⁰. Por su parte, en el ámbito interamericano, señaló la Corte IDH que este requerimiento se traduce como el *“equilibrio entre los diferentes intereses en juego, y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención Americana”*¹⁴²¹.

La exigencia de ser *“necesarios en una sociedad democrática”* se entiende normalmente como el fundamento o la fuente del principio de proporcionalidad. Es a partir de este texto que los tribunales evocan y aplican

¹⁴¹⁸ CRUZ VILLALÓN (1991:127) y (2006:245).

¹⁴¹⁹ GÜNTHER (1995: 291).

¹⁴²⁰ DI PRIETO (2013:615).

¹⁴²¹ DI SARNO (2013:581). En referencia a: Corte IDH, OC 5/85 (1985: 67).

dicho principio¹⁴²². No obstante, CASAL propone otra interpretación, que me parece destacable, de acuerdo a lo ya analizado (*supra* 1.1.3 y 4.2.1). Según fue observado se trata de un “test democrático” que se lleva a cabo como aspecto independiente y adicional al principio de proporcionalidad, o bien como un punto del tercer subprincipio de éste (proporcionalidad en sentido estricto)¹⁴²³. En su descripción el autor nota la importancia que el sistema democrático posee para el sistema interamericano -lo que de acuerdo a lo anterior es trasladable al ámbito europeo-, y expone que: *“La finalidad de la ley limitativa debe concordar con los principios democráticos, y la ponderación entre el medio empleado y el fin que se pretende obtener ha de realizarse a la luz del orden de valores propios de una democracia”*, puntualizando finalmente que: *“la entera consonancia de aquéllas con el ‘orden público democrático’ propugnado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos es, pues, imprescindible para aceptar su validez”*¹⁴²⁴.

El autor propone, entonces, interpretar los fines legítimos de acuerdo con los principios democráticos, pues *“los conceptos indeterminados empleados por los instrumentos internacionales al prever tales finalidades, como el de orden público o el de seguridad nacional, pueden dar cabida a limitaciones muy severas y excesivas de derechos humanos, si aquéllos no son interpretados desde el prisma de la sociedad democrática”*¹⁴²⁵. En adición, entiende que este test democrático debe tener por fin analizar no solo la significación abstracta de la finalidad, sino el sentido concreto que se le haya otorgado en el caso¹⁴²⁶. Por tanto, el autor considera que la ponderación -tercer subprincipio de la proporcionalidad- *“debe estar iluminada, entre otros criterios, por las exigencias de la democracia”*¹⁴²⁷.

Entiendo que la consideración de un orden público en los términos en que se viene abordando contiene lo anterior y podría ponerlo en práctica. Pues, si

¹⁴²² RODRÍGUEZ RUIZ (1999-A:237); CASAL (2011:422); UPRIMMY YEPES y SÁNCHEZ DUQUE (2014:536); GARAT (2016:58-59). Así entonces la Corte IDH relaciona este requerimiento con el presentar un “interés público imperativo” y con el principio de proporcionalidad, a este respecto: GARAT (2016:74).

¹⁴²³ Si bien el autor planteó inicialmente las dos posibilidades en CASAL (2002:135-136), luego, en CASAL (2011:435), a mi parecer se inclina por esta última, sin perjuicio de seguir manteniendo las dos opciones.

¹⁴²⁴ CASAL (2002:133-136).

¹⁴²⁵ CASAL (2011:426).

¹⁴²⁶ CASAL (2011:424-425).

¹⁴²⁷ CASAL (2011:435).

bien coincido con la posición sustantiva del autor, lo que él denomina como “principio democrático” o “test democrático” está ínsito en la propia definición del orden público.

La limitación de los derechos, entonces, y sin quitar importancia al principio de proporcionalidad, debe estar precedida por un análisis del fin legítimo. Pero, además, el orden público no es solo límite a los derechos, según es previsto para determinados casos en la CE, la CU, la CADH, el CEDH o los tratados de la Unión Europea. El orden público es, por el contrario, garantía para estos derechos. Este tratamiento se manifiesta, más que a nivel estatal, en los ámbitos supranacionales, regionales de protección de los derechos. En concreto, la Corte IDH, el TEDH y el TJUE explicitan que los derechos forman parte del concepto de orden público. Lo que evocaba CASAL al referirse a un “test democrático” se vincula a lo que aquí desarrollo como contenido de la noción de orden público y, especialmente, con su conceptualización como garantía, y no solo como límite. Pues, en ese análisis del fin legítimo, el mínimo común que vengo mencionando, el equilibrio entre democracia y derechos debe estar inmerso. El fin legítimo, para ser tal y habilitar por tanto la restricción de un derecho fundamental, debe, entonces, cumplir con la garantía de ser “necesario en una sociedad democrática”, esto es, de ser necesario para mantener el equilibrio desarrollado.

Al comienzo, y en algunas etapas de este análisis, cuestionaba si el orden público podría ser un límite implícito a los derechos, como así era abordado en algunos casos (*supra* 1.3.3). Cabe concluir ahora que, más que límite, y de acuerdo al análisis expuesto, el orden público es una garantía, tanto para los derechos en los que se encuentra invocado, como también para los otros. En este entendido, y en la etapa de análisis del fin legítimo de la limitación de un derecho fundamental, a los efectos de su interpretación y estimación, cabrá profundizar en el equilibrio propuesto, y, por tanto, evitar que este equilibrio se corrompa, sea protegiendo un derecho y evitando, con ello, la participación democrática, o sea invocando proteger la democracia, y dejando de lado a los derechos.

En este mismo sentido DENNINGER daba cuenta de que el “orden fundamental y democrático” alemán, integrado esencialmente por el proceso democrático de opinión y voluntad, encerraba el riesgo de que se le atribuyeran

doctrinas o cosmovisiones políticas en su contenido. Frente a ello, proponía que las libertades fueran el núcleo esencial de dicho orden fundamental libre y democrático, argumentando que *“una democracia militante que comience jurídicamente a distinguir entre demócratas de primera, de segunda y tercera ha iniciado con ello la involución hacia un punto de no retorno”*¹⁴²⁸.

Algunas disposiciones constitucionales o convencionales prevén que los derechos pueden ser restringidos con motivo de salvaguardar el orden público. También refieren a otros conceptos jurídicos indeterminados, como el “interés general”, la “utilidad pública”, entre otros. Algunas, sin embargo, también indican que estos límites deben ser los “necesarios en una sociedad democrática”, esto último no solamente aplicado únicamente cuando es invocado, sino para todos los derechos (*supra* 4.3). La reformulación que propongo, entonces, tiene que ver con el contenido del concepto de orden público, pero también con su empleo. El orden público no es únicamente un límite para los derechos. Más allá de eso, es una garantía que asegura el equilibrio entre sus componentes: la protección a los derechos y el sistema democrático.

Es necesario pues prestar especial atención y profundizar en el análisis del fin legítimo que persigue toda limitación de un derecho (*supra* 5.3.1); constatar que el fin especial previsto por la disposición que lo reconoce efectivamente se presenta. Ahora bien, en ese análisis, es también preciso profundizar en si la interpretación de dicho fin, su estimación, la actuación y la medida son compatibles con el orden público. Este orden público obra, entonces, y en última instancia, como una garantía, y no solo como un límite.

5.3.3.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ANTE EL ORDEN PÚBLICO (CONCLUSIONES FINALES)

El orden público es, entonces, un concepto jurídico indeterminado, aunque determinable mediante las operaciones de interpretación y de estimación. Asimismo, este concepto debe ser entendido como una garantía, a ser analizada en el caso de confrontación entre principios, y a los efectos de estudiar si una determinada limitación es acorde con el ordenamiento

¹⁴²⁸ DENNINGER (1996:464, 484 y 485).

constitucional y convencional. Para que el fin perseguido sea legítimo, entonces, y sin perjuicio de cumplir con las exigencias especialmente contempladas en cada caso, debe igualmente respetar el equilibrio propuesto.

También fue concluido que el orden público es un concepto de mínimos, que engloba un mínimo común, el necesario para asegurar que la consideración no sea la mayoritaria, la de solo algunos; sino que sea la de toda la sociedad. Es sobre este punto que quisiera detenerme, a modo de conclusión final y en relación con el título de este trabajo: los derechos fundamentales ante el orden público.

En la historia antigua, pero también en la reciente, se ha tendido a rechazar lo diverso, lo opuesto y lo diferente. Esto estuvo incluido en conceptos como el de “interés general”, “interés público”, y en el de “orden público”, aplicados tanto en Derecho Constitucional, como en otras ramas del Derecho: civil, de familia o internacional privado, entre otros¹⁴²⁹. Si bien otro es el estado actual del pluralismo y la tolerancia, cabe igualmente realizar alguna crítica, que toma base en la doctrina y jurisprudencia analizadas a lo largo de esta tesis. Pues, si bien fue observado que los derechos y la democracia componen el concepto de orden público constitucional y actual, también la jurisprudencia agrega otros aspectos. Lo anterior fue puntualizado en cada uno de los Capítulos, en los que cuestiones éticas o morales fueron añadidas al examen (*supra* 3.3.3.2, 3.4 y 4.3).

Ello se denota también en la relación entre el TCE y el TEDH, en el caso sobre la quema de la fotografía del Rey. Si bien para el TCE (STC 177/2015) la limitación fue acorde a la Constitución, tomando al régimen monárquico dentro de este mínimo; para el TEDH no lo fue, pues el pluralismo permite expresar ideologías incluso contrarias al régimen vigente, siempre que cumplan con las reglas mínimas antes apuntadas (*supra* 3.2.2.3 y 4.2.2).

A su vez, igual crítica es realizable a la doctrina del velo islámico, o a la simbología religiosa en general, pues el concepto de laicidad dado es a veces dudoso, si partimos de que, para corresponderse con la significación del orden público antes dada, también debiera entenderse dentro de lo participativo y del

¹⁴²⁹ A los efectos de ahondar en ello, resulta por demás interesante el análisis de MC CREA (2010:32-33) no solo por el aporte histórico que realiza de los hechos que menciono, sino por la vinculación religiosa y cultural de cada época.

espacio público. Por otra parte, en el ejemplo del terrorismo abordado, el fin de su prevención y represión no puede ser una carta en blanco que justifique cualquier medida, sin límite alguno: *“Hacer de cada musulmán un sospechoso es tan necio como injusto”*¹⁴³⁰.

Esta última apreciación es destacable en los tribunales y en la doctrina, aunque el cuestionamiento igualmente persiste en lo que podría pasar de futuro. Por lo anterior, entonces, la delimitación y determinación de cuál es el mínimo integrante del orden público se hace necesaria y, especialmente, es preciso circunscribirlo a un mínimo aplicable a todos. Tal sostiene GARCÍA ROCA parafraseando a HÄBERMAS, *“se trata de construir la unidad desde la diversidad nacional”*¹⁴³¹.

Del análisis transitado, surge que el “orden público” no es solo empleado en Derecho Constitucional, sino que su fundamento sirve para limitar la autonomía de la voluntad en Derecho Civil, en la materia laboral, o de familia. También el orden público es excepción para la aplicación del derecho internacional o extranjero; y actualmente también se evoca un orden público social y un orden público económico.

Al comienzo me preguntaba si era posible que un mismo orden público fuera empleado en períodos democráticos y totalitarios; al igual que si un mismo orden público podría ser fuente de tan variada aplicación, o si había tantos ordenes públicos como ramas del Derecho le utilizaran. El orden público es un concepto único, a pesar de su variada invocación. Es un término que lejos de divergir en lo interno y lo internacional, lo local y lo estadual, contiene un postulado de mínimos, que es común, y que así corresponde sea aplicado en todo el Derecho. El orden público no es, entonces, el orden público de las mayorías. No se basa en criterios éticos o sociales¹⁴³². No se trata de los

¹⁴³⁰ MARTÍNEZ-TORRÓN (2015:24). En igual sentido: GARCÍA ROCA (2002:313). Sobre este punto es interesante el caso citado por HABERMAS (2012:14) del Tribunal Constitucional Federal Alemán, del año 2006, sobre la ley de seguridad aérea. Esta norma preveía la posibilidad que las fuerzas armadas pudieran derribar a un avión de pasajeros que hubiera sido tomado por terroristas y cuyo destino era ser estrellando. El Tribunal la consideró inconstitucional, puesto que el deber del Estado de proteger la vida de las posibles y potenciales víctimas del ataque era secundario ante el deber de respetar la dignidad humana de los pasajeros. En esta materia y respecto de los ejemplos de Estados Unidos es posible consultar: DWORKIN (2006: 41 y ss. y especialmente 70-72), que se pronuncia en el mismo sentido que vengo abordado.

¹⁴³¹ GARCÍA ROCA (2010:129). En similar punto, expuso FERRAJOLI (2008:51 y 57) que *“constitucionalismo y universalismo de los derechos, en vez de oponerse al multiculturalismo, son su principal garantía”*.

¹⁴³² En igual sentido: DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:444).

principios que dan fundamento al Estado, siendo que cada uno los podría determinar a su arbitrio. Tal como fue abordado, el orden público es un orden público democrático y de derechos, concepto que debe ser determinado en la Constitución¹⁴³³, y así aplicado para el resto del ordenamiento jurídico. Naturalmente, y consecuentemente con lo anterior, se está haciendo referencia a los sistemas democráticos, no siendo el mismo orden público el que se aplica aquí y en Estados totalitarios.

El Hércules de DWORKIN se pregunta desde temprano *“cuál es, exactamente, el esquema de los principios fijados; esto es, debe construir una teoría constitucional”*¹⁴³⁴. Entiendo que esta misma pregunta debe hacerse cada aplicador, tanto en oportunidad de invocar al orden público como excepción en Derecho Internacional, como para fundar en él un límite a la autonomía de la voluntad. Tal sostuvo NASH: *“Un sistema de derechos humanos que tiende hacia la plena convergencia debiera estructurarse sobre la base de un nuevo orden público internacional cuya piedra angular sean las normas de ius cogens, los principios generales del derecho (desarrollados en el ámbito nacional e internacional) y la jurisprudencia protectora de derechos fundamentales”*¹⁴³⁵. La reformulación que se propone, entonces, no implica solo la consideración del contenido del orden público en lo constitucional, sino en todo el Derecho, siendo que desconocer su significación, o aún agregarle otras consideraciones, implicaría, entonces, desconocer la aplicación de la Constitución.

Sobre este punto, cabe recordar las palabras de CASSINELLI MUÑOZ al referirse a la importancia del respeto por el texto constitucional: *“Nada es más peligroso en los sistemas democráticos que crear en el pueblo la ilusión de que se le confieren poderes de decisión en determinadas materias, para volver luego ineficaz ese poder por medios más o menos alambicados. Tal lo que sucedería en el caso de que, luego de plebiscitado un texto constitucional, por la vía de interpretaciones que se apartan de su claro texto, se prendiera que allí `donde se dice «dice», no se dice «dice» ...´. No se contribuirá así ni a que el Cuerpo Electoral sienta la enorme responsabilidad que se ha hecho recaer en él al*

¹⁴³³ En igual sentido: CRUZ VILLALÓN (1980:56-57) y DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002:45 y 52 y ss.).

¹⁴³⁴ DWORKIN (1977:178).

¹⁴³⁵ NASH (2006:227).

*atribuirle el poder constituyente, ni al mayor respeto del pueblo hacia el orden constitucional establecido*¹⁴³⁶.

No adentrar en qué es el orden público, o pasar por alto su análisis, implica, en definitiva, que el concepto pueda ser completado por una apreciación que ignore el necesario equilibrio antes analizado, que desconozca la igualdad, que desprecie el pluralismo y la tolerancia y que, en suma, imponga una forma de vida sin los valores fundamentales que fundaron el Estado español o el uruguayo y que se entienden como los mínimos para una convivencia pacífica, que tenga al respeto por la dignidad humana como baluarte central¹⁴³⁷. Eso significaría, entonces, que habrá una mayoría que dominará a una minoría, y este postulado no se corresponderá ni con el respeto de algunos derechos fundamentales, ni con un sistema realmente democrático.

Tal como vimos a lo largo de este trabajo, el orden público era uno de esos conceptos con amplitud tal para abarcar una gran variedad de contenidos. Se asimilaba así a la idea de orden como tranquilidad o seguridad, pero la falta de contornos conceptuales era evidente, y así se hizo notar en la España franquista o en el Uruguay dictatorial. De hecho, y si la historia del constitucionalismo se caracteriza por la imposición de frenos al poder en aras a garantizar determinados derechos, el concepto de orden público fue uno de esos que dio fuente a una ilimitada actividad estatal, asimilando la voluntad general, el interés público o general, con el estatal. Sin embargo, y conforme a lo concluido, cabe una reformulación actual del término en el constitucionalismo actual, entendiéndolo como un orden público democrático, y ya no solamente como un límite, sino principalmente como una garantía a los derechos fundamentales.

Pero, más importante aún, cabe entenderlo como un concepto que quizás sea algo difícil de concretizar en algunos casos, sí, pero cuyo contenido, entendido como un mínimo, es claro, y sus contornos deben mantenerse firmes

¹⁴³⁶ CASSINELLI MUÑOZ (1969:35-36).

¹⁴³⁷ Sobre la dignidad es posible ver: HABERMAS (2012:13-37). En el sistema de la Unión Europea, y desde el Tratado de Maastricht, la dignidad también pasó a ocupar un lugar central, tal apunta JIMENA QUESADA (2006:229-232). En similar sentido señala ÁLVAREZ OSSORIO (2004:147): *“La dignidad como presupuesto del Estado, como eje central a partir del cual construirlo, requiere que previamente se hayan revelado a quien tiene el poder absoluto para crear el orden político la existencia de unos valores intrínsecos al ser humanos; valores que, por ser previos e innatos, no pueden desconocerse a la hora de fundar la comunidad política”*. Por su parte, para RODRÍGUEZ ARANA (2011:15) en la preeminencia de la libertad, mencionada como valor fundamental en la CE, se está expresando la dignidad del hombre.

e impermeables. Sostuvo HÄBERLE que: *“La Constitución no es un orden jurídico exclusivamente dirigido a juristas a fin de ser interpretado conforme a antiguas y nuevas reglas; esencialmente opera como referencia para quienes no son juristas, para el ciudadano. La Constitución no es sólo un texto jurídico o un código normativo, sino asimismo expresión de un nivel de desarrollo cultural, instrumento de la automanifestación cultural popular, reflejo de su legado histórico y fundamento de sus esperanzas”*¹⁴³⁸. Por tanto, el concepto de orden público que se concluye no debe ser solo el aplicable para los constitucionalistas, siquiera para los juristas; sino para todas las personas.

¹⁴³⁸ HÄBERLE (1991-A:99-100).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

A

Actas de la Asamblea General Constituyente y Legislativa del Estado (1830), Tomo I, Montevideo, Tipografía de la Escuela Nacional de Artes y Oficios.

Actas de la Asamblea General Constituyente y Legislativa del Estado (1830), Tomo II, Montevideo, Tipografía de la Escuela Nacional de Artes y Oficios, 1897.

AGUIAR, Luis (1983). Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de estos por el Tribunal Constitucional Español, *Revista de Derecho Político*, 18-19, 1983, pp. 2-30.

AGUIAR, Luis (2003). Los derechos fundamentales en el proceso de integración europea, *Cuadernos de Derecho Público*, 18, 2003, pp. 173-189.

AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo (2010). Derechos fundamentales-derechos humanos ¿una distinción válida en el siglo XXI?, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 127, 2010, pp. 15-71.

ALAEZ CORRAL, Benito (1995). Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 12 de octubre de 1993, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 45, 1995, pp. 243-277.

ALBANESE, Susana (2008). La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional, en: ALBANESE, Susana (Coord.) (2008). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires, Ediar, pp. 13-45.

ALBI, Anneli y VAN ELSUWEGE, Peter (2004). The EU Constitution, national constitutions and sovereignty: an assessment of a "European constitutional order", *European Law Review*, 29, 2004, pp. 741-765.

ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín (2005). Orden Público y Derecho Internacional: desarrollo normativo y déficit institucional, en: SALINAS DE FRÍAS, Ana y GÓMEZ-URRUTIA, Marina (Coord.) (2005). *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Servicio de publicaciones Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla y Universidad de Málaga, pp. 91-115.

ALDERSON, John (1985). Police and the social order, en: ROACH, John y THOMANECK, Jürgen (Coord.) (1985). *Police and public order in Europe*, London, Croom Helm, pp. 15-32.

ALEXY, Robert (1993). Justification and Application of Norms, *Ratio Juris*, 6, 2, 1993, pp. 157-170).

ALEXY, Robert (1994). Basic Rights and Democracy in Jürgen Habermas's procedural paradigm of the law, *Ratio Juris*, 7, 2, 1994, pp. 227-238.

ALEXY, Robert (1996). Discourse Theory and Human Rights, *Ratio Juris*, 9, 3, 1996, pp. 209-235.

ALEXY, Robert (2000). On the Structure of Legal Principles, *Ratio Juris*, 3, 2000, pp. 294-304.

ALEXY, Robert (2003). On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, *Ratio Juris*, 4, 2003, pp. 433-449.

ALEXY, Robert (2007). *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Traducción al español realizada por Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2^{da} Reimpresión, 2012.

ALEXY, Robert (2008). La fórmula del peso, en: CARBONELL, Miguel (2008) (Coord.); *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, pp. 13-42.

ALEXY, Robert (2009-A). Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, en: CARBONELL, Miguel (Ed.) (2009), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, pp. 31-47.

ALEXY, Robert (2009-B). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 11, 2009, pp. 3-14.

ALEXY, Robert (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, 2011, pp. 11-29.

ALEXY, Robert (2016). *La doble naturaleza del derecho*, Madrid, Trotta.

ALEXY, Robert (2017). ¿Cómo proteger los derechos humanos? Proporcionalidad y racionalidad, en: ALEXY, Robert, ALONSO, Juan Pablo y RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (2017) (Coord.). *Argumentación, derechos humanos y justicia*, Buenos Aires, Astrea, pp. 25-48.

ALFONSIN, Quintín (1940). *El orden público*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo.

ALFONSIN, Quintín (1955). *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, Facultad de Derecho.

ALONSO GARCÍA, Enrique (1984). *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC.

ALONSO GARCÍA, Ricardo (1989). *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Madrid, Civitas.

ALVAREZ COZZI, Carlos (2011). El orden público internacional y las uniones concubinarias. ¿Es posible la validez concomitante en Uruguay de más de un vínculo concubinario constituido en el extranjero?, *La Ley Online*, cita: UY/DOC/16/2011.

ÁLVAREZ GALVEZ, Iñigo (2009). *Utilitarismo y Derechos Humanos: la propuesta de John Stuart Mill*. Madrid-México, Plaza y Valdés Editores.

ÁLVAREZ ORTEGA, Miguel (2003). Orden público; unidad axiológica, espacio europeo, *Anuario de Derecho Europeo*, 3, 2003, pp. 15-45.

ÁLVAREZ-OSSORIO, Fernando (1999). Perfecciones e imperfecciones en el Protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (1-XI-1998), *Revista Española de Derecho Constitucional*, 26, 1999, pp. 135-162.

ÁLVAREZ OSSORIO, Fernando (2004). Constituciones, Constitución y Convenio: derechos, derechos y derechos, en: GÓMEZ CORONA, Esperanza, GUTIÉRREZ VEGA, Pablo y LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario (2004) (Coord.). *Una Constitución para la Ciudadanía de Europa. Estudios sobre el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, España, Aranzadi, pp. 155-177.

ÁLVAREZ OSSORIO, Fernando (2006). Los derechos fundamentales, en: CRUZ VILLALÓN, Pedro (2006) (Coord.). *Hacia la europeización de la Constitución Española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, España, Fundación BBVA, pp. 75-108.

ÁLVAREZ OSSORIO, Fernando (2008). El sistema multinivel de protección de Derechos Fundamentales. Un análisis desde la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en: CARMONA CONTRERAS, Ana M. (2008) (Ed.). *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, España, Aranzadi, pp. 113-124.

AMORÍS AZPILICUETA, José (1984). *La libertad religiosa en la constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 1984.

ÁNGEL DEL ARCO, Miguel (1985). *Diccionario Básico Jurídico*, Granada, Comares, 2004.

ANTOLIN, Víktor (1956). *La doctrina marxista del interés general*. Madrid, Euroamerica.

ARAGÓN-REYES, Manuel (2008). Artículo 1, en: CASAS BEAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (2008). *Comentarios a la Constitución Española*, España, Fundación Wolters Kluwer, pp. 25-53.

ARAYA, Perfecto (1908). *Comentario a la Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires, La Facultad.

ARBUET VIGNALI, Heber (1988). Naturaleza jurídica y Eficacia de las Resoluciones de la Asamblea de la O.N.U., en: GELSI BIDART, Adolfo et al. (1988). *Cursillo sobre los Derechos Fundamentales y sus Garantías*, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1990, pp. 34-40.

ARIAS GAYOSO, Grethel (2010). A vueltas con la discrecionalidad administrativa, *Revista de Derecho* 5, 2010, pp. 11-26.

ARNOLD, Rainer (2002). Los derechos fundamentales comunitarios y los derechos en las constituciones nacionales, en: MATIA PORTILLA, Francisco Javier (2002) (Coord.). *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, pp. 51-59.

ARTECONA, Daniel (2011). Discrecionalidad y desviación de poder. Necesidad y conveniencia de la consagración legal de potestades discrecionales a favor de la Administración, *Revista de la Facultad de Derecho*, 30, 2011, pp. 46-54.

ATIENZA, Manuel (1983). *Marx y los derechos humanos*. España, Mezquita.

ATIENZA, Manuel (1987). Para una razonable definición de «razonable», *Doxa*, 4, 1987, pp. 189-200.

ATIENZA, Manuel (1995). Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica, *REDA*, 85, 1995, pp. 5-26.

ATIENZA, Manuel (2010). A vueltas con la ponderación, *Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas, La Razón del Derecho*, 1, 2010, pp. 1-15.

ATIENZA, Manuel (2011). Argumentación y Constitución, en: ALARCÓN CABRERA, Carlos y VIGO, Rodolfo (Coord.) (2011). *Interpretación y Argumentación Jurídica*, Argentina, Marcial Pons, pp. 79-114.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1991). Sobre principios y reglas, *Doxa*, 10, 1991, pp. 101-119.

AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel (2008). El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución Nacional: su relación con el Tribunal de Justicia, en: CARMONA CONTRERAS, Ana M. (2008) (Ed.). *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, España, Aranzadi, pp. 185-203.

B

BAKMAS, Iván (2001). Sociedades anónimas y orden público. La normativa constitucional. Las sociedades cerradas, *La Ley Online*, cita: AR/DOC/17410/2001.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.) (2014). *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen II, España, Tecnos, 9ª Ed.

BALLBÉ, Manuel (1983). *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, Alianza Editorial.

BARAK, Aharon (2012). *Proportionality. Constitutional Rights and their limitations*, Nueva York, Cambridge University Press

BARBAGELATA, Aníbal Luis (1986). *Derechos Fundamentales*. Montevideo, FCU.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo (1998). Una sentencia que debe verse. Justicia del trabajo y derechos humanos, *Revista de Derecho Laboral*, 191, pp. 843-887.

BARBÉ PÉREZ, Héctor (1967). Adecuación de la administración conformadora del orden económico y social a las exigencias del Estado de Derecho, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 65, pp. 1-13.

BARNÉS, Javier (1998). El principio de proporcionalidad. Estudio Preliminar, *Cuadernos de Derecho Público*, 5, pp. 15-49.

BARRERO ORTEGA, Abraham (2006). *La libertad religiosa en España*. Madrid, CEPC.

BASSOLS COMA, Martín (1988). *Constitución y Sistema Económico*, Madrid, Tecnos.

BEADE, Gustavo A (2017). Consideraciones teórico-prácticas desde la formulación del principio de proporcionalidad en Robert Alexy, en: ALEXY, Robert, ALONSO, Juan Pablo y RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (2017) (Coord.). *Argumentación, derechos humanos y justicia*, Buenos Aires, Astrea, pp. 210-230.

BELOHLAVEK, Alexander J (2012). Public Policy and Public Interest in International Law and EU Law, *Czech Yearbook of International Law*, 3, 2012, pp. 117-145.

BENTHAM, Jeremy (1789). *An introduction to the principles of morals and legislation*, Londres, M,DCC,LXXXIX.

BERNAL PULIDO, Carlos (2006). La racionalidad de la ponderación, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 77, 2006, pp. 51-75.

BERNAL PULIDO, Carlos (2007-A). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC.

BERNAL PULIDO, Carlos (2007-B). Estudio Introductorio, en: ALEXY, Robert (2007) *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción al español realizada por Carlos Bernal Pulido, Madrid, CEPC, 2^{da} Reimpresión, 2012, pp. XXV-LXXX.

BIANCO, Giovanni (2008). *Constituzione Economica e Ordine Pubblico Economico*, Italia, UTET.

BIDART CAMPOS, Germán (2004). *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar.

BIDART CAMPOS, Germán (2006). *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, Argentina, Ediar.

BIDART CAMPOS, Germán J y HERRENDORF, Daniel E (1991). *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, Argentina, Ediar.

BIGLINO CAMPOS, Paloma (2008). La primacía del derecho comunitario: una mirada contrapuesta, en: CARMONA CONTRERAS, Ana M. (2008) (Ed.). *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, España, Aranzadi, pp. 35-52.

BILBAO UBILLOS, Juan María (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC.

BILBAO UBILLOS, Juan María (2005). Las libertades de reunión y asociación: algunas vacilaciones en una trayectoria de firme protección (art. 11 CEDH), en: GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (Coord.) (2005), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 565-619.

BILCHITZ, David (2014). Necessity and Proportionality: Towards A Balanced Approach?, en: LAZARUS, Liora, Mc CRUDDEN, Christopher y BOWLES, Nigel (2014) (Ed.). *Reasoning Rights. Comparative Judicial Engagement*, Oxford, Hart Publishing, pp. 41-62.

BLENGIO, Juan (2001). Las cláusulas abusivas desde la perspectiva de la aplicación coordinada de los principios de libertad e igualdad a la contratación, en: LÓPEZ FERNÁNDEZ, Carlos, CAUMONT, Arturo y CAFFERA, Gerardo (2001). *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Jorge Gamarra*, Montevideo, FCU, pp. 55-82.

BLOM, Joost (2003). Public Policy in Private International Law and its evolution in time, *Netherlands International Law Review*, L, 2003, pp. 373-399.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*, Alemania, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta.

BON, Pierre (2014). La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 100, 2014, pp. 167-188.

BORDA, Guillermo A (2008). Concepto de ley de orden público, *La Ley Online*, cita: UY/DOC/21/2008.

BOROWSKI, Martín (2000). La restricción de los derechos fundamentales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 59, 2000, pp. 29-56.

BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría (1984). *Calificación, Reenvío y Orden Público en el Derecho Interregional Español*, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona.

BOT, Yves (2017). Conclusiones del Abogado General en el Asunto C-42/17, 18 de julio de 2017, disponibles en: <http://curia.europa.eu> (última consulta: 8/6/2019).

BOVERO, Michelangelo (2009). Derechos fundamentales y democracia en Ferrajoli, en: FERRAJOLI, Luigi (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Trotta, pp. 215-242.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín (2009). Ensayo de una teoría general sustantiva de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en: GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A (2009) (Coord.). *Integración europea a través de los derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 113-145.

BREWER-CARÍAS, Allan (2005). La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa, en: CISNEROS FARÍAS, Germán (Coord.), et. al. (2006). *Control de la administración pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, UNAM, pp. 97-115.

BREWER-CARÍAS, Allan (2008). Sobre los límites al ejercicio del poder discrecional, en: DELPIAZZO, Carlos (2008) (Coord.). *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito*, Montevideo, FCU, pp. 609-629.

BRITO, Mariano (2004–A). *Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva*, Montevideo, Universidad de Montevideo.

BRITO, Mariano (2004–B). Acto administrativo discrecional, en: DELPIAZZO, Carlos y RUOCCO, Graciela (2013). *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Actos y Contratos de la Administración*, Tomo II, Montevideo, La Ley Uruguay, pp. 565-576.

BRITO, Mariano (2009). Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo, *La Justicia Uruguaya*, 90, 2009, y *La Ley Online*, cita: UY/DOC/743/2009.

BUSTOS GISBERT, Rafael (2005). Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática, en: GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (Coord.) (2005), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 529-563.

BUSTOS GISBERT, Rafael (2009). Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos, en: GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A (2009) (Coord.). *Integración europea a través de los derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 147-168.

BUSTOS GISBERT, Rafael (2012). Elementos constitucionales en la red global, *Estudios de Deusto*, 60/2, 2012, pp. 21-44.

C

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (1979). *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Heliasta.

CAGNONI, Aníbal (1990). Evolución de los Derechos Individuales a los Derechos Económicos-Sociales, en: GELSI BIDART, Adolfo et al. (1988).

Cursillo sobre los Derechos Fundamentales y sus Garantías, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1990, pp. 79-84.

CAGNONI, José Aníbal (1994). Límites a la discrecionalidad. Los conceptos jurídicos indeterminados, en: RISSO FERRAND, Martín, et. al (1995). *Segundo Coloquio. Contencioso de Derecho Público Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Montevideo, Editorial Universidad, pp. 73-97.

CAJARVILLE, Juan Pablo (1998). Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya, *Revista Administración Pública*, 145, 1998, pp. 475-499.

CAJARVILLE, Juan Pablo (2005). Poder público y participación ciudadana en el derecho uruguayo, *Revista de Derecho Público*, 28, 2005, pp. 17-37.

CAJARVILLE, Juan Pablo (2012). *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo II, Montevideo, FCU.

CAJARVILLE, Juan Pablo (2013). Conceptos constitucionales definitorios de la legitimación del actor. Relaciones entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés general, *Revista de Derecho Público*, 43, 2013, pp. 139-156.

CAL LAGGIARD, Maximiliano (2018). *Efectos de las sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, Uruguay, La Ley.

CALDERÓN QUINDÓS, Fernando (2005). La mujer en la obra de Jean Jacques Rousseau, *Revista de Filosofía*, UCM, 30, 2005, pp. 165-177.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2017). *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Granada, Comares.

CALVO, Joaquín (1983). *Orden público y factor religioso en la Constitución Española*. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra.

CANOSA USERA, Raúl (2009). La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en: GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A (2009) (Coord.). *Integración europea a través de los derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 79-112.

CANOSA USERA, Raúl (2015). *El control de convencionalidad*, Madrid, Civitas.

CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago (2005). *Libertad Religiosa, simbología y laicidad del Estado*. España, Aranzadi.

CARBONELL, Miguel (2009). Nuevos tiempos para el constitucionalismo, en: CARBONELL, Miguel (Coord.) (2009). *Neoconstitucionalismo(s)*, España, Trotta, Segunda Edición, pp. 9-12.

CÁRCOVA, Carlos María (2011). ¿Hay una traducción correcta de las normas?, en: ALARCÓN CABRERA, Carlos y VIGO, Rodolfo (Coord.) (2011). *Interpretación y Argumentación Jurídica*, Argentina, Marcial Pons, pp. 155-163.

CARMONA CONTRERAS, Ana (2016). El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las Constituciones Nacionales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, 2016, pp. 13-40.

CARRASCO DURÁN, Manuel (2010). Medidas antiterroristas y Constitución, tras el 11 de septiembre de 2001, en: PÉREZ ROYO, Javier (2010). *Terrorismo, democracia y seguridad en perspectiva constitucional*, España, Marcial Pons, pp. 13-56.

CARRASCO PERERA, Ángel (1984). El «juicio de razonabilidad» en la justicia constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11, 1984, pp. 39-106.

CARRASCO PERERA, Ángel (Dir.) (2017). *Lecciones de Derecho Civil*, España, Tecnos.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (1969). *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (1976). *Derecho Internacional Privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, Tecnos.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (1991). *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos.

CARRILLO, Marc (1995). La tutela jurisdiccional del derecho de reunión, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 7, 1995, pp. 49-73.

CARRIÓ, Genaro (1990). *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Alberedo-Perrot.

CARRO, José Luis (1977). Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público, *REDA*, 12, 1977, pp. 605-627.

CASAL, Jesús María (2002). Condiciones para la limitación o restricción de Derechos Fundamentales, *Revista de Derecho*, Montevideo, Amalio Fernández, 3, 2002, pp. 107-136.

CASAL, Jesús María (2011). La cláusula de la sociedad democrática y la restricción de derechos humanos en el sistema interamericano, en: REY, Fernando (2011) (Dir.) *Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes*, Madrid, Universidad Complutense, pp. 417-437.

CASSAGNE, Juan Carlos (2008). La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial, en: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial,.pdf (última consulta: 8/6/2019).

CASSAGNE, Juan Carlos (2009). La discrecionalidad administrativa, *Revista Foro Jurídico PUCP*, 9, pp. 82-91.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio (1988). Naturaleza jurídica del Banco de Previsión Social y régimen presupuestal que le es aplicable, *Revista Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 68, 1969, pp. 34-40.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio (1988). Los límites de los derechos humanos en la Constitución nacional, en: GELSI BIDART, Adolfo et al. (1988). *Cursillo sobre los Derechos Fundamentales y sus Garantías*, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1990, pp. 186-197.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio (1999). *Derecho Público*, Montevideo, FCU.

CASTAGNOLA, José Luis y MIERES, Pablo (2002). La ideología política de la Dictadura, en: APPRATTO, Carmen, ARTAGAVEYTIA, Lucila, ASTORI, Danilo, et. al (2004). *El Uruguay de la Dictadura (1973-1985)*, Montevideo, Banda Oriental, pp. 113-144.

CASTRO, Alicia (1994). Comentarios en: RISSO FERRAND, Martín, et. al (1995). *Segundo Coloquio. Contencioso de Derecho Público Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Montevideo, Editorial Universidad, pp. 96-97.

CASTRO, Alicia (2007), Comentarios, *Anuario Área Socio Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República*, 3, 2007, pp. 101-106.

CATOIRA, Ana Aba (1998). El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2, 1998, pp. 13-31.

CATOIRA, Ana Aba (1999). *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, Valencia, Tirant.

CATOIRA, Ana Aba (2011). El estado de alarma en España, *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2011, pp. 305-334.

CATOIRA, Ana Aba (2015). Protección de las libertades de expresión y sanción del discurso del odio en las democracias occidentales, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 19, 2015, pp. 199-222.

CERVATI, Ángel Antonio (1991). El legislador de los derechos fundamentales, en: LÓPEZ PINA, Antonio (Dir.) (1991). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, España, Civitas, pp. 51-75.

CHUECA SANCHO, Ángel (2002). La evolución de los derechos fundamentales en los tratados comunitarios, en: MATIA PORTILLA, Francisco Javier (2002) (Coord.). *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, pp. 21-49.

CLÉRICO, Laura (2008). El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto, en: CARBONELL, Miguel (2008) (Coord.); *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008, pp. 125-173.

COCIÑA Y ABELLA, Manuel (1993). El orden público como límite del derecho a la libertad religiosa en la doctrina del concilio ecuménico vaticano II, *Cuadernos Doctorales*, Universidad de Navarra, 10, 1993, pp. 312-366.

COHEN-ELIYA, Moshe y PORAT, Iddo (2010). American balancing and German proportionality: The historical origins, *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2010, pp. 263-286.

COLOMER, Josep (1987). Teoría de la democracia en el utilitarismo, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 57, 1987, pp. 7-30.

Concilio Vaticano II (1965). *Declaración Dignitatis Humanae sobre la libertad religiosa*, Pablo VI, 7 de diciembre de 1965, disponible en: http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decl_19651207_dignitatis-humanae_sp.html (última consulta: 8/6/2019).

Consejo de Estado Francés (1999). Réflexions sur l'intérêt général, *Rapport Public*, 30 de noviembre de 1999, disponible en: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/reflexions-sur-l-interet-general-rapport-public-1999> (última consulta: 8/6/2019).

Constitución de la República anotada con la indicación de los debates de la Comisión de Constitución de la Convención Nacional Constituyente (1934). Montevideo, Imprenta Nacional, 1935.

Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1978), España, Cortes Generales.

COOPEL, Jason y O'NEILL, Aidan (1992). The European Court of Justice: taking rights seriously?, *Common Market Law Review*, 29, 1992, pp. 669-692.

COSTA, Leonardo y GARAT, María Paula (2012). Las excepciones a la aplicación de los convenios sobre intercambio de información tributaria: el orden público, *Revista Consultor Tributario*, 3, 2012, pp. 3-20.

COUTURE, Eduardo J (1960). *Vocabulario Jurídico*, Montevideo, IBF, 2004.

CRUZ VILLALÓN, Pedro (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos.

CRUZ VILLALÓN, Pedro (1989). Formación y evolución de los derechos fundamentales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25, 1989, pp. 35-62.

CRUZ VILLALÓN, Pedro (1991). El legislador de los derechos fundamentales, en: LÓPEZ PINA, Antonio (Dir.) (1991). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, España, Civitas, pp. 126-157.

CRUZ VILLALÓN, Pedro (1993). Derechos Fundamentales y legislación, en: GÓMEZ ÁLVAREZ, Ubaldo (1993). *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio De Otto*, España, Universidad de Oviedo, pp. 411-423.

CRUZ VILLALÓN, Pedro (2004). *La Constitución Inédita*, Madrid, Trotta.

CRUZ VILLALÓN, Pedro (2006-A). *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid.

CRUZ VILLALÓN, Pedro (2006-B). Europeización de la Constitución española: una introducción al problema, en: CRUZ VILLALÓN, Pedro (2006) (Coord.). *Hacia la europeización de la Constitución Española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, España, Fundación BBVA, pp. 23-49.

CRUZ VILLALÓN, Pedro (2006-C). La cláusula general europea, en: CRUZ VILLALÓN, Pedro (2006) (Coord.). *Hacia la europeización de la Constitución Española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, España, Fundación BBVA, pp. 51-74.

CRUZ VILLALÓN, Pedro (2013). La identidad constitucional de los Estados Miembros: dos relatos europeos, *AFUDAM*, 17, 2013, pp. 501-514.

CRUZ VILLALÓN, Pedro (2015). Conclusiones del Abogado General para el caso C-62/13 (Gauweiler), 14 de enero de 2015.

D

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge (2009). Las particularidades de la enseñanza del Derecho Administrativo, en: MACHADO ARIAS, Juan Pedro (Coord.) (2009). *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, México, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 89-121.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos (2002). *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Madrid, CEPC.

DE CORES, Carlos Andrés y CAL, Juan Manuel (2007). El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 11, 2007, pp.- 131-140.

DE DOMINGO, Tomás (2001). *¿Conflictos entre Derechos Fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*, Madrid, CEPC.

DE LA FUENTE, Horacio (2003). *Orden Público*, Buenos Aires, Astrea.

DE OTTO, Ignacio (1985). *Defensa de la Constitución y Partidos Políticos*, Madrid, CEC.

DE OTTO, Ignacio (1988). La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución, en: MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO, Ignacio (1988). *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, pp. 95-170.

DEL PICÓ RUBIO, Jorge (2013). Libertad religiosa y orden público. La colisión entre la noción imperante de orden público y los fines religiosos en el caso de la

objeción de la inscripción en el Registro de entidades religiosas a la Iglesia de la Unificación, *Revista Estudios Constitucionales*, 11, 2013, pp. 451-494.

DELGADO, Julián; IGLESIAS, Salvador y ALCUBILLA, Enrique (2011). *La noción de orden público en el constitucionalismo español*. España, Dykinson.

DELIO, Luis (2007). La noción de 'orden público' en fuentes del siglo XIX frecuentadas en las aulas de la Facultad de Derecho, *Anuario Área Socio Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo*, FCU, 2007, pp. 111-122.

DELPIAZZO, Carlos (2006). *Derecho Administrativo Especial*, Volumen 1. Montevideo, AMF.

DELPIAZZO, Carlos (2007). *Derecho Administrativo Especial*, Volumen 2. Montevideo, AMF.

DELPIAZZO, Carlos (2012). Bien común, sociedad y Estado, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 21, 2012, pp. 83-87.

DELPIAZZO, Carlos y RUOCCO, Graciela (2013). *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Actos y Contratos de la Administración*, Tomo I, Montevideo, La Ley Uruguay.

DENNINGER, Erardo (1996). Democracia *militante* y defensa de la Constitución, en: BENDA, Ernst, MAIHOFER, Werner, VOGEL, Hans-Jochen, HESSE, Konrad (1996). *Manual de Derecho Constitucional*, España, Marcial Pons, Segunda Edición, 2001.

DÍAZ CREGO, María (2009). El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referida a los derechos fundamentales, en: GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A (2009) (Coord.). *Integración europea a través de los derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 55-77.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2004). *La «Constitución abierta» y su interpretación*, Lima, Palestra Editores.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2016). Interpretación de la Constitución y juez constitucional, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 37, 2016, pp. 9-31.

DIEZ-HOCHLEITNER, Javier (2013). El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?, *Working Paper on European Law and Regional Integration*, 17, 2013, pp. 1-38.

DI PIETRO, Alfredo (1996). *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Depalma.

DI PRIETO, Diana (2013). Artículo 11. Libertad de reunión y de asociación, en: SALVIOLI, Fabián y ZANGHI, Claudio (Coord.) (2013). *Jurisprudencia regional*

comparada de derechos humanos. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 602-640.

DI PRIETO, Diana y SURASKI, Javier (2013). Observaciones sobre la jurisprudencia comparada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de libertad de reunión y asociación, en: SALVIOLI, Fabián y ZANGHI, Claudio (Coord.) (2013). *Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 659-662.

DI SARNO, Federico (2013). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 13. Libertad de Pensamiento y Expresión, en: SALVIOLI, Fabián y ZANGHI, Claudio (Coord.) (2013). *Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 573-593.

Diario de sesiones de la Cámara de Senadores (1985). Primer período ordinario de la XLII Legislatura, N° 8, Tomo 287, 7 y 8 de marzo de 1985.

Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente (1934), Tomo I, Montevideo, Imprenta Nacional, 1935.

DIÉGUEZ, Gonzalo (1976). *Orden público y conflictos colectivos*, Pamplona, EUNSA.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Dir.) (2010). *Comentarios al Código Civil*, España, Lex Nova.

DOMÍNGUEZ, Miguel, FERNÁNDEZ, Dionisio, et al. (1997); *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Madrid, Marcial Pons.

DORAL, José Antonio (1967). *La noción de orden público en el Derecho civil español*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra.

DREYZINKLOR, Adriana (2012). Derechos humanos, derecho internacional privado y activismo judicial, *Agenda Internacional*, 30, 2012, pp. 119-138.

DROMI, Roberto (1998). *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina.

DUGUIT, León (1926). *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Francisco Beltrán.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (2004). *Estudios de Derecho Público*, Montevideo, Mastergraf.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (2007). El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 12, 2007, pp. 129-134.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (2010). Derechos prestacionales e interés público, *Revista La Ley Uruguay*, 2, 2010, pp. 279-285.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (2012-A). Control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, *Estudios de Derecho Administrativo*, 5, 2012, pp. 52-71.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (2012-B). *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*, Montevideo, La Ley.

DWORKIN, Ronald (1977). *Los derechos en serio*, traducción al español de Marta Guastavino, España, Planeta, 2012.

DWORKIN, Ronald (1980). Why Efficiency? – A response to Professors Calabresi and Posner, *Hofstra Law Review*, 8, 1980, pp. 563-590.

DWORKIN, Ronald (1985). *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.

DWORKIN, Ronald (2006). *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, España, Paidós, 2008.

E

ECHEVARRÍA PETIT, José Luis (2000). Calificación como de orden público del artículo 362 de la ley 16.060 y mayorías alternativas para los supuestos en él previstos, *Revista Tribuna del Abogado*, 116, 2000, pp. 20-23.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco José; BUSTOS GISBERT, Rafael y TORRES MURRO, Ignacio (2012). Capítulo IV. Las libertades de pensamiento, información y expresión, y los derechos de reunión y asociación: pautas para un diálogo, en: GARCÍA ROCA, Javier, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo, SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CANOSA USERA, Raúl (2012). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, pp. 185-219.

EMBED IRUJO, Antonio (1983). El derecho de reunión y su protección. Referencia especial a la protección judicial, *Revista de Administración Pública*, 100-102, 1983, pp. 575-609.

ESCOLA, Héctor (1989). *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires.

ESPINOSA DÍAZ, Ana (2016). *La enseñanza religiosa en centros docentes. Una perspectiva constitucional*, Madrid, CEPC.

ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo (1992). *Lecciones de Derecho Constitucional 1º, t. II, Teoría del Estado*, Montevideo, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político.

ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo (2002). Control de regularidad constitucional de las leyes que limitan o restringen Derechos Humanos en el Derecho Uruguayo, *Revista de Derecho*, Montevideo, Amalio Fernández, 3, 2002, pp. 49-57.

ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo (2012). El control de convencionalidad. Situación en Uruguay, *Revista de Derecho Público*, 42, 2012, pp. 45-66.

F

FARRELL, Martín Diego (1997). *Utilitarismo, Liberalismo y Democracia*, México, Fontamara.

FASSBENDER, Bardo (1998). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 1998, pp. 51-73.

FAVOREU, Luis (1991). El legislador de los derechos fundamentales, en: LÓPEZ PINA, Antonio (Dir.) (1991). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, España, Civitas, pp. 43-47.

FERMANDOIS, Arturo (2001). *Derecho Constitucional Económico*, Tomo I, Chile, Universidad Católica de Chile, 2011.

FERMANDOIS, Arturo (2014). *Derecho Constitucional Económico*, Tomo II, Chile, Universidad Católica de Chile.

FERNÁNDEZ DE CASAVANTE, Carlos (2005). El derecho de la democracia a defenderse: la ilegalización de partidos políticos, en: SALINAS DE FRÍAS, Ana y GÓMEZ-URRUTIA, Marina (Coord.) (2005). *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Servicio de publicaciones Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla y Universidad de Málaga, pp. 551-567.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel (Coord.) (2006). *Diccionario Jurídico*, España, Aranzadi.

FERNÁNDEZ NIETO, Josefa (2008). *La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (2003). Apuntes para una teoría jurídica de la seguridad, *Anuario de Derecho Administrativo*, 10, 2003, pp. 37-53.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio (2005). La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio (Art. 15 CEDH), en: GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (Coord.) (2005), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 697-716.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1977). *El estado de excepción en el derecho constitucional español*, España, Editorial Revista de Derecho Privado.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1985). La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 35, 1983, pp. 123-182.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1992). *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1993). La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 39, 1993, pp. 195-247.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (2003). Estudio Preliminar, en: HÄBERLE, Pedro (1962). *Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003.

FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio (1993). La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española, en: PÉREZ GONZÁLEZ et. al. (1993). *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, España, Tecnos, pp. 352-359.

FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio (2005). El ius cogens y las obligaciones derivadas de normas imperativas: entre el mito y la realidad, en: SALINAS DE FRÍAS, Ana y GÓMEZ-URRUTIA, Marina (Coord.) (2005). *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Servicio de publicaciones Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla y Universidad de Málaga, pp. 619-638.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1970). *La doctrina de los vicios de orden público*, España, Instituto de Estudios de Administración Local.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2006). *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional*, Lima, Palestra.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2008). *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Civitas.

FERRAJOLI, Luigi (2001). Pasado y futuro del Estado de Derecho, en: CARBONELL, Miguel (Ed.) (2009), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, pp. 13-29.

FERRAJOLI, Luigi (2008). *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi (2009). Derechos Fundamentales, en: FERRAJOLI, Luigi (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Trotta, pp. 19-56.

FERRAJOLI, Luigi (2010). Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista, en: FERRAJOLI, Luigi (2012). *Un debate sobre el constitucionalismo*, España, Marcial Pons, pp. 11-50.

FERRAJOLI, Luigi (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia*. Volumen 1, Madrid, Trotta.

FERRAJOLI, Luigi (2014). *La democracia a través de los derechos*, Madrid, Trotta.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2012). Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad (a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores contra México), *Revista Estudios Jurídicos*, 10, 2012, pp. 61-105.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2013). Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la convención americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, 2013, pp. 607-638.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María (2014). Preámbulo, en: STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Ed.) (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Argentina, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 29-41.

FERRER, Pablo y NIEVES, Guillermo (2013). Intercambio de información y asistencia mutua en la recaudación entre Administraciones Tributarias, *Revista Tributaria*, IUET, 237, 2013, pp. 1055-1083.

FERRERES COMELLA, Víctor (1997). *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid, CEPC.

FERRERES COMELLA, Víctor (2005). La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional, en: LÓPEZ CASTILLO, Antonio, SAIZ Arnaiz, Alejandro y FERRERES COMELLA, Víctor (2005) *Constitución Española y Constitución Europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 77-100.

FERRÉS RUBIO, Rodrigo (2012). Fundamentos de la Regulación Económica, *Estudios de Derecho Administrativo*, 5, 2012, pp. 73-127.

FEUILLADE, Milton (2015). Los derechos humanos como principios de orden público internacional en el derecho internacional privado argentino y del Mercosur, *Revista de Derechos Humanos Fundamentais*, 15, 2015, pp. 51-66.

FISCHBACH, Oskar Georg (1929). *Teoría General del Estado*, traducción por Rafael Luengo Tapia, Barcelona.

FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia (2004). *Curso de Derecho Internacional Privado, Parte General*, Montevideo, FCU.

FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia (2012). Validez y eficacia en Uruguay de un matrimonio homosexual celebrado en el extranjero: Sentencia N° 1940 de 5/6/2012 del JLF 28° (Dra. María Cristina Crespo), *La Ley Online*, cita: UY/DOC/94/2012.

FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia (2014). Orden Público Internacional y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Privado de Familia, *Anuario Uruguayo de Derecho de Familia y Sucesiones*, 2, 2014, pp. 113-125.

FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia (2016). *Public Policy: Common Principles in the American States*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff.

FRUGONE, Héctor (1982). La discrecionalidad administrativa, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 1, 1982, pp. 72-105.

FUEYO LANERI, Fernando (1967). La noción de orden público y su evolución útil, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 3-4, 1967, pp. 431-449.

G

GALETTA, Diana-Urania (1998). El principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario, *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 1998, pp. 75-118.

GAMARRA ANTES, Diego (2018). *La interpretación de la Constitución y la Ley. Jueces, derechos y democracia*, Montevideo, La Ley.

GAMARRA, Jorge (1976). *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, Tomo XIV, Montevideo, FCU.

GARAT, María Paula (2014). La constitucionalización del Derecho Tributario, *Revista de Derecho*, UCUDAL, 9, 2014, pp. 133-160.

GARAT, María Paula (2015). Evolución en la recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Uruguay. El impacto del “Caso Gelman” y su actual perspectiva, en: TOMÉ, Miguel (Coord.) (2005). *El Derecho entre dos siglos*, Tomo I, Montevideo, UCUDAL, pp. 157-176.

GARAT, María Paula (2016). *El principio de proporcionalidad y su contrastación empírica*, España, Athenaica.

GARAT, María Paula (2018-A). El Gobierno, la Constitución y el Orden Económico, con particular referencia al marco constitucional uruguayo, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Chile, 2, 2018, pp. 307-338.

GARAT, María Paula (2018-B). El Principio de Proporcionalidad en el Derecho de Familia, *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, 6, 2018, pp. 87-98.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2005). Tres sentencias del Tribunal Constitucional. Ponderando el honor y la libertad de información, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, N° 6212, Ref. D-64.

GARCÍA AÑÓN, José (1997). *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, Madrid, McGraw-Hill

GARCÍA COSTA, Francisco M (2007). Los límites a la libertad religiosa en el derecho español, *Revista Díkaion*, Universidad de La Sabana, Colombia, 16, 2007, p. 195-210.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1962). La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), *Revista de Administración Pública*, 38, 1962, pp. 159-205.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1981-A). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, España, Civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1981-B). La significación de las libertades públicas para el derecho administrativo, *Anuario de Derechos Humanos*, 1, 1981, pp. 115-128.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1983). Prólogo, en: BALLBÉ, Manuel (1983). *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, Alianza Editorial, 1983.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1996). Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado, *Revista de Derecho Española de Derecho Administrativo*, 89, 1996, pp. 69-89.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2009). *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1974). *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Civitas, 1991.

GARCÍA ROCA, Javier (2002). La problemática disolución del partido de la prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 65, 2002, pp. 295-334.

GARCÍA ROCA, Javier (2005-A). El Preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo, en: GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (Coord.) (2005), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 21-47.

GARCÍA ROCA, Javier (2005-B). Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (Art. 17 CEDH), en: GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (Coord.) (2005), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 727-756.

GARCÍA ROCA, Javier (2009). Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿Cuál es el margen de apreciación nacional? en: GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A (2009) (Coord.). *Integración europea a través de los derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 15-53.

GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A (2009). Prefacio, en: GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A (2009) (Coord.).

Integración europea a través de los derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. XIX-XXXII.

GARCÍA ROCA, Javier (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Madrid, Civitas.

GARCÍA ROCA, Javier (2012). El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, 30, 2012, pp. 183-224.

GARCÍA ROCA, Javier y DALLA VÍA, Alberto (2012). Capítulo V. Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático, en: GARCÍA ROCA, Javier, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo, SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CANOSA USERA, Raúl (2012). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, pp. 221-271.

GARCÍA ROCA, Javier, NOGUERIA ALCALÁ, Humberto y BUSTOS GISBERT, Rafael (2012). Capítulo I. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo, en: GARCÍA ROCA, Javier, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo, SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CANOSA USERA, Raúl (2012). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, pp. 65-107.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. (2016). *Derecho Internacional Privado*, España, Aranzadi.

GARLICKI, Lech (2012). Conferencia introductoria: Universalism v. Regionalism? The role of the supranational judicial dialog, en: GARCÍA ROCA, Javier, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo, SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CANOSA USERA, Raúl (2012). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, pp. 27-64.

GARMENDIA, Mario (2012). El acceso a la justicia como manifestación del orden público, *La Ley Online*, cita: UY/DOC/238/2012.

GARMENDIA, Mario (2016). *Orden Público y Derecho del Trabajo*, Montevideo, La Ley Uruguay.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos (1997). *El sistema de organización del ejercicio del derecho de reunión y manifestación*. Madrid, Mac Graw-Hill.

GERMÁN, Daniel (2010). *Impugnación y nulidad de resoluciones de asambleas por contrarias a la ley y al orden público*, FCU, Montevideo.

GINESTA, Jaques (1987). La Doctrina de la Seguridad Nacional como ideología de poder en el Uruguay, *Cuadernos del Centro de Estudios Estratégicos del Uruguay*, 5, 1987, pp. 5-19.

GÓMEZ CORONA, Esperanza (2008). *Las Cortes Generales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid.

GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús (1994). El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación, *Doxa*, 5-16, 1994, 929-943.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus (2015). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, España, Aranzadi.

GONZÁLEZ CASANOVA, J.A (1986). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. España, Vicens-Vives.

GONZÁLEZ ENCINAR, José (1995). Sobre el Derecho y el Estado. Una conversación con el Profesor E.-W.Bockenforde, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 7, 1995, pp. 7-32.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Rossana (2000). Límites a la construcción de un Orden público en materia de derechos fundamentales (A propósito de la sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000, Krombach c. Bamberski), *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 8, 2000, pp. 593-618.

GORDILLO, Agustín (2007). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo.

GREER, Steven (2000). The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights, *Human Rights Files*, 17, 2000, pp. 3-57.

GREER, Steven (2004). "Balancing" and the European Court of Human Rights: a contribution to the Habermas-Alexy debate, *The Cambridge Law Journal*, 2, 2004, pp. 412-434.

GREGORY, Frank (1985). The British police system – with special reference to public order problems, en: ROACH, John y THOMANECK, Jürgen (Coord.) (1985). *Police and public order in Europe*, London, Croom Helm, pp. 33-69.

GRIERA, Mar y BURCHARDT, Marian (2016). Religión y espacio público: el conflicto en torno a la regulación del velo integral islámico, *Papeles del CEIC*, 2, 2016, pp. 1-28.

GROS ESPIELL, Héctor y ARTEAGA, Juan José (1991). *Esquema de la evolución constitucional del Uruguay*. Montevideo, FCU, 2ª Ed., 1991

GROS ESPIELL, Héctor y ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo (2008). La evolución político-constitucional del Uruguay entre 1975 y 2005, *Estudios Constitucionales*, Chile, 2, 2008, pp. 399-433.

GUARGA, Rafael, et al. (2005). *Liber Amicorum Discipulorumque José Anibal Cagnoni*. Montevideo, FCU, pp. 355-376.

GUARIGLIA, Carlos E (2007). *El conflicto entre los Derechos Fundamentales*. Montevideo, Amalio Fernández.

GUARIGLIA, Carlos E. (2012). Confianza legítima y discrecionalidad de la Administración, *Estudios de Derecho Administrativo*, 5, 2012, pp. 129-158.

GUARIGLIA, Carlos E. (2016). Control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa a través del control de la motivación del acto administrativo, *Estudios de Derecho Administrativo*, 14, 2016, pp. 253-336.

GUASTINI, Riccardo (2009). La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano, en: CARBONELL, Miguel (Ed.) (2009), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, pp. 49-73.

GUIBOURG, Ricardo A (2017). Alexy y la fórmula del peso, en: ALEXY, Robert, ALONSO, Juan Pablo y RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (2017) (Coord.). *Argumentación, derechos humanos y justicia*, Buenos Aires, Astrea, pp. 186-208.

GUISÁN, Esperanza (1995); Traducción, introducción y notas, en: MILL, John Stuart (1863). *El utilitarismo*. España, Altaya, 1995.

GÜNTHER, Klaus (1989). A normative conception of coherence for a discursive theory of legal justification, *Ratio Juris*, 2, 1989, pp. 155-166.

GÜNTHER, Klaus (1993). Critical Remarks on Robert Alexy's "Special-Case Thesis", *Ratio Juris*, 6, 1993, pp. 143-156.

GÜNTHER, Klaus (1995). Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo, *Doxa*, 17-18, 1995, pp. 271-302.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (1999). Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, *Teoría y Realidad Constitucional*, 3, 1999, pp. 193-211.

H

HÄBERLE, Pedro (1962). *Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003.

HÄBERLE, Pedro (1991). El legislador de los derechos fundamentales, en: LÓPEZ PINA, Antonio (Dir.) (1991). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, España, Civitas, pp. 99-124.

HÄBERLE, Pedro (1998-A). ¿Existe un espacio público europeo?, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 3, 1998, pp. 113-136.

HÄBERLE, Pedro (1998-B). *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Madrid, Trotta.

HÄBERLE, Pedro (2002). *Pluralismo y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2014.

HABERMAS, Jürgen (1992). *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción al español por Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2010.

HABERMAS, Jürgen y DERRIDA, Jacques (2003). Europa: en defensa de una política exterior común, *Tribuna El País*, 4 de junio de 2003.

HABERMAS, Jürgen (2003). Intolerance and discrimination, *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2003, pp. 2-12.

HABERMAS, Jürgen (2004). *Tiempo de transiciones*, Madrid, Trotta.

HABERMAS, Jürgen (2012). *La Constitución de Europa*, Madrid, Trotta.

HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J. (1780). *El Federalista*. México, Fondo de Cultura Económica, Cuarta Reimpresión, 2012.

HAMMIE, Petra (1997). Droits fondamentaux et ordre public, *Revue Critique de Droit International Privé*, 86, 1997, pp. 3-27.

HARVEY, Paul (2004). Militant democracy and the European Convention on Human Rights, *European Law Review*, 29, 3, 2004, pp. 407-420.

HAURIOU, Maurice (1927). *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Madrid, Reus.

HELANDER CAPALBO, Nils (2015). El control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿una garantía para la disciplina regional o para el diálogo jurisprudencial?, en: TOMÉ, Miguel (Coord.) (2005). *El Derecho entre dos siglos*, Tomo I, Montevideo, UCUDAL, pp. 177-191.

HELLER, Hermann (1947). *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica.

HERMIDA DEL LLANO, Cristina (2012). El derecho de libertad religiosa y su interpretación por el Tribunal Constitucional, en: OLLERO, Andres y HERMIDA DEL LLANO, Cristina (Coord.) (2012); *La libertad religiosa en España y en el derecho comparado*, Iustel, España, 2012, pp. 34-49.

HESSE, Konrad (1983). *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2012.

HINJOSA SEGOVIA, Rafael (1990). La protección jurisdiccional del derecho de reunión en el ordenamiento jurídico español, *REDC*, 28, 1990, pp. 177-204.

HITTERS, Juan Carlos (2015). Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos), *Estudios Constitucionales*, 1, 2015, pp. 123-162.

HITTERS, Juan Carlos (2017). Control de convencionalidad ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los Tribunales Superiores de los Países? (El Caso Fontevecchia vs. Argentina), *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 32, 2017, pp. 75-106.

HOBBS, Thomas (1651). *Leviatan*. Traducción y prefacio de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

HOLGADO GONZÁLEZ, María (2010). La ilegalización de partidos políticos en España como instrumento de lucha contra el terrorismo, en: PÉREZ ROYO, Javier (2010). *Terrorismo, democracia y seguridad en perspectiva constitucional*, España, Marcial Pons, pp. 187-210.

HOLZ, Eva (2006). Reflexiones sobre orden público en el derecho societario (sociedades anónimas), en: HOLZ, Eva, CARRAU, Matilde, PUCEIRO, Diego (2006). *Sociedades Anónimas. El orden público. Análisis de jurisprudencia Administrativa (A.I.N.)*, Montevideo, FCU, pp. 13-39.

HUACO PALOMINO, Marco (2014). Artículo 12. Libertad de Conciencia y Religión, en: STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Ed.) (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Argentina, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 289-319.

I

IZU BELLOSO, Miguel José (1988). Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 58, 1988, pp. 233-252.

J

JELLINEK, Georg (1895). *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Granada, Comares, 2009.

JELLINEK, Georg (1905). *Teoría General del Estado*. Traducción por Fernando de los Ríos, México, Fundación de Cultura Económica, 2012.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1993). El legislador de los derechos fundamentales, en: GÓMEZ ÁLVAREZ, Ubaldo (1993). *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio De Otto*, España, Universidad de Oviedo, pp. 475-510.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, España, Trotta.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier (2008). Artículo 10.1, en: CASAS BEAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (2008). *Comentarios a la Constitución Española*, España, Fundación Wolters Kluwer, pp. 178-193.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino (1944). *Teoría de Gobierno*, Montevideo, FCU, 2^{da}. Ed., 2016.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino (1988). *La Constitución Nacional*, Tomo I, Montevideo, Cámara de Senadores.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino (1988). *La Constitución Nacional*, Tomo III, Montevideo, Cámara de Senadores.

JIMENA QUESADA, Luis (2006). *Sistema europeo de derechos fundamentales*, España, Colex.

JIMÉNEZ SOLARES, Elba (2014). Las normas internacionales convencionales de derechos humanos y su contribución al orden público internacional, *Revista de Derecho UNED*, 14, 2014, pp. 325-346.

K

KANT, Immanuel (1784). *En defensa de la Ilustración*. Traducido por Javier Alvoriza y Antonio Lastra. Barcelona, Alba, 2006.

KESSEDKIAN, Catherine (2007). Public orden in European Law, *Erasmus Law Review*, 1, 2007, pp. 25-36.

KLATT, Matthias y MEISTER, Moritz (2012). Proportionality –a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy, *International Journal of Constitutional Law*, 3, 2012, pp. 687-708.

KLODE, Michael (Coord.) (2014). *Sentencias traducidas del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Bolivia, Tribunal Constitucional Plurinacional.

KOKKOT, Juliane (2014). Opinión de la Abogada General para el procedimiento de Dictamen 2/13, 13 de junio de 2014, disponibles en: <http://curia.europa.eu> (última consulta: 8/6/2019).

KOKKOT, Juliane (2016). Conclusiones de la Abogado General para el Asunto C-157/15, 31 de mayo de 2016, disponibles en: <http://curia.europa.eu> (última consulta: 8/6/2019).

KORSENIK, José (1990). *Curso de derecho constitucional 2º*, Tomo I. Montevideo, FCU.

L

LAMARCA PÉREZ, Carmen (1985). *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, Ministerio de Justicia.

LANFRANCHI, César (1960). La noción de orden público en el Derecho del Trabajo, *Revista de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 20, 1960, pp. 158-164.

LARRIEUX, Jorge (2013). Caso Gelman vs. Uruguay. Justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, 2013, pp. 589-606.

LEÓN BASTOS, Carolina (2010). *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos. Un estudio de jurisprudencia entre España y Costa Rica*, Madrid, Reus.

LLAMAZAREZ FERNÁNDEZ, Dionisio (2001). *Derecho de la libertad de conciencia I*. España, Civitas – Thomson Reuters, Cuarta Edición.

LOCKE, John (1773). *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Traducción de Amando Lázaro Ros, Buenos Aires, Aguilar, 1963.

LOPERA, Gloria-Patricia (2005). El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 73, 2005, pp. 381-410.

LÓPEZ CASTILLO, Antonio (1996). *Constitución e integración. El fundamento constitucional de la integración supranacional europea en España y en la RFA*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

LÓPEZ CASTILLO, Antonio (1999). Acerca del derecho de libertad religiosa, *REDC*, 56, 1999, pp. 75-104.

LÓPEZ CASTILLO, Antonio (2005). La Unión Europea «en constitución» y la Constitución estatal en (espera de) reformas. A propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, en: LÓPEZ CASTILLO, Antonio, SAIZ Arnaiz, Alejandro y FERRERES COMELLA, Víctor (2005) *Constitución Española y Constitución Europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 13-49.

LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis (1995). *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento jurídico español*. Madrid, Ministerio de Justicia e Interior.

LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis (1997). El derecho de reunión y manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *Revista de Estudios Políticos*, 96, 1997, pp. 175-194.

LÓPEZ PINA, Antonio (1991). Derechos Fundamentales, Estado y Sociedad, en: LÓPEZ PINA, Antonio (Dir.) (1991). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, España, Civitas, pp. 19 a 26.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos (2011-A). Análisis de la posición liberal en cuanto al alcance de la libertad contractual en la Ley de Sociedades Comerciales, *La Ley Online*, cita: UY/DOC/92/2011.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos (2011-B). Análisis de la posición actualmente mayoritaria, respecto al alcance de las limitaciones a la libertad de contratar en la Ley de Sociedades Comerciales, *La Ley Online*, cita: UY/DOC/93/2011.

LÓPEZ RUIF, Pablo (2017). El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto y los juicios de empate, en: ALEXY, Robert, ALONSO, Juan Pablo y RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (2017) (Coord.). *Argumentación, derechos humanos y justicia*, Buenos Aires, Astrea, pp. 254-266.

LÓPEZ, Graciela (2003). La seguridad humana como garantía de la persona, *Revista de Derecho Público*, 24, 2003, pp. 155-165.

LUCAS VERDÚ, Pablo (1983). Estado de Derecho y Justicia Constitucional, *Revista de Estados Políticos*, 33, 1983, pp. 7-48.

M

MAIHOFER, Werner (1968). *Estado de Derecho y Dignidad Humana*, Buenos Aires, IBF, 2008

MANGARELLI, Cristina (2016). ¿Hacia un orden público social internacional garantista de derechos laborales?, *La Ley Online*, cita: UY/DOC/111/2016.

MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego (2016). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (2005). Los límites de la noción formal de orden público internacional, en: SALINAS DE FRÍAS, Ana y GÓMEZ-URRUTIA, Marina (Coord.) (2005). *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Servicio de publicaciones Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla y Universidad de Málaga, pp. 825-832.

MARTÍN ARRIBAS, Juan José (2005). ¿Hacia un derecho internacional global en los albores del siglo XXI?, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 637-671.

MARTÍN REBOLLO, Luis (1975). La introducción de la referencia al orden público en el reglamento de lo contencioso-administrativo de 1890-1894, *Revista de Administración Pública*, 78, 1975, pp. 53-84.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons.

MARTÍNEZ, Martín C. (1964). *Ante la nueva Constitución*, Montevideo, Biblioteca Artigas.

MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo (1970). *Libertad religiosa y orden público*, Madrid, Tecnos.

MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo (1975). *La cláusula de orden público como límite -impreciso y creciente- del ejercicio de los derechos*, España, Civitas.

MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo (1983-A). *Bajo el signo de la Constitución*. Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1983.

MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo (1983- B). Notas para la historia de la noción de Orden público, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 36, 1983, pp. 19-37.

MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo (1988). Régimen constitucional de los derechos fundamentales, en: MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO, Ignacio (1988). *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, pp. 19-91.

MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo (2007). *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, Madrid, Civitas – Thomson.

MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo (2011). *Estudios sobre libertad religiosa*, Madrid, REUS.

MARTÍNEZ, José Ignacio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2011). El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *Estudios Constitucionales*, 9, 1, 2011, pp. 199-226.

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (2015). La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico, *El Cronista*, 50, 2015, pp. 22-31.

MARTINS, Daniel Hugo (2000). La libertad de enseñanza, la fundación de institutos privados y la validez de los títulos profesionales, en: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Coord.) (2000). *Estudios en Memoria de Héctor Frugone Schiavone*, Montevideo, AMF, pp. 366- 381.

MARX, Karl y ENGELS, Friedrich (1848). *Manifiesto del Partido Comunista*. Moscú, Ediciones en lenguas extranjeras.

MASALA, Pietro (2016). El impacto de la crisis económica y de la reforma constitucional de 2012 en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana en materia de ponderación entre los derechos sociales prestacionales y la estabilidad presupuestaria, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 20, 2016, pp. 223-255.

MATIA PORTILLA, Francisco Javier (1997). *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, España, McFraw-Hill.

MATIA PORTILLA, Francisco Javier (2002). La eficacia de la Carta de Niza, en: en: MATIA PORTILLA, Francisco Javier (2002) (Coord.). *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, pp. 147-167.

MATIA PORTILLA, Francisco Javier (2016). Primacía del Derecho de la Unión y Derechos Constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106, 2016, pp. 479-522.

MC CREA, Ronan (2010). *Religion and the Public Order of the European Union*, Gran Bretaña, Oxford University Press.

MEDINA GUERRERO, Manuel (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, España, McGraw-Hill.

MEDINA GUERRERO, Manuel (2008). La eficacia vinculante de los derechos frente a los poderes públicos; en especial, frente al legislador, en: CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (Coord.) (2008). *Comentarios a la Constitución Española*, España, Fundación Wolters Kluwer, pp. 1158-1172.

MELIANTE GARCÉ, Luis (2011). Una perspectiva crítica sobre lo público y lo privado, *Estudios de Derecho Administrativo*, 3, 2011, pp. 218-245.

MENDOCA, Daniel (2011). Balance de Derechos, *Revista Ruptura*, 2, 2011, pp. 7-14.

MENGOZZI, Paolo (2017). Conclusiones del Abogado General en el Asunto Asunto C-638/16 (PPU), 7 de febrero de 2017, disponible en: <http://curia.europa.eu> (última consulta: 8/6/2019).

MEREZHKO, Oleksandr (2012). Public Policy (Ordre Public), Mandatory Norms and Evasion of Law in Ukrainian Private International Law, *Czech Yearbook of International Law*, 3, 2012, pp. 149-157.

MILL, John Stuart (1859). *Sobre la Libertad*. España, Tecnos, 2008.

MILL, John Stuart (1863). *El utilitarismo*. España, Altaya, 1995.

MILLÁN MORO, Lucía (2008). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Constitucional Europeo, en: CARMONA CONTRERAS, Ana M. (2008) (Ed.). *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, España, Aranzadi, pp. 149-183.

MÖLLER, Kai (2012). Proportionality: Challenging the critics, *International Journal of Constitutional Law*, 3, 2012, pp. 709-731.

MÖLLER, Kai (2014). Constructing the Proportionality Test: An Emerging Global Conversation, en: LAZARUS, Liora, Mc CRUDDEN, Christopher y BOWLES, Nigel (2014) (Ed.). *Reasoning Rights. Comparative Judicial Engagement*, Oxford, Hart Publishing, pp. 31-40.

MONEREO PÉREZ, José (2016). Prólogo a la segunda edición, en: GARMENDIA, Mario (2016). *Orden Público y Derecho del Trabajo*. Montevideo, La Ley Uruguay, pp. 25-52.

MONROY CABRA, Marco Gerardo (2016). *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Colombia, Temis.

MONTAÑEZ, Pedro (1987). Advenimiento de la doctrina de la seguridad nacional en el Uruguay, *Cuadernos del Centro de Estudios Estratégicos del Uruguay*, 5, 1987, pp. 50-59.

MONTALVO ABIOL, Juan Carlos (2010). Concepto de orden público en las democracias contemporáneas, *RJUAM*, 22-II, 2010, pp. 197-222.

MORALES ALZATE, John Jairo (2000). *Manual de Derecho Constitucional Económico* Constitucional, Colombia, Ediciones Jurídicas Gonzalo Ibáñez.

MORALES ARROLLO, José María (1994). El lugar de la libertad ideológica en el catálogo de los derechos constitucionales, *Revista Derechos y Libertades del Instituto Bartolomé de las Casas*, 2, 1994, p. 269-307.

MORESO, Juan José (2009). Conflictos entre principios constitucionales, en: CARBONELL, Miguel (Ed.) (2009), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, pp. 99-121.

MORESO, Juan José (2011). Conflictos entre Derechos Constitucionales y maneras de Resolverlos, en: ALARCÓN CABRERA, Carlos y VIGO, Rodolfo (Coord.) (2011). *Interpretación y Argumentación Jurídica*, Argentina, Marcial Pons, pp. 339-354.

MUÑOZ CONDE, Francisco (2017). *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch.

MURPHY, Kent (1981). The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 3, 1981, pp. 591-615.

N

NAHUM, Benjamín (2004). *Manual de Historia del Uruguay (1903-2000)*. Montevideo, Banda Oriental, 12 Ed.

NAHUM, Benjamín, FREGA, Ana, et al. (1994). *Historia Uruguaya*, Tomo 8. Montevideo, Banda Oriental.

NAJURIETA, María Susana (1997). Orden Público Internacional y Derechos Fundamentales del Niño, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, B, 1997, pp. 1436-1445.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael (2000). *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, CEPC.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael (2011). La prohibición del uso de hiyab en los centros escolares públicos: análisis desde el Derecho constitucional, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 9, 2011, pp. 283-300.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael (2013-A). Derechos Fundamentales, en: AGUDO ZAMORA, Miguel, ALVAREZ OSSORIO, Fernando, et al. (2013). *Manual de Derecho Constitucional*. España, Tecnos, 4^{ta} Ed.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael (2013-B). Margen de apreciación estatal, libertad religiosa y crucifijos (o las consecuencias de un deficiente diálogo entre jurisdicciones), *Revista de Derecho Político*, 86, 2013, pp. 81-128.

NASH, Claudio (2006). La protección internacional de los derechos humanos, disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142636/La-Proteccion-Internacional-de-los-Derechos-Humanos.pdf?sequence=1> (última consulta: 8/6/2019).

NIEDRIST, Gerhard (2011). Las cláusulas de derechos humanos en los Tratados de Libre Comercio de la Unión Europea, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 11, 2011, pp. 463-485.

NINO, Santiago (1973). *Introducción al Análisis del Derecho*. Buenos Aires, Astrea, 2ª Ed., 12ª Reimpresión, 2003.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2011). El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión, *Estudios Constitucionales*, 1, 2011, pp. 119-156.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012). El uso del derecho extranjero e internacional por parte del Tribunal Constitucional Chileno: período 2006-2007, *Revista Estudios Jurídicos*, 10, 2012, pp. 107-123.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2016). Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina, *Revista de Derecho UCUDAL*, 5, 2016, pp.79-142.

NOVAK, Marko (2010). Three Models of Balancing (in Constitutional Review), *Ratio Juris*, 1, 2010, pp. 101-112.

O

OCDE (2002). *Acuerdo sobre Intercambio de Información en Materia Tributaria*. Traducción de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, España, Ministerio de Economía y Hacienda.

OCDE (2010). *Modelo de Convenio Tributario sobre Renta y sobre el Patrimonio*. Traducción del Instituto de Estudios Fiscales, España, 2011.

OCHS, Daniel (1997). Algunos aspectos del instituto de declaración de inconstitucionalidad, *Revista de Derecho Público*, 10, 1997, pp.159-165.

OJEDA AVILÉS, Antonio (1971). *La renuncia de derechos del trabajador*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.

OLIVERA GARCÍA, Ricardo (1999). El orden público en la Ley de Sociedades Comerciales, *Anuario de Derecho Comercial*, 8, 1999, pp. 109-119.

ORTEGA GUTIÉRREZ, David (2009). *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Dykinson.

OSSORIO, Manuel (1982). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Heliastra.

P

PACE, Alessandro (1967). *La libertà di riunione nella costituzione italiana*. Milán, Dott a Guiffre.

PACE, Alessandro (1991). El legislador de los derechos fundamentales, en: LÓPEZ PINA, Antonio (Dir.) (1991). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, España, Civitas, pp. 76-98.

- PALÉS, Marisol (Dir.) (2001). *Diccionario Espasa Jurídico*, Madrid, Fundación Tomás del Moro.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1981). El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 3, 1981, pp. 169-190.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1993). *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos.
- PECES BARBA, Gregorio (1984). *Los valores superiores*. Madrid, Tecnos.
- PECES BARBA, Gregorio (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid, Universidad Carlos III-BOE.
- PEREIRA FREDES, Esteban (2008). Orden Público Económico: una propuesta de conceptualización, *Revista Derecho y Humanidades*, 13, 2008, pp. 157-171.
- PEREYRA, Gastón (2011). El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos. Implicaciones en el ordenamiento constitucional argentino, *Revista de Derecho*, UCUDAL, 6, 2011, pp. 155-176.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador (2006). *Las sentencias matrimoniales de los tribunales eclesiásticos en el derecho español. La cuestión del ajuste al orden público constitucional*, Valencia, Tirant.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2002). La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: una aproximación desde la filosofía del derecho, *Anuario de Derecho Europeo*, 2, 2002, 313-327.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2004). La identidad europea y los valores de Europa, en: GÓMEZ CORONA, Esperanza, GUTIÉRREZ VEGA, Pablo y LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario (2004) (Coord.). *Una Constitución para la Ciudadanía de Europa. Estudios sobre el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, España, Aranzadi, pp. 85-101.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2013). *Los derechos fundamentales*. España, Tecnos, 11ª Ed.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2017). *Derechos Fundamentales, Estado de Derecho y Constitución*, España, Tecnos.
- PÉREZ MANRIQUE, Ricardo (2000). Panorama de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de Derechos Humanos, *Revista de Derecho Público*, 17, 2000, pp. 59-85.
- PÉREZ ROYO, Javier (2014). *Curso de Derecho Constitucional*. España, Marcial Pons, 14ª Ed.

PÉREZ SOLFT, Iván (2012). ¿Orden Público Internacional Vs. Orden Público Interno y Buenas Costumbres?, *Revista IUS de Investigación de la Facultad de Derecho*, 4, 2012, pp. 1-19.

PÉREZ TREMPES, Pablo (1985). Justicia Comunitaria, Justicia Constitucional y Tribunales ordinarios frente al Derecho Comunitario (Comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional italiana número 170/1984, de 8 de junio), *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13, 1985, pp. 157-181.

PÉREZ TREMPES, Pablo (1993). *Constitución Española y Comunidad Europea*, España, Civitas.

PÉREZ TREMPES, Pablo (2004). Constitución Española y Unión Europea, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71, 2004, pp. 103-121.

PETROCELLI, Héctor Benjamín (1954). *El concepto de orden económico en la constitución nacional de 1949*, Buenos Aires, Arayú.

PINO, Giorgio (2011). Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos, en: FERRAJOLI, Luigi (2012). *Un debate sobre el constitucionalismo*, España, Marcial Pons, pp. 197-225.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo (1980). El orden público y el derecho del trabajo. Teoría y práctica en Iberoamérica, *Revista Uruguaya de Derecho Laboral*, 119, 1980, pp. 445-467.

PORAT, Iddo (2014). Mapping the American Debate over Balancing, en: HUSCROFT, Grant, MILLER, Bradley W. y WEBBER, Grégoire (Ed.). *Proportionality and the Rule of Law*. Nueva York, Cambridge University Press, pp. 397-416.

PORRAS NADALES, Antonio (1995). Derecho Constitucional y evolucionismo jurídico, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 87, 1995, pp. 107-139.

PORRAS RAMÍREZ, José María (2006). *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de derecho*. Navarra, Civitas, 2006.

PORRAS RAMÍREZ, José María (2013). La libertad religiosa como derecho fundamental, en perspectiva estatal, internacional y europea, en: PORRAS RAMÍREZ, José María (Coord.) (2013), *Derecho de la libertad religiosa*, España, Tecnos.

POSNER, Richard (1992). *El análisis económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

POSNER, Richard (1998). Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho, *Estudios Públicos*, 69, 1998, pp. 207-257.

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (2005). *La dignidad de la persona*. Navarra, Aranzadi, 2005.

PRIETO SANCHIS, Luis (1984). Los valores superiores del Ordenamiento Jurídico y el Tribunal Constitucional, *Revista Poder Judicial*, 11, 1984, pp. 83-89.

PRIETO SANCHIS, Luis (1986). Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas, *Anuario de Derechos Humanos*, 4, 1986, pp. 291-321.

PRIETO SANCHIS, Luis (2002). La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades, *Revista Pensamiento Constitucional*, 8, 2002, pp. 61-102.

PRIETO SANCHÍS, Luis (2005). Neoconstitucionalismo, en: CARBONELL, Miguel (Coord.) (2005). *Diccionario de Derecho Constitucional*, México, Porrúa, Segunda Edición.

PRIETO SANCHÍS, Luis (2007). El constitucionalismo de los derechos, en: CARBONELL, Miguel (Ed.) (2007); *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, pp. 213-235.

PRIETO SANCHIS, Luis (2008). El juicio de ponderación constitucional, en: CARBONELL, Miguel (2008) (Coord.); *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008, pp. 85-123.

PRIETO SANCHÍS, Luis (2009). Neoconstitucionalismo y ponderación, en: CARBONELL, Miguel (Ed.) (2009), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, pp. 123-158.

PRIETO SANCHIS, Luis (2013). *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta.

PRIETO SANCHIS, Luis (2014). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid.

PUCEIRO RIPOLL, Roberto (2005). Las normas de jus cogens en el campo del derecho internacional contemporáneo, en: JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, ARBUET-QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. (2015). *Derecho Penal Español. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch.

R

RAWLS, John (1971). *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.

RAZ, Joseph (1992). Rights and Individual Well-Being, *Ratio Juris*, 5, 2, 1992, pp. 127-142.

REAL, Alberto Ramón (1946). *Derecho Administrativo Policial*. Montevideo, Editorial Boletín de la Jefatura de Policía de Montevideo.

REAL, Alberto Ramón (1952). Las garantías de la libertad individual ante las medidas prontas de seguridad, *Revista La Justicia Uruguaya*, 25, 1952, pp. 87 – 90.

REAL, Alberto Ramón (1958). *Los principios generales del derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, Juan Ángel Peri.

REQUEIJO RODRÍGUEZ, Paloma (2008). Artículo 55, en: CASAS BEAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (2008). *Comentarios a la Constitución Española*, España, Fundación Wolters Kluwer, pp. 1201-1220.

REY, Alejandro (2008). El interés general. Argumento para limitar derechos individuales, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 13, 2008, pp. 117-187.

RIDEAU, Jöel (2002). Los derechos fundamentales comunitarios y los derechos humanos, en: MATIA PORTILLA, Francisco Javier (2002) (Coord.). *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, pp. 61-86.

RIPERT, Georges (1950). *Aspectos jurídicos del Capitalismo Moderno*, Buenos Aires, Bosh y Cía. Editores.

RISSO FERRAND, Martín (2002). Control de regularidad constitucional de las leyes que limitan o restringen Derechos Humanos en el Derecho Uruguayo, *Revista de Derecho*, Montevideo, Amalio Fernández, 3, 2002, pp. 58-106.

RISSO FERRAND, Martín (2004). La libertad de enseñanza en la Constitución uruguaya, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2, 2004, pp. 498-523.

RISSO FERRAND, Martín (2005-A). *Derecho Constitucional*, Tomo I. Montevideo, FCU.

RISSO FERRAND, Martín (2005-B). Los 'intereses individuales' y el 'interés general' en la Constitución, *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*, 143, 2005, pp. 10-12.

RISSO FERRAND, Martín (2008). *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo, FCU.

RISSO FERRAND, Martín (2011). *¿Qué es la Constitución?* Montevideo, UCUDAL.

RISSO FERRAND, Martín (2013). Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman. Después de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Interpretativa 18.831, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, 2013, pp. 639-553.

RISSO FERRAND, Martín (2014). Hacia una nueva interpretación constitucional. La realidad en Uruguay, *Revista Estudios Constitucionales*, 1, 2014, pp. 239-283.

RISSO FERRAND, Martín (2015). El Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en: TOMÉ, Miguel (Coord.) (2005). *El Derecho entre dos siglos*, Tomo I, Montevideo, UCUDAL, pp. 193-214.

RISSO FERRAND, Martín (2016-A). El control de convencionalidad, *Revista de Derecho Público*, 50, 2016, pp. 193-201.

RISSO FERRAND, Martín (2016-B). Primeras reflexiones generales sobre las sentencias de inconstitucionalidad referidas a la ley de medios, *Revista de Derecho*, 13, 2016, pp. 141-187.

RIVERO, J (1997). *Les libertés publiques*, 2. Paris, PUF.

ROACH, John (1985). The French Police, en: ROACH, John y THOMANECK, Jürgen (Coord.) (1985). *Police and public order in Europe*, London, Croom Helm, pp. 107-142.

ROCCA, María Elena (1999). *Estudio sobre Jurisprudencia Constitucional*. Montevideo, s/e.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime (2005). La vuelta al derecho administrativo (a vueltas con lo privado y lo público), *Revista de la Universidad de Montevideo*, 7, 2005, pp. 89-102.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime (2010). El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas, *Actualidad Administrativa*, La Ley, 8, 2010, pp. 1-26.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime (2011). *Reflexiones sobre el poder público*, Santiago de Compostela, Andavira.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime (2012). *Interés general, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*. España, Iustel.

RODRÍGUEZ AZCÚE, Gustavo (2005). Principio de preeminencia del interés general sobre los intereses particulares en las leyes de la crisis bancaria, en: GUARGA, Rafael, et al. (2005). *Liber Amicorum Discipulorumque José Anibal Cagnoni*. Montevideo, FCU, pp. 289 a 297.

RODRÍGUEZ AZCÚE, Gustavo (2007). El principio del interés público en la protección de los derechos fundamentales, *Revista de Derecho Público*, 30, 2007, pp. 63-72.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2008). La forma de vincular de los preceptos del capítulo tercero del título primero de la Constitución española, en: CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (Coord.) (2008). *Comentarios a la Constitución Española*, España, Fundación Wolters Kluwer, pp. 1187-1192.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos (1993). Tribunales Constitucionales y Derecho Comunitario, en: PÉREZ GONZÁLEZ et. al. (1993). *Hacia un nuevo*

orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco, España, Tecnos, pp. 1175-1200.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos y BAQUERO CRUZ, Julio (2006). Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Fundamentos*, 4, 2006, pp. 291-346.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos y VALLE GÁLVEZ, Alejandro (1997). El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2, 1997, pp. 329-376.

RODRÍGUEZ-IZQUIERDO, Miryam (2011). *Primacía y Subsidiariedad en la Unión Europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

RODRÍGUEZ-IZQUIERDO, Miryam (2016). *Jurisprudencia y Sistema de Derechos en la Unión Europea*, Sevilla, Athenaica.

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (1973). Orden público y convenciones colectivas de trabajo, *Revista de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 33, 1973, pp. 5-17.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José (1986). Las doctrinas sobre la tolerancia religiosa de fines del siglo XVII y la distinción entre moral y derecho a principios del XVIII, *Anuario de Derechos Humanos*, 4, 1986, pp. 359-378.

RODRÍGUEZ PINEAU, Elena (1993). European Union international ordre public, *Spanish Yearbook of International Law*, 3, 1993, pp. 43-85.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (1999-A). El caso Valenzuela Contreras y nuestro sistema de derechos fundamentales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 56, 1999, pp. 223-250.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (1999-B). El coste de los derechos fundamentales. Un comentario de la STC 49/1999, de 5 de abril, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, 3, 1999, pp. 315-240.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (2001). Discourse Theory and the addressees of basic rights, *Rechtstheorie*, 32, 2001, pp. 87-133.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (2004). La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: acordes y desacuerdos, en: GÓMEZ CORONA, Esperanza, GUTIÉRREZ VEGA, Pablo y LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario (2004) (Coord.). *Una Constitución para la Ciudadanía de Europa. Estudios sobre el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, España, Aranzadi, pp. 179-193.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (2011). Squaring the Circle? Fighting Terror while Consolidating Democracy in Spain, en: VOLCANSEK, Mary L y STACK, John F. (Ed.) (2011). *Courts and Terrorism*. Nueva York, Cambridge University Press, pp. 181-198.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (2016). *Los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional*. España, Tirant lo Blanch.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (2017). *Género y constitución: mujeres y varones en el orden constitucional español*, Lisboa, Jurúa.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (2008). Título Preliminar, en: CASAS BEAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (2008). *Comentarios a la Constitución Española*, España, Fundación Wolters Kluwer, pp. 11-25.

ROLLNERT, Göran (2014). Incitación al terrorismo y libertad de expresión: el marco internacional de una relación problemática, *Revista de Derecho Político*, 91, 2014, pp. 231-262.

ROLLNERT, Göran (2019). El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, 2019, pp. 81-109.

ROTONDO, Felipe (1979). *Policía*. Montevideo, Alcali.

ROTONDO, Felipe (2009). Instrumentos jurídicos del sistema educativo uruguayo, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 15, 2009, pp. 81-129.

ROUSSEAU, Jean-Jacques (1762). *El contrato social*. Buenos Aires, Aguilar, 7ª Ed., 1965.

ROUSSEAU, Jean-Jacques (1762). *Emilio o De la Educación*. Madrid, Alianza Editorial, 2008.

RUBIO LLORENTE, Francisco (1992). La Constitución Española y el Tratado de Maastricht, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 36, 1992, pp. 253-265.

RUBIO LLORENTE, Francisco (1998). La configuración de los derechos fundamentales en España, en: AA.VV. *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Volumen II, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 1329-1344.

RUBIO LLORENTE, Francisco (2002). Una carta de dudosa utilidad, en: MATIA PORTILLA, Francisco Javier (2002) (Coord.). *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, pp. 169-201.

RUBIO LLORENTE, Francisco (2013). Derechos fundamentales, principios estructurales y respeto por la identidad nacional de los Estados miembros de la Unión Europea, *AFDUAM*, 17, 2013, pp. 515-527.

RUIZ MIGUEL, Alfonso (2008). Artículo 16.1 y 16.2. La libertad de pensamiento, en: CASAS BEAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (2008). *Comentarios a la Constitución Española*, España, Fundación Wolters Kluwer, pp. 341-356.

RUIZ-RICO, Gerardo (1996). Los derechos de las minorías religiosas, lingüísticas y étnicas en el ordenamiento constitucional español, *Revista de Estudios Políticos*, 91, 1996, pp. 99-138.

RUOCCO, Graciela (2011). Límites a las restricciones a la libertad de expresión, *Estudios de Derecho Administrativo*, 3, 2011, pp. 279-316.

RUOCCO, Graciela (2012). Enjuiciamiento de la discrecionalidad administrativa, *Estudios de Derecho Administrativo*, 5, 2012, pp. 219-251.

RUOCCO, Graciela (2015). Interés privado, interés público e interés general en el procedimiento administrativo, *La Justicia Uruguaya*, 151, 2015, pp. 167-173 y *La Ley Online*, cita: UY/DOC/229/2015.

S

SAGÜÉS, Néstor (1998). *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdiccionales nacional e internacional*, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

SAGÜÉS, Néstor (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, *Estudios Constitucionales*, 1, 2010, pp. 117-136.

SAINZ MORENO, Fernando (1976). *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas.

SAINZ MORENO, Fernando (1977). Orden Público Económico y Restricciones de la Competencia, *Revista de Administración Pública*, 84, 1977, pp. 597-643.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro (2005). De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en: LÓPEZ CASTILLO, Antonio, SAIZ Arnaiz, Alejandro y FERRERES COMELLA, Víctor (2005) *Constitución Española y Constitución Europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 51-75.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro (2008). Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en: CASAS BEAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (2008). *Comentarios a la Constitución Española*, España, Fundación Wolters Kluwer, pp. 193-208.

SALVIOLI, Fabián (2013). Convergencias y divergencias de las jurisdicciones contenciosas en los sistema europeo e interamericano de protección de derechos humanos, en: SALVIOLI, Fabián y ZANGHI, Claudio (Coord.) (2013). *Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 67-85.

SÁNCHEZ CARNELLI, Lorenzo (2005). La protección de los intereses generales, en: GUARGA, Rafael, et al. (2005). *Liber Amicorum Discipulorumque José Anibal Cagnoni*. Montevideo, FCU, pp. 355-376.

SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio (1989). *Estudio sobre las libertades*. Valencia, Tirant Lo Blanch.

SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel (1991). Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 33, 1991, pp. 175-207.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1991). *El control de las administraciones públicas y sus problemas*, España, Espasa-Calpe.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1994). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos.

SANTIEMMA, Elena (2013). Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Artículo 10. Libertad de Expresión, en: SALVIOLI, Fabián y ZANGHI, Claudio (Coord.) (2013). *Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 523-572.

SARTORI, Giovanni (1988). *Teoría de la democracia. El debate contemporáneo*. Madrid, Alianza Editorial, Cuarta reimpresión, 2005.

SAYAGUÉS LASO, Enrique (1953). *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, FCU, 9ª Ed., 2010.

SCHWABE, Jürgen (2009). *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, México, Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

SEMINO, Miguel Ángel (1996). *Medidas prontas de seguridad*. Montevideo, FCU.

SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando (2000). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de los derechos*, Buenos Aires, La Ley.

SERRA CRISTÓBAL, Rosario (2016). Los derechos fundamentales en la encrucijada de la lucha contra el terrorismo yihadista. Lo que el constitucionalismo y el derecho de la Unión Europea pueden ofrecer en común, *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, 2012, pp. 487-503.

SESIN, Domingo J. (2014). Teoría de los conceptos jurídicos indeterminados: dificultades y estrategias para facilitar el control judicial, *Estudios de Derecho Administrativo*, 9, 2014, pp. 203-222.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José (1991). Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 71, 1991, pp. 87-109.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José (2001). Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2001, pp. 105-121.

SORIANO, Ramón (1990). *Las libertades públicas*. Madrid, Tecnos.

SORO RUSELL, Oliver (2016). *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*, Madrid, Reus.

STEIN, Torsten (1994). La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht, *Revista de Instituciones Europeas*, 3, 1994, pp. 745-770.

STOFFEL VALLOTON, Nicole (2012). Capítulo XIII. Derecho de la Unión y Derecho Nacional, en: ESCOBAR HERÁNDEZ, Concepción (2012) (Dir.). *Instituciones de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanc, pp.245-261.

STONE SWEET, Alec y MATHEUS, Jud (2008), Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, *Yale Law School, Faculty Scholarship Series*, 14, 2008, pp. 1-65.

SUPERVIELLE, Bernardo (1956). El orden público y las buenas costumbres, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 54, 1956, pp. 186-246.

T

TARIGO, Enrique (1980). Mis muchas razones para el "NO", *Opinar*, 27 de noviembre de 1980, p. 3.

TEGA, Diletta (2008). L'attualità della teoría dei controlimiti dopo il Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, en: CARMONA CONTRERAS, Ana M. (2008) (Ed.). *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, España, Aranzadi, pp. 95-112.

THOMANECK, Jürgen (1985). Police and public order in the Federal Republic of Germany, en: ROACH, John y THOMANECK, Jürgen (Coord.) (1985). *Police and public order in Europe*, London, Croom Helm, pp. 143-183.

TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro (2003). El desarrollo postconstitucional del derecho fundamental de libertad religiosa en España, *Revista de Estudios Políticos*, 130, 2003, pp. 243 – 268.

TORRES MURO, Ignacio (1991). *El derecho de reunión y manifestación*. Madrid, Civitas, 1991.

TORRES MURO, Ignacio (1995). Limitando el derecho de reunión, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 8, 1995, pp.583-595.

TORRES MURO, Ignacio (2008). Artículo 21, en: CASAS BEAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (2008). *Comentarios a la Constitución Española*, España, Fundación Wolters Kluwer, pp. 528-539.

TORRES MURO, Ignacio (2012). Terrorismo y Derechos Fundamentales, *REDC*, 95, 2012, pp. 445-450.

TRINIDAD GARCÍA, María L. (1995). Las excepciones de orden público y fraude a la ley en las recientes codificaciones europeas de Derecho Internacional Privado, *Revista General de Derecho*, 11289-11310, 1995, pp. 319-334.

TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro (2005). La libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH), en: GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (Coord.) (2005), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 509-527.

U

UPRIMMY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María (2014). Artículo 22. Libertad de circulación y residencia, en: STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Ed.) (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Argentina, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 531-551.

V

VALLARTA PLATA, José Guillermo (2002). *La consolidación de la Unión Europea a través del Tribunal de Justicia*, México, Porrúa.

VARÓN MEJÍA, Antonio (2010). Orden público internacional y normas de ius cogens: una perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969, *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, 32, 2010, pp. 211-229.

VÁZQUEZ ALONSO, Víctor (2012). *Laicidad y Constitución*, Madrid, CEPC.

VERGARA DEL CARRIL, Daniel (1960). El orden público en el Derecho Laboral, *Revista de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 20, 1960, pp. 497-500.

VIDAL PRADO, Carlos (2004). *El impacto del nuevo Derecho Europeo en los Tribunales Constitucionales*, España, Colex.

VIGNALI, Heber y PUCEIRO RIPOLL, Roberto (2005). *Derecho Internacional Público*, Tomo I, Montevideo, FCU, pp. 359-385.

VILAS NOGUEIRA, José (1984). Los valores superiores en el ordenamiento jurídico, *REDC*, 12, 1984, pp. 87-102.

VILLA-REAL, Ricardo y ÁNGEL DEL ARCO, Miguel (2006). *Diccionario de Términos Jurídicos*, Granada, Comares.

W

WALDRON, Jeremy (1994). Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues, *California Law Review*, 83, 1994, pp. 509-540.

WEILER, J.H.H (1991). The Transformation of Europe, *The Yale Law Journal*, 9, 1991, pp. 2403-2483.

WEILER, J.H.H. (1995). *Europa fin de siglo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

WEILER, J.H.H (1999). *The Constitution of Europe*, United Kingdom, Cambridge University Press.

WEILER, J.H.H y LOCKHART, Nicolas J.S. (1995-A). "Taking Rights Seriously" Seriously: the European Court and its fundamental right jurisprudence – Part I, *Common Market Law Review*, 32, 1995, pp. 51-94.

WEILER, J.H.H y LOCKHART, Nicolas J.S. (1995-B). "Taking Rights Seriously" Seriously: the European Court and its fundamental right jurisprudence – Part II, *Common Market Law Review*, 32, 1995, pp. 579-627.

WROBLEWSKI, Jerzy (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid.

X

XIOL RIOS, Juan Antonio (2001). La libertad ideológica o libertad de conciencia, en: *Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. La libertad ideológica*, Madrid, CEPC, 2001, pp. 11-121.

Y

YOWELL, Paul (2014). Proportionality in United States Constitutional Law, en: LAZARUS, Liora, Mc CRUDDEN, Christopher y BOWLES, Nigel (2014) (Ed.). *Reasoning Rights. Comparative Judicial Engagement*, Oxford, Hart Publishing, pp. 87-114.

Z

ZABALLA, Pablo (1946). *Estudio sobre el orden público en el artículo 21 del Código Civil argentino*, Buenos Aires, Pablo Zaballa.

ZAGREBELSKY, Gustavo (1992). *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2007.

ZUBILLAGA, Carlos y PÉREZ, Romeo (2002). La democracia atacada, en: APPRATTO, Carmen, Artagaveytia, Lucila, ASTORI, Danilo, et. al (2004). *El Uruguay de la Dictadura (1973-1985)*, Montevideo, Banda Oriental, pp. 45-76.

CASOS DE JURISPRUDENCIA REGIONAL CONSULTADOS

Corte IDH – Casos Contenciosos

Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). Vs. Perú. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007 Serie C No. 174.

Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179.

Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229.

Corte IDH. Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234.

Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.

Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.

Corte IDH. Caso García y familiares Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258.

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

Corte IDH. Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265.

Corte IDH. Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.

Corte IDH. Caso Osorio Rivera y familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274.

Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.

Corte IDH. Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277.

Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285.

Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287.

Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.

Corte IDH. Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292.

Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293.

Corte IDH. Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C No. 296.

Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

Corte IDH. Caso Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de octubre de 2015. Serie C No. 301.

Corte IDH. Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303.

Corte IDH. Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307.

Corte IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.

Corte IDH. Caso Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311.

Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.

Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.

Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319.

Corte IDH. Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328.

Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

Corte IDH. Caso Ortiz Hernández y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2017. Serie C No. 338.

Corte IDH. Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017. Serie C No. 339.

Corte IDH. Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348.

Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.

Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.

Corte IDH. Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370.

Corte IDH – Opiniones Consultivas

Corte IDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2.

Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

Corte IDH. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

Corte IDH (1987). El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.

Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Corte IDH. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20.

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25.

TEDH – Casos Contenciosos

TEDH. Caso *Lawless vs. Irlanda*, 1 de julio de 1961.

TEDH. Caso *Handyside Vs. The United Kingdom*, 7 de diciembre de 1976.

TEDH. Caso *Young, James y Webster vs. The United Kingdom*, 13 de agosto de 1981

TEDH. Caso Müller and Others Vs. Suiza, 24 de mayo de 1988.

TEDH. Caso Ezelin vs. Francia, 29 de abril de 1991

TEDH. Caso Castells vs. España, 23 de abril de 1992.

TEDH. Caso Kokkinakis vs. Grecia, 23 de mayo de 1993

TEDH. Caso Informationsverein Lentia and Others v. Austria, 24 de noviembre de 1993.

TEDH. Caso Casado Coca vs. España, 24 de febrero de 1994.

TEDH. Caso Otto-Preminger-Institut vs. Austria, 20 de septiembre de 1994

TEDH. Caso Loizidou vs. Turquía (Excepciones Preliminares), 23 de marzo de 1995.

TEDH. Caso Manoussakis y otros vs. Grecia, 26 de septiembre de 1996

TEDH. Caso Vogt vs. Alemania, 26 de setiembre de 1996

TEDH. Caso Wingrove vs. The United Kingdom, 25 de noviembre de 1996

TEDH. Caso Laskey and others Vs. The United Kingdom, 19 de febrero de 1997.

TEDH. Caso United Communist Party of Turkey y otros vs. Turquía, 30 de enero de 1998.

TEDH. Caso Socialist Party y otros vs. Turquía, 25 de mayo de 1998.

TEDH. Caso Sidropoulos y otros vs. Grecia, 10 de julio de 1998.

TEDH. Caso Valenzuela Contreras vs. España, 30 de julio de 1998.

TEDH. Caso Buscarini y otros vs. San Marino, 18 de febrero de 1999.

TEDH. Caso Rekvényi vs. Hungría, 20 de mayo de 1999.

TEDH. Caso Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) vs. Turquía, 8 de diciembre de 1999.

TEDH. Caso Hasan and Chaush vs. Bulgaria, 26 de octubre de 2000.

TEDH. Caso Dahlab vs. Suiza, 15 de febrero de 2001.

TEDH. Caso Pretty vs. The United Kingdom, 29 de abril de 2002.

TEDH. Caso Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros vs. Turquía, 13 de febrero de 2003.

TEDH. Caso Prado Bugallo vs. España, 18 de febrero de 2003.

TEDH. Caso Gorzelik y otros vs. Polonia, 17 de febrero de 2004.

TEDH. Caso Kliafasy otros vs. Grecia, 8 de julio de 2004.

TEDH. Caso Bosphorus vs. Irlanda, 30 de junio de 2005.

TEDH. Caso Leyla Sahin vs. Turquía, 10 de noviembre de 2005

TEDH. Caso Oya Ataman vs. Turquía, 5 diciembre 2006.

TEDH. Caso Çiloğlu y otros vs. Turquía, 6 de marzo de 2007.

TEDH. Caso Vera Fernández Ruidobro vs. España, 12 de mayo de 2007

TEDH. Caso Parti Nationaliste Basque – Organisation Régionale D'Iparralde vs. Francia, 7 de junio de 2007.

TEDH. Caso Stankov vs. Bulgaria, 12 de julio de 2007.

TEDH. Yumak y Sadak vs. Turquía, 8 de julio de 2008.

TEDH. Caso Herri Batasuna y Batasuna vs. España, 30 de junio de 2009.

TEDH. Caso M.S.S vs. Bélgica y Grecia, 21 de enero de 2011.

TEDH. Caso Otegi Mondragón vs. España, 15 de marzo de 2011.

TEDH. Caso Lautsi y otros vs. Italia, 18 de marzo de 2011

TEDH. Caso Republican Party of Russia vs. Rusia, 12 de abril de 2011

TEDH. Caso Michaud vs. Francia, 6 de diciembre de 2012.

TEDH. Caso Eweida y otros vs. The United Kingdom, 15 de enero de 2013.

TEDH. Caso Defensores Internacionales de Animales vs. The United Kingdom, 22 de abril de 2013.

TEDH. Caso Dhahbi vs. Italia, 8 de abril de 2014

TEDH. Caso Mennesson v. Francia. 26 de junio de 2014.

TEDH. Caso S.A.S vs. Francia, 1 de julio de 2014

TEDH. Caso Kudrevičius y otros vs. Lituania, 15 de octubre de 2015

TEDH. Caso Avotīnš vs. Letonia, 23 de mayo de 2016.

TEDH. Caso Stern Taulats y Roura Capellera. vs. España, 13 de marzo de 2018.

TEDH – Opinión Consultiva

TEDH. Opinión Consultiva – Advisory Opinión concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, requerida por la Corte de Casación de Francia, 10 de abril de 2019.

TJUE

Caso C-26/62: Vand Gend& Loos / Administratieder Belastingen, 5 de febrero de 1963.

Caso C- 6/64: Costa / E.N.E.L, 15 de julio de 1964.

Caso C- 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH / Einfuhr-und Vorratsstellefür Getreideund Futtermittel, 17 de diciembre de 1970.

Caso C- 4/73, Nold / Comisión de las Comunidades Europeas, 14 de mayo de 1974.

Caso C- 41/74: Yvonne van Duyn / Home Office, 4 de diciembre de 1974.

Caso C- 36/75: Rolland Rutili / Ministerio del Interior, 28 de octubre de 1975.

Caso C- 48/75: Jean Noel Royer, 8 de abril de 1976.

Caso C-30/77: Regina / Bouchereau, 27 de octubre de 1977.

Caso C-115/81 y C-116/81: Adoui y Cornuaille / Estado belga, 18 de mayo de 1982.

Caso C-352/85: Bond van Adverteerders / Estado neerlandés, 26 de abril de 1988.

Caso C- 260/89: ERT / DEP, 18 de junio de 1991.

Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia, 28 de marzo de 1996.

Caso C-84/95: Bosphorus / Minister for Transport, Energy and Communications y otros, 30 de julio de 1996.

Caso C-249/96: Grant / South-West Trains, 17 de febrero 1998.

Caso C-7/98: Krombach, 28 de marzo de 2000.

Caso C-54/99: Église de scientologie, 14 de marzo de 2000.

Caso C-100/01: Oteiza Olazábal, 26 de noviembre de 2002.

Caso C-36/02: Omega, 14 de octubre de 2004.

Caso C-540/03: Parlamento / Consejo, 27 de junio de 2006.

Caso C-402/05 P: Kadi y Al Barakaat International Foundation / Consejo y Comisión, 3 de setiembre de 2008.

Caso C-399/06 P y C-403/06 P: Hassan y Ayadi / Consejo y Comisión, 3 de diciembre de 2009.

Caso C-548/09 P: Bank Melli Iran / Consejo, 16 de noviembre de 2011.

Caso C-539/10 P y C-550/10 P: Al-Aqsa / Consejo y Pays-Bas / Al-Aqsa, 15 de noviembre de 2012.

Casos C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P: Comisión y otros / Kadi, Recurso de Casación, 18 de julio de 2013.

Caso C-399/11: Melloni / Ministerio Fiscal, 26 de febrero de 2013.

Caso C-167/12: C. D. / S. T, 18 de marzo de 2014.

Caso C-363/12: Z / A Government department y The Board of management of a community school, 18 de marzo de 2014.

Dictamen 2/13, del Tribunal de Justicia (Pleno), 13 de diciembre de 2014.

Caso C-438/14: Bogendorff von Wolffersdorff, 2 de junio de 2016.

Caso C-79/15 P: Consejo / Hamas, 26 de julio de 2017.

Caso C-157/15: G4S Secure Solutions, 14 de marzo de 2017.

Caso C-188/15: Bougnaoui y ADDH, 14 de marzo de 2017.

Caso C-404/15: Aranyosi y Căldăraru, 5 de abril de 2016.

Caso C-673/16: Coman y otros, 5 de junio de 2018.

Caso C-34/17: Donnellan, 26 de abril de 2018.

Caso C-240/17: E, 16 de enero de 2018.