

ESTUDIOS

LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL LÍMITE DE ORDEN PÚBLICO EN ESPAÑA (I)

JOSÉ CARLOS DE BARTOLOMÉ CENZANO
*Profesor de Derecho Constitucional
de la Universidad de Valencia*

SUMARIO: A) Los parametros constitucionales para la interpretacion y aplicacion de los límites de los derechos: 1. Un comentario sobre los conceptos de delimitación constitucional, límites, limitación y colisión de derechos. 2. La necesidad de una interpretación de los derechos desde la Constitución como norma primaria. 3. El artículo 10 de la Constitución como punto de referencia obligatorio para la interpretación del orden público.—B) Interpretacion y aplicación de los límites de los derechos y libertades en la jurisprudencia durante el período franquista, en especial el límite de orden público: 1. El límite de orden público: un concepto gestado históricamente entre lo político y lo jurídico, una fórmula de habilitación para el Ejecutivo. 2. La interpretación y aplicación del orden público durante la etapa franquista. 3. Técnicas y principios jurisdiccionales para la interpretación y aplicación de los límites al ejercicio de los derechos durante el periodo franquista.—C) La objetivación del concepto de orden público en la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante nuestro constitucionalismo democrático: 1. El orden público como garantía del ejercicio de los derechos y libertades. 2. El orden público como concepto sustentado en el uso pacífico de los derechos y libertades. 3. El orden público como límite «limitado» por su finalidad: la garantía de los derechos y libertades. 4. La prueba como requisito de eficacia ante la invocación del orden público. 5. La reserva de Ley en el procedimiento sancionador por infracción del orden público. 6. Los elementos objetivadores de la transgresión del orden público.

A) LOS PARAMETROS CONSTITUCIONALES PARA LA INTERPRETACION Y APLICACIÓN DE LOS LIMITES DE LOS DERECHOS

1. Un comentario sobre los conceptos de delimitación constitucional, límites, limitación y colisión de derechos.

Tradicionalmente se viene sosteniendo por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que los derechos no son derechos ilimitados. No obstante, en torno a esta afirmación contundente, se han manejado frecuentemente los términos: «límites, limitaciones o delimitación», como si todos ellos respondiesen a una misma realidad; la de limitar aquellos derechos, que, con mucho respeto por su trascendencia, era preciso, no obstante limitar.

En primer lugar, conviene recordar que los derechos en general suponen el reconocimiento o la atribución por parte del Estado de facultades muy diversas a sus titulares, y estas facultades, como tantas otras son por naturaleza limitadas.

Los derechos fundamentales tienen un carácter limitado, si se prefiere concreto, o, quizás mejor sería denominarlo delimitado constitucionalmente. *La delimitación constitucional* supone la configuración de un derecho a partir de los propios términos constitucionales de su reconocimiento que, como ha sostenido, entre otros, Solozábal, delimitan su objeto al referirlo a determinado contenido, relaciones o ámbitos vitales⁽¹⁾.

La delimitación constitucional por ello supone la configuración positiva del contenido de un derecho, de su verdadero ámbito material, que en última instancia se identifica con una serie de elementos y conductas incluidas en la estructura del propio derecho. Por ello, *a contrario sensu*, cualquier conducta o elemento no previsto o contenido en el derecho está por naturaleza excluido de su ámbito material.

Por ello, como ha afirmado Aragón Reyes, cuando ha de calificarse una conducta como propia o no del contenido de un derecho, debemos acudir, en primer lugar a verificar su propia delimitación constitucional⁽²⁾. Así, de la misma manera que el derecho de reunión lo es de «reunión pacífica» (art. 21.1 CE), o el de reunión en lugares de tránsito público, lo es sin «alteración del orden público, con peligro para personas o bienes» (art. 21.2 CE.), el derecho de información lo es de la «información veraz» [art. 20.1.d) CE], y ello conlleva necesariamente que debamos entender estos elementos *como una auténtica parte estructural del contenido esencial de estos derechos*, y no como una parte meramente adjetiva o limitativa de los mismos.

En virtud de este argumento, resulta ahora sencillo afirmar que cuando una reunión no sea pacífica, no se estará ejercitando el derecho de reunión del artículo 21.1 CE, o cuando en una reunión en lugares de tránsito público se produzca una alteración del orden público con peligro para personas o bienes, estos comportamientos quedarán al margen del contenido del derecho previsto en el párrafo segundo del mismo precepto, y, lo mismo se puede afirmar de la información que no sea veraz. La delimitación constitucional, por todo lo ex-

⁽¹⁾ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., «La teoría de los derechos fundamentales», en *Revista de Estudios Políticos* núm. 71, CEC, Madrid, enero-marzo 1991, pp. 99.

⁽²⁾ ARAGÓN REYES, M., «El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información», en *Revista Jurídica de Estudiantes*, UAM, Dykinson, núm. 1, Madrid, 1999, p. 34.

puesto, constituye el auténtico contenido objetivo de un derecho a partir del cual se incluyen o excluyen de su ámbito material las diversas actitudes, facultades y cualesquiera otros elementos de la realidad del caso concreto. No se debe olvidar que la primera garantía de un derecho es precisamente la de su reconocimiento, y en este reconocimiento se debería encontrar con claridad «todo» lo que se reconoce, y, por tanto, por exclusión lo «no» reconocido.

Como ha advertido I. de Otto, a pesar de que en numerosas Sentencias del TC. se ha confundido este concepto de delimitación constitucional con el de los límites de los derechos, se trata de dos realidades absolutamente distintas. En primer lugar, y como primera premisa debemos afirmar con de Otto que no hay derechos ilimitados, pues, por naturaleza un derecho ilimitado es un «no derecho», toda vez que cualquier derecho o libertad, ya sea fundamental o no, ampara aquello que ampara y nada más⁽³⁾. Tanto la determinación del campo normativo cuando el tratamiento de que sea objeto circunscriben el contenido del derecho, señalan sus límites y fronteras, y por ello cabe hablar de *límites intrínsecos*, esto es, *aquellos que derivan de su propia naturaleza, y, por tanto dibujan los precisos contornos de ese derecho*.

Mas, ello no equivale a decir que todos los derechos sean limitados en el sentido de limitables. Y es en este preciso momento cuando debemos introducir el concepto de *limitación*, que entendida en el sentido propio de esta materia significa: *la acción que lleva a efecto el legislador de constreñir el ámbito objetivo de un derecho o libertad, cuando se reconoce constitucionalmente esta facultad como uno más de los elementos estructurales de ese derecho*. De este modo podríamos hablar de una potencialidad –habilitación constitucional– que se encuentra intrínsecamente en la estructura de un derecho: su limitabilidad por el legislador; y de un efecto cuando se lleva a término la limitabilidad: la mayor concreción del contenido del derecho, que se ha realizado desde el exterior merced a la habilitación.

A modo de ejemplo: cuando la Constitución reconoce que la libertad de expresión tiene sus límites en el derecho a la protección de la juventud y de la infancia, realmente está trazando el contorno de ese derecho fundamental, y por tanto delimitando su contenido. En principio, la intervención del legislador para concretar este límite no es necesaria, pero como ha advertido de Otto, esta intervención puede requerirse, ya que el límite resulta de la propia norma constitucional, y una eventual laguna legal en la protección de los demás derechos no impediría afirmar que al lesionarlos se ha traspasado el límite de la libertad de expresión con las consecuencias que fueran constitucionalmente viables. Otro claro ejemplo de limitación, lo podemos encontrar en la limitación o exclusión del derecho de libre sindicación en las fuerzas o Institutos Armados; la cual no viene establecida por la propia norma constitucional, toda vez que tan sólo realiza una habilitación general al legislador que «podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar...», artículo 28.1 CE)⁽⁴⁾. En este caso resulta claro que la limitación concreta sólo puede provenir del exterior a la propia norma

⁽³⁾ DE OTTO Y PARDO, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en *Derechos fundamentales y Constitución*, obra colectiva con MARTÍN RETORTILLO, L., Civitas, Madrid, 1988, pp. 137 y ss.

⁽⁴⁾ DE OTTO Y PARDO, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en *Derechos fundamentales y Constitución*, *ibídem*, pp. 137 y ss.

constitucional, y ello por que lo que preexiste a este acto concreto de limitación es una mera previsión constitucional (una potencialidad de limitación). La conclusión es clara: el acto concreto de limitación por parte del legislador tiene un valor constitutivo –de ese límite–, y no meramente declarativo, que, como hemos visto sólo se puede invocar cuando el límite se ha gestado intrínsecamente ligado al derecho en la Constitución, constituyéndose en un elemento más de su contenido como una parte estructural del mismo.

Para completar el tratamiento de este problema sólo resta hacer referencia a otra clase de limitación, que también se produce desde el exterior al derecho o libertad, pero que a diferencia de la «limitación general», que, como hemos visto solo puede provenir del legislador, se trata de otro tipo de limitación referida al supuesto de hecho concreto y que es por tanto coyuntural. Y es que los derechos y libertades, resulta obvio que son muchas veces limitados de forma coyuntural por la jurisdicción, aunque en propiedad, tal y como ha señalado Aragón Reyes, se trataría más bien de una «cesión» o «apartamiento» de un derecho en un caso particular por el juez para preservar (darle preferencia en el caso concreto) otro derecho fundamental, nunca un bien constitucional que no sea derecho, puesto que ello, como antes se ha dicho, sólo puede hacerlo el legislador ⁽⁵⁾.

Esta técnica jurisdiccional de limitación coyuntural de los derechos sólo se puede aplicar en los casos en los se produce una colisión entre los derechos, que la mayor parte de las veces viene precisamente condicionada por una defectuosa delimitación constitucional o legal que genera verdaderos «espacios grises» en vez de contornos bien definidos entre los derechos. Esta limitación coyuntural, y referida únicamente al caso concreto, sólo se puede realizar como último remedio y con la única finalidad de esclarecer el contenido de los derechos que han colisionado en ese supuesto concreto y cuál debe prevalecer.

2. La necesidad de una interpretación de los derechos y sus límites desde la Constitución como norma primaria

Cuando el operador jurídico se enfrenta a la interpretación del orden público, se suele enfrentar a un problema de delimitación constitucional o, como se le ha denominado tradicionalmente, de límites entre intereses constitucionales o incluso entre derechos constitucionales ⁽⁶⁾. Desde este presupuesto, generalmente habitual, la interpretación del orden público no es una labor colateral o incidental con carácter meramente aclaratorio para la solución del caso. Lejos de esto, existe un verdadero vínculo de necesidad entre la interpretación satisfactoria de la cláusula de orden público y la solución del caso concreto.

Tras más de veinte años de vida del régimen constitucional vigente, pensamos que hoy no se puede mantener la postura de que nuestra Constitución no es una norma que pueda, por ella misma, aplicarse directamente al caso concreto para tutelar y satisfacer sus propios derechos, bienes e intereses constitucionales.

Dicha satisfacción, en los derechos fundamentales es potencialmente plena, y decimos potencialmente porque nuestra Constitución dispone de los mecanismos jurí-

⁽⁵⁾ ARAGÓN REYES, M., *El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información*, ob. cit., p. 35.

⁽⁶⁾ En concreto del tantas veces invocado interés general o público y el ejercicio ya individual o colectivo de un derecho cuyo interés tutelado no tiene la misma naturaleza o trascendencia pública o colectiva.

dicos adecuados para garantizar la eficacia directa del catálogo de derechos fundamentales. Cada uno de los derechos fundamentales que conforman nuestro catálogo se ha gestado a lo largo de una dilatada tradición histórica constitucional que ha ido moldeando su sentido y ámbito material hasta llegar a su contenido actual.

Desde luego no proponemos tener girada la mirada continuamente hacia el pasado, pero si contemplar los antecedentes y la evolución de un derecho cuando el operador jurídico se enfrenta a su sentido y función actual⁽⁷⁾. Y lo mismo se puede predicar respecto de sus límites; el orden público en concreto, como veremos a continuación se ha gestado a lo largo de dos siglos de tradición constitucional en Europa, y esta pesada carga no puede ser ignorada a la hora de entender su función limitadora de derechos tradicional, abriendo el paso a cualquier otro criterio de interpretación, y ello porque los antecedentes constitucionales constituyen en buena medida la «paternidad responsable» de nuestra actual Constitución, son en definitiva también Constitución desde este prisma.

3. El artículo 10 de la Constitución como punto de referencia obligatorio para la interpretación del orden público

Con buena dosis de razón se ha dicho por la doctrina en multitud de ocasiones que los problemas que plantea la interpretación en general de los derechos y en especial la de límites como el orden público desaparecerían si nos situásemos en la obligada órbita del artículo 10 de nuestra *prima lex*.

En efecto, a parte de su carácter de *norma-clave*, punto de conexión entre el Preámbulo y el Título preliminar, por un lado, y el resto del Título I, por otro, que dicho precepto encabeza, en su primer apartado se integran —mediante la referencia a la dignidad de la persona, a sus derechos inviolables y al libre desarrollo de la personalidad— los principios y valores esenciales de libertad, igualdad y justicia que enuncian el Preámbulo y los artículos 1 y 9 CE.

⁽⁷⁾ Reflejo brillante de esta necesidad ha sido expuesta por Ruiz-Giménez Cortés con estas palabras al comentar el artículo 10 CE: «Una primera lectura de este artículo (realmente clave y que encabeza e ilumina el título primero de la C., consagrado a declarar y proteger los “derechos y deberes fundamentales”) nos sitúa, de golpe, en el corazón mismo de la inmensa aventura humana hacia la libertad y la justicia.

Sería impertinente intentar aquí un rastreo a fondo de las huellas que han ido dejando en la Historia, a lo largo de milenios, esas ideas esenciales. Nos basta con recordar que el avance del pensamiento humanista, en pugna con realidades sociales rígidamente estratificadas, opresiones y discriminaciones, ha sido jalonado por la creciente toma de conciencia de la dignidad de todos -y cada uno- de los seres humanos, mujeres y hombres; de su igualdad esencial y de su vital anhelo de justicia y liberación, en el cuerpo y en el espíritu. Así fue en el antiguo y lejano Oriente de Lao-Tse y de Confucio, o en el Oriente más próximo, de los sabios y profetas de Israel, al hilo de la revelación de Yahvé; como también la cuna de la civilización occidental, en la Grecia del siglo de Pericles y en la Roma de Cicerón y de Séneca.

Es cierto que ni esas iluminadoras voces, ni siquiera la fuerza liberadora del Evangelio, en las palabras de sus más auténticos predicadores, lograron romper las estructuras sociales injustas, que durante siglos resistieron, y abrir auténticos caminos de solidaridad y de paz.

Pero, como las gotas de agua que horadan las piedras; esas nobles ideas fundamentales, recogidas, renovadas, enriquecidas por los humanistas del Renacimiento y por los más lúcidos pensadores de los siglos XVI al XVIII fructificaron un día, como principios normativos (con su doble vertiente, inescindible, de derechos y deberes), en las grandes proclamas de las Revoluciones que abrieron brecha y dieran sentido a la Era en que vivimos.» Véase: RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., «Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona», en obra colectiva coordinada por ALZAGA VILLAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas, vol. II, Madrid, 1996, pp. 40 y ss.

El artículo 10 CE tiene un gran valor jurídico toda vez que esos principios y valores se concretan positivizándose de forma inequívoca en una norma imperativa la cual sirve de soporte y eje a todos los derechos fundamentales.

En este sentido puede afirmarse con Ruiz-Giménez, «que este precepto constitucional ocupa un rango fundamentalísimo, con eficacia legitimadora, iluminadora y *propulsora para afianzar instituciones, esclarecer ambigüedades, cubrir lagunas e integrar nuevas potencialidades en el esfuerzo colectivo hacia cotas más elevadas de justicia y de liberación humana*»⁽⁸⁾.

Consecuencia de esta posición relevante del artículo 10 CE, es la triple función que cumple este precepto constitucional:

- En primer lugar una *función legitimadora del orden político*, en sí mismo, y del *ejercicio de todos los poderes públicos*.

Unicamente será legítimo el *orden político español* cuando respete y tutele la *dignidad* de todas y cada una de las personas radicadas en su ámbito, sus derechos inviolables y el libre desarrollo de su personalidad; asegure el imperio de la ley y coordine el recto uso de todos esos derechos, por otra parte, además, condición de la paz social.

El ejercicio del Ejecutivo, Legislativo y Judicial estará justificado en la medida en que contribuya su poder a garantizar y estimular el arraigo de esos valores esenciales en la vida colectiva, adquiriendo especial relevancia esta función legitimante en el ámbito de la *potestad sancionadora* como fundamento y límite de la misma. Unicamente será válida y vinculante el ejercicio de esta potestad si asume los valores a que responden los derechos fundamentales de todas las personas convivientes en España, ciudadanos o extranjeros, y si se concreta en la salvaguardia de los mismos, ciñendo la sanción a lo estrictamente necesario, en equidad y justicia, para mantener la paz social.

En lo que a nosotros ahora interesa, la relación entre el artículo 10 CE y los límites de los derechos fundamentales (que es la concreta función del orden público), Ruiz-Giménez entre otros ha señalado acertadamente que «más aun, en el ejercicio de esa potestad –la sancionadora– serán de «aplicación directa o inmediata» los principios normativos que contiene el artículo 10; y, a esa luz, se concretarán el contenido esencial y los límites de los derechos fundamentales, incluso de aquellos que, en el texto constitucional, aparecen más explícitamente determinados [...]»⁽⁹⁾.

- En segundo lugar una *función promocional*.

El dinamismo es una de las características fundamentales de la dignidad de la persona y sus derechos inviolables, estos están abiertos a un constante enriquecimiento y es por ello que el apartado primero de este precepto se refiere expresamente al «libre desarrollo de la personalidad», así como el apartado segundo prescribe la vinculación de la interpretación de los derechos fundamentales y las libertades públicas que la CE reconoce a lo prevenido en los Pactos internacionales sobre las mismas materias que España ratifique.

⁽⁸⁾ *Ibidem*, p. 58 a 60.

⁽⁹⁾ *Idem*, pp. 58 a 60.

- En tercer lugar una *función hermenéutica*.

La objetivación de la función hermenéutica la realiza este precepto en un doble nivel: el nacional y el supranacional.

Por lo que respecta al primero, todos los poderes públicos deben verificar el sentido objetivo-constitucional de las diversas disposiciones normativas antes de su aplicación con estricta sujeción a los valores y principios definidos en este precepto: «la dignidad de la persona, sus derechos inviolables y el libre desarrollo de la personalidad, dentro del respeto a la ley y a los derechos de los demás».

Pero no basta con tener en cuenta solamente estos parámetros reflejados constitucionalmente. El párrafo segundo prescribe que como Jano el procedimiento de interpretación se abra a dos horizontes cuando la normativa, objeto de interpretación, se refiera a los derechos fundamentales y libertades públicas. En este caso la mirada debe volverse además sobre la normativa internacional sobre la materia, concretamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por España; conformando así nuestro ordenamiento interno e internacional una unidad normativa garante y protectora de los derechos humanos⁽¹⁰⁾. Tal como ha expresado Santaolalla, lo que se configura es «una pauta o criterio interpretativo preferente y no una constitucionalización de los acuerdos internacionales sobre derechos humanos»⁽¹¹⁾. La trascendencia de esta afirmación es grande pues de una parte de ella se deduce la objetivación constitucional en cuanto a criterios o enfoques a la hora de interpretar los derechos fundamentales, pero además, el hecho de negar la «constitucionalización» de la normativa internacional hace implanteable que por esta vía pudiera restringirse o limitarse el ámbito material de un derecho fundamental o libertad pública diseñado constitucionalmente.

Esta pregunta —sobre la posibilidad de limitar derechos fundamentales o libertades públicas mediante normativa internacional— ha sido planteada por buena parte de la doctrina. En concreto Soriano la ha plasmado con brillantez expositiva y referida al orden público como límite del derecho de reunión, por ello pensamos, a pesar de su extensión, que merece su reproducción en esta sede como ejemplo de lo que pretendemos clarificar, dice así: «La legislación y la jurisprudencia podrán hacer un mal uso del límite constitucional del orden público. Pero no puede decirse que el constituyente haya sido poco respetuoso con el ejercicio de este derecho —se refiere al de reunión—, ya que en el texto del artículo 21.2 de la Constitución solamente aparece esta referencia al límite del orden público y a la obligación de la previa comunicación a la Administración en las reuniones en lugares de tránsito público y en las manifestaciones. El artículo 21.1 de nuestra Constitución es más generoso que el homonumérico artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1976 (entrada en vigor), que señala una lista extensa de limitaciones al ejercicio del derecho de reunión, entre

⁽¹⁰⁾ Dicha unidad no es estática, tal como indica Bandrés; el Convenio de Roma, actualizado por los trabajos del Tribunal de Estrasburgo, se integra en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, procurando un osmosis plena y satisfactoria entre ambos ordenamientos, entre el ordenamiento interno y el ordenamiento europeo, que así mismo provocan una comunicación respetuosa entre los respectivos tribunales jurisdiccionales de tutela y una adaptación de los estándares nacional y europeo, alimentando y alentando el respeto a la dignidad humana como elemento de civilidad y sostén de la paz jurídica en Europa. Cfr.: BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. MANUEL, *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1996, p. 37.

⁽¹¹⁾ SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: «Los Tratados como fuentes de Derecho en la Constitución española de 1978», en obra colectiva: *La Constitución española en las fuentes del Derecho*, vol. III, Ed. Ins. Est. Fiscales, Madrid, 1979, p. 1928.

ellas la razón de orden público. La colisión de ambos preceptos en función del valor interpretativo de los pactos internacionales ratificados por España concedido por el artículo 10.2 de la Constitución conduce directamente al planteamiento de esta pregunta: ¿Qué hacer si el juez español se acoge al referido artículo 10.2 de la Constitución e interpreta el alcance del derecho de reunión conforme al Pacto Internacional citado? ¿Quién prevalece en este tema de los límites del derecho de reunión: el artículo 21 del Pacto Internacional en función del valor que le concede el artículo 10.2 de nuestra Constitución, o el artículo 21.2 de la misma?»⁽¹²⁾.

No debe haber lugar a dudas, la respuesta de Soriano se sitúa en la misma línea que Santaolalla, al menos en cuanto al resultado, de ahí que apoye la subsidiariedad del artículo 10.2 de la Constitución cuando textualmente se indiquen límites concretos en los preceptos constitucionales, de manera, dice, «que los acuerdos y tratados internacionales ratificados por España poseen tan sólo una función interpretativa del alcance de tales límites constitucionales, pero no representan un añadido más de nuevas limitaciones»⁽¹³⁾. En este sentido, y sin perjuicio de un más profundo tratamiento posterior al analizar las funciones del orden público, debe recordarse que nos encontramos ante un problema de *delimitación constitucional* y no de *limitación constitucional*; nuevamente el recurso a este razonamiento impone la necesidad de partir por parte del operador jurídico de la propia configuración constitucional.

Y en parecido sentido se ha manifestado también Bandrés Sánchez-Cruzat, cuando al referirse a la proyección del Convenio sobre nuestro Derecho público ha afirmado que aquel «proporciona un estándar mínimo, no máximo, de reconocimiento del ámbito de tutela de cada derecho fundamental garantizado, de modo que el Convenio europeo aparece como un sistema jurídico destinado a crear estándares mínimos confortables en el goce y protección de los derechos humanos; y, en su doble valencia, de afectar a un núcleo privilegiado determinado de derechos y libertades»⁽¹⁴⁾.

Esta afirmación, de otra parte, encuentra su cristalización jurídica mediante su positivación en el artículo 60 de la Carta europea que establece expresamente que ninguna disposición podrá ser interpretada en el sentido de limitar o perjudicar los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en las leyes del Estado contratante o en cualquier otro Convenio en que sea parte.

El estándar mínimo de protección, auspiciado desde el Convenio y consagrado por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, no impide que sea rebasado por los tribunales internos, garantizando un mayor nivel de eficacia en el reconocimiento de los derechos y libertades, lo que da también carácter a su configuración como sistema subsidiario de tutela de los derechos humanos. Así, se aprecia, tal como señala Bandrés Sánchez-Cruzat⁽¹⁵⁾, contrastando las sentencias del Tribunal europeo de 28 de agosto de 1986 resolviendo los Casos Glasenapp y Kosiek, que ratificarían la doctrina del Tribunal Constitucional alemán, a propósito de la libertad de expresión de los funcionarios públicos y el acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos —co-

(12) SORIANO, RAMÓN, *Las libertades públicas*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 201.

(13) *Ibidem*, p. 201.

(14) BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, JOSÉ MANUEL, *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1996, p. 34.

(15) *Ibidem*.

regida recientemente en la sentencia Vogt, de 26 de septiembre de 1995—, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, advertida en las Sentencias 101/1983, de 18 de noviembre, y 122/1983, de 16 de diciembre.

En definitiva, el artículo 10 CE aparece en nuestra Constitución como punto de referencia obligatorio para la labor interpretativa constitucional. El frontispicio del título primero establece los parámetros objetivos de constitucionalidad con la triple función descrita⁽¹⁶⁾.

En materia de derechos fundamentales y libertades públicas abre más los criterios de interpretación mediante la referencia obligatoria a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, instrumentos, que como acabamos de ver constituyen el «suelo» o estándar mínimo de protección. En esta materia por tanto no se puede objetar, según lo que hemos expuesto, que falte la «totalidad histórico-dogmática» a la que hiciera referencia Savigny, ni la estructura normativo-material suficiente para desentrañar el sentido y alcance de los derechos y por tanto de sus límites.

Se trata de un procedimiento abierto, por supuesto, pero constitucional; y decimos constitucional porque los parámetros son objetivos y vinculantes, constitucionalmente se trata de auténticas previsiones constitucionales. Se trata de los fundamentos del orden político y de la paz social los cuales, como veremos, a continuación a través de la ponderación y de la razonabilidad pueden dilucidar el sentido y alcance de los derechos, las libertades y, por supuesto los límites. Pero en materia de derechos fundamentales y libertades públicas la apertura del procedimiento es aun mayor, toda vez que la normativa internacional puede proporcionar nuevos enfoques y criterios de interpretación objetivos sin por ello salirse de las previsiones constitucionales, que en este caso proporcionan, invocando la amplia normativa internacional sobre esta materia, una estructura normativa más que suficiente para la interpretación.

B) INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES EN LA JURISPRUDENCIA DURANTE EL PERÍODO FRANQUISTA, EN ESPECIAL EL LÍMITE DE ORDEN PÚBLICO

1. El límite de orden público: un concepto gestado históricamente entre lo político y lo jurídico, una fórmula de habilitación para el Ejecutivo

Si existe una afirmación contundente acerca del sentido del concepto de orden público que se pueda realizar sin temor a la más mínima equivocación es el carácter impreciso del mismo.

El carácter omnicomprendivo del concepto arranca de la propia configuración del término, en nuestra tradición constitucional histórica, como una fórmula de habilitación del Ejecutivo para superar la estrecha atribución de sus competencias.

⁽¹⁶⁾ Véase un estudio en profundidad sobre esta materia en LÓPEZ GONZÁLEZ, J. L., *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pp. 118 a 127.

El hecho de que no existiese una definición constitucional o legal más o menos precisa, ni siquiera un acercamiento doctrinal a sus fundamentos ⁽¹⁷⁾ en pro de la unidad del concepto ha propiciado sin duda que el orden público se haya configurado como un concepto de contenido y contornos evidentemente definidos por vía jurisprudencial.

Como veremos esta solución no ha sido satisfactoria para el asentamiento de un concepto unitario sobre la cláusula de orden público. Ello hubiera sido lo deseable en pro de la seguridad jurídica, no obstante, han sido constantes los virajes en sede jurisprudencial sobre el sentido, contenido y funciones de esta cláusula.

Opinamos que lejos de lo que *prima facie* podría deducirse, lo que ha sucedido es que la aplicación jurisdiccional del Derecho ha respondido escrupulosamente a los principios jurídico-políticos y constitucionales que han inspirado los diversos sistemas jurídico-constitucionales de nuestra tradición histórica; ahora bien, el problema ha residido precisamente en que los diversos sistemas jurídico-constitucionales no se han preocupado por la necesaria delimitación jurídica del concepto. La exigencia constitucional de la congruencia del sistema jurídico ha convertido al orden público en una cláusula conciliadora entre éste y el régimen político.

De hecho, durante el siglo pasado y el periodo franquista, la jurisdicción ha recurrido con frecuencia al esclarecimiento del significado de «Régimen» con el fin de demostrar su inseparabilidad del concepto de «Estado». Como también ha hecho sinónimas la tranquilidad callejera o normalidad viaria y «estabilidad» (STS de 23 de febrero de 1971); equiparando acto y seguido «lo estable» con «lo establecido», según este orden de ideas el orden público viene a ser lo estable, lo establecido, que no es otra cosa que el orden político; como bien señala Bastida lo público y lo político se identifican ⁽¹⁸⁾.

Un sólido apoyo a esta afirmación se contiene en la reiterada jurisprudencia del TS, de la que constituyen buenos ejemplos las SSTs de 12 de febrero de 1970 y de 13 de febrero de 1971: «La alteración del orden público e interrupción del tránsito constituye ataque a la seguridad interior del Estado, porque como ha expuesto esta Sala en sentencias del 18 de diciembre de 1968 y 30 de enero de 1970, entre otras, dicho bien jurídico sufre cuando por medios violentos se trastorna la paz social, la tranquilidad ciudadana, el libre tránsito o el orden establecido por el Estado para la mejor convivencia humana».

Tal como ha señalado el mismo autor, la referencia al término «establecido» conlleva la pregunta sobre quién es el establecedor del orden, de la «situación». Como acabamos de ver en la STS 18 de diciembre de 1968 se contesta taxativamente que es el Estado en cumplimiento de la concreta finalidad de organizar la mejor convivencia ciudadana.

El TS no entiende por orden público tanto la materialidad exterior, cuanto la materialidad exterior *establecida*, y poner en duda si lo establecido es lo mejor para la convivencia de los españoles, es una cuestión política convertida legal y jurisprudencial.

⁽¹⁷⁾ Como vimos la doctrina fundamentalmente se ha preocupado de cuestiones más cercanas a la filosofía jurídica como es el fundamento del concepto que de dotarle de un verdadero sentido no ya universal, sino simplemente unitario y válido para el ámbito de nuestro Derecho constitucional. Si irreconciliables han sido las dos posturas mayoritarias sobre su fundamento, imposible ha resultado llegar a la unidad en el contenido del concepto.

⁽¹⁸⁾ BASTIDA, F. J., *Jueces y Franquismo*, Ariel, Barcelona, 1986, p. 130.

cialmente en cuestión de orden público: «las faltas administrativas no precisan ni suponen que existan actos contrarios al orden público que alteren o dañen al mismo, sino que se produce por cualquier transgresión que afecte a las exigencias de su mantenimiento, *al simple peligro como es propugnar la creación de una oposición de acción política al margen del cauce de la legalidad con lo que indudablemente lejos de colaborar a las exigencias de mantener el orden público interior se colabora en que se originen estados conflictivos para el mantenimiento de este orden*» (STS de 13 de marzo de 1970).

La tesis de que las organizaciones y manifestaciones políticas ilegales tienen como fin el desorden, confirma esta identidad entre el orden público y político mantenida en los fallos, pues, de concebir a aquél como «sosiego ciudadano», cabría sustentar que dichas organizaciones y manifestaciones pretenden, por medio de la alteración de tal sosiego, llamar la atención sobre sus fines. Fines que, desde una concepción política del orden, consistirán en desordenar lo ordenado o, en otras palabras, cambiar pacífica o violentamente el orden establecido por otro conforme a sus ideales.

2. La interpretación y aplicación del orden público durante la etapa franquista

Copiosa resulta la jurisprudencia emanada del TS en torno al concepto y contenido del orden público, y este dato a nuestro juicio constituye ya *per se* la primera prueba de que su contenido y funcionalidad como límite de los más variados derechos civiles y políticos no ha sido lo suficientemente claro como para alejarse de los numerosos procedimientos sobre esta materia⁽¹⁹⁾.

Por decirlo en términos coloquiales, no ha llegado al ciudadano de la calle un concepto lo suficientemente claro acerca del orden público; o, mejor de su función constitutiva de limitar sus derechos. Ello ha motivado a Martín Retortillo a confirmar una vez más que «la cláusula de orden público horada, en realidad el ámbito de eficacia de los derechos. Si la imprecisión —la vaguedad— es nota destacada de la cláusula, no lo es menos el hálito e ímpetu que intencionadamente se le ha querido dar. Por eso he hablado de cláusula imprecisa y creciente»⁽²⁰⁾.

La cláusula de orden público más bien se ha convertido, utilizando la terminología del ajedrez, en un jaque continuo a los derechos civiles y políticos más variados; y claro está, cuando hay muchos jaques seguidos la partida suele concluir merced a un mate del que los realiza.

Pensamos que es lo que ha sucedido con los derechos que se han limitado de forma genérica por la ley. Posteriormente, en la realización particular del Derecho en sede jurisdiccional no se ha flexibilizado en absoluto la capacidad limitativa de los derechos por la cláusula; bien al contrario lo que ha sucedido es que se ha potenciado su *vis expansiva* hasta límites insospechados, hasta la utilización de la analogía para lle-

⁽¹⁹⁾ Un estudio muy riguroso sobre este tema en MARTÍN RETORTILLO, L., *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1973, pp. 33 a 62.

⁽²⁰⁾ MARTÍN RETORTILLO B. L., *La cláusula de orden público como límite -impreciso y creciente- del ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid, 1975, p. 67.

gar a limitar a otros derechos. En estos supuestos se ha invocado la utilización de la técnica de la unidad jurisprudencial.

Tanto cuando la limitación de los derechos y libertades se ha operado a través del orden público como mediante los variados principios unitarios del Régimen, el resultado ha sido el mismo: la negación de esas libertades. Y es que han sido baldías las pretensiones del TS de compatibilizar los límites a la libertad, derivados de aquellos principios unitarios difusos (concretados muchas veces merced al concepto indeterminado de orden público), con la propia idea de libertad.

Con carácter previo al pronunciamiento del fallo, casi siempre condenatorio, el Alto Tribunal solía recordar que el Fuero de los Españoles reconoce los derechos fundamentales de la persona, pero que éstos no son absolutos, toda vez que tienen un *límite general* constituido por el Bien Común, así como concretas prohibiciones que, lejos de debilitar los derechos «consagrados» en aquella Ley Fundamental, sirven para una «adecuada realización de los mismos»⁽²¹⁾.

Sin embargo, el problema reside precisamente en dilucidar hasta dónde alcanzan los límites exigidos por la ley y la jurisprudencia y si en su amplitud niegan, o no, lo que hoy nuestra Constitución denomina el «contenido esencial de los derechos».

Mientras que el artículo 1 de la LOP disponía que el orden público se fundamenta en «[...] el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales, reconocidos en las Leyes», el TS, en la mayoría de sus pronunciamientos, invertía el sentido del citado artículo concluyendo que sólo puede haber ejercicio de las libertades cuando previamente está asegurado el mantenimiento del orden público⁽²²⁾.

3. Técnicas y principios jurisdiccionales para la interpretación y aplicación de los límites al ejercicio de los derechos durante el periodo franquista

En primer lugar, en la jurisprudencia del TS se afirma con gran reiteración que su misión consiste en interpretar y aplicar las leyes con la aceptación absoluta del dogma del apoliticismo de la Magistratura y con total subordinación al mandato del legislador.

Así, puede leerse en numerosas SSTs:

«Imposibilidad de encuadrar el comportamiento enjuiciado en la norma invocada por la acusación y aplicada por el Tribunal de instancia, al margen siempre de cualquier otra posible y directa valoración extrajurídica, concerniente a la entraña política de la cuestión, en que no sería dado incidir en virtud de la *posición abstencionista sabiamente prescrita al efec-*

⁽²¹⁾ Así por ejemplo, en las Sentencias del Tribunal de Orden público de 20 de marzo de 1969 y 27 de noviembre de 1973, el TOP, ha hecho referencia a esta limitación general diciendo que: «para la emisión de libre pensamiento, derecho natural protegido por las Leyes Fundamentales, hay una insalvable limitación general de bien común y concretas prohibiciones penales cuando se pretende fomentar ideas separatistas que desintegran la Patria».

⁽²²⁾ Así, por ejemplo el TOP, en Resolución de 22 de dic de 1970, CLE 1412, decía: «... el figurar peyorativamente la frase «libertad» como una expresión de negativismo, como si en nuestro país no se disfrutaran todas las libertades conciliables con el mantenimiento del orden público y el desenvolvimiento de la convivencia social pacífica, y el haber pintado también otros letreros -FNL si, Dictadura no-, como si esta nación precisara de ser liberada, o no se rigiese, cual se rige, como verdadero Estado de Derecho dotado de toda serie de garantías ciudadanas...». En el mismo sentido STS. de 26-V-73, ARAN. 2306.

to a los Tribunales de Justicia por su propia normativa institucional orgánica» (SSTS de 26 de abril de 1969, 9 de diciembre de 1968, 24 de mayo de 1971 y 8 de junio de 1973).

Más si bien es cierto que el TS mantiene esta pretendida asepsia exegética, en los principios, no podemos decir lo mismo respecto a la concepción estrictamente positivista del Derecho, que es la que mejor fundamentaría su configuración como «voce-ro de la Ley», por el contrario, de sus razonamientos se desprende claramente un sentido del Derecho que tiene su punto de partida en planteamientos iusnaturalistas de carácter ético-religioso.

Ello le permite en muchas ocasiones hacer observaciones ajenas a la normativa aplicable. Así, y por poner un ejemplo, en STS de 14 de junio de 1973, el Alto Tribunal dogmatizaba la inmutabilidad de la ley divina:

«[...] no puede tampoco pretenderse que lo publicado está como autenticado o garantizado por el escrito suscrito por determinados teólogos católicos, pues antes de afirmarse por estos señores que resulta de innegable interés lo publicado, reconocen determinados desgarros expresivos plasmados en el contexto sobre el que se reflexiona, y si, como afirman, existe un desfase de la Ley con la realidad, sin discriminar en forma alguna entre Ley natural y Ley divina, es indudable que a ellos corresponderá en su caso contribuir a promover la perfección de aquélla por los adecuados medios que la libertad confesional española les concede, ya que la segunda es inmutable.»

Además, la confesionalidad del Estado se confunde en numerosas ocasiones con la «unidad espiritual de España» y ello da pie al TS para sentenciar la fidelidad del legislador a la doctrina de la Iglesia Católica y para argumentar sus decisiones conforme a los textos bíblicos, encíclicas y pastorales y otros textos religiosos a los que en la práctica equipara al Derecho positivo o sitúa como su fundamento ⁽²³⁾.

En otras ocasiones, no menos numerosas, el TS reconoce la vinculación entre ley natural y Derecho positivo. Aquélla suele aparecer en la jurisprudencia como fundamento de éste, a veces al mismo nivel. Así el TS recurre en muchas ocasiones a la «naturaleza» para justificar o generalizar sus particulares creencias o las de otros poderes públicos sobre determinadas cuestiones. De este modo se sanciona, por ejemplo, la publicación de una fotografía de una modelo en bikini porque «es natural que el Estado [...] organice también la defensa contra los actos que públicamente y a través de la Prensa se realicen contra la honestidad, el pudor y el decoro de las personas» (STS de 27 de diciembre de 1969). En otra ocasión, con referencia a la libertad de expresión —se dice en STS de 31 de octubre de 1968— es un «derecho natural» y los límites para él establecidos por el legislador son los «contornos naturales» de aquélla. Otro ejemplo lo constituye la STS de 19 de febrero de 1970, en la que se refiere a la moral de otros países, distinta a las costumbres españolas, orientadas «por un sentido de pudor sincero» y ajenas a «desviaciones sexuales, contrarias al «derecho na-

⁽²³⁾ Un estudio pormenorizado y casuístico- jurisprudencial sobre la función limitativa de la cláusula de orden público en relación a la libertad religiosa durante la etapa franquista, en MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., *Libertad religiosa y orden público (Un estudio de Jurisprudencia)*, Tecnos, Madrid, 1970.

tural» y que aún dentro del orden político no han merecido sino parciales promociones dentro de un periodo constituyente, lejos, por tanto, de constitución política alguna».

Además, el recurso a la naturaleza, sirvió también como criterio discriminador de otras confesiones religiosas como los Testigos de Jehová; así, en STS de 15 de noviembre de 1965 se decía que la promoción por los Testigos de Jehová de los llamados «objetores de conciencia» y la crítica al Régimen demuestran unos objetivos políticos «totalmente ajenos y *naturalmente* impropios de una mera confesión religiosa». Como podrá apreciarse también en estos casos resulta útil la invocación de los principios naturales de las cosas que incluso sirvió para justificar la no aplicación de una ley más beneficiosa para los sancionados, como se argumentó, por una *natural* irretroactividad (SSTS de 6 de octubre de 1967 y de 5 de junio de 1968).

Por otra parte, el TS junto al dogmático recurso a la «naturaleza» emplea, como hemos visto, términos de una relatividad de juicio que en absoluto impulsan la seguridad jurídica, como «adecuado y normal ritmo de la vida cotidiana», «adecuado desenvolvimiento de servicios públicos», «sano patriotismo», «sana convivencia», «buenos principios», etc.

Como bien ha advertido Bastida, «a la hora de concretar la premisa mayor que fundamenta el fallo, el TS, valiéndose de la amplitud y vaguedad de la norma a aplicar, introduce criterios de determinación basados en creencias, juicios y valores metajurídicos (que, en general, coinciden con los principios ideológicos del Régimen) y que contribuyen a formalizar un contenido extenso de la norma en la que luego se subsumirán los hechos. Se trata, pues, de criterios ideológicos que no son jurídicamente indiferentes ya que califican de manera decisiva el supuesto que es condición para la sanción»⁽²⁴⁾. Por tanto no sólo el Derecho, como sería lo deseable, fundamenta el fallo de las sentencias.

Por lo que atañe a la valoración de los hechos constitutivos de la premisa menor —aspecto fundamental, pero olvidado casi siempre en la teoría de la interpretación— se reproduce el mismo fenómeno que acontece en la premisa mayor, es decir, junto a la *quaestio facti* se sitúa como «apéndice» de la premisa menor una serie de juicios, creencias e ideas metajurídicos que actúan a modo de «pre-juicios» sobre la calificación de los hechos, lo cual repercute en la decisión final. Como bien indica el mismo autor, «Si con respecto a la premisa mayor el resultado final varía según opte el TS por un concepto amplio o por uno restringido de «Estado», «seguridad interior», «unidad nacional», etc., con respecto a la premisa menor, el fallo de la sentencia también es distinto según se valoren, con independencia de la premisa mayor, los hechos probados»⁽²⁵⁾.

En definitiva, bien podemos afirmar que la pretendida asepsia valorativa de los tribunales es una falacia en esta época, en la que los prejuicios tratan de elevarse a principios jurídicos, y todo parece servir para justificar la solución pretendida.

⁽²⁴⁾ BASTIDA, F. J., *Jueces y franquismo*, Edit. Ariel, Barcelona, 1986, p. 22.

⁽²⁵⁾ *Ibidem*, p. 22.

C) LA OBJETIVACIÓN DEL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DURANTE NUESTRO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

1. El orden público como garantía del ejercicio de los derechos y libertades

El Derecho está sujeto a la continua evolución, y como veremos a continuación hoy se ha producido un rotundo viraje en la concepción jurídica del orden público. La exigencia jurídica de concreción de algunos institutos normativos e incluso jurisprudenciales ha brillado con luz propia en el caso de la cláusula de orden público; se trata de una exigencia del constitucionalismo democrático que cobra especial relevancia cuando su función se proyecta sobre la eficacia de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Como veremos a continuación, todavía nos encontramos lejos de la precisión y el rigor deseables en cuanto a una concepción jurisprudencial unitaria del orden público, sin embargo, pensamos que se ha dado un paso de gigante con la pretensión de objetivar el concepto de orden público. Dicha objetivación se ha producido con la búsqueda de su sentido en la propia Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. No hablamos estrictamente de positivación jurídica del concepto, hablamos de constitucionalización del mismo, hablamos del principio de legalidad, hablamos en definitiva de la garantía de eficacia de los derechos fundamentales y libertades públicas, y del principio de seguridad jurídica.

2. El orden público como concepto sustentado en el uso pacífico de los derechos y libertades

El primero de los casos propuestos para el análisis de la evolución jurisprudencial del orden público se encuentra recogido en la STS de 20 de enero de 1989. Los antecedentes son los siguientes: El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Culleredo acordó el 26 de junio de 1982 la paralización de las obras que «FRICO, S. A.», estaba efectuando para aprovechamiento de aguas del Río Vigovidín, en Almeiras, en tanto no se resolviese el recurso interpuesto por los vecinos ante la Comisaría de Aguas del Noroeste. Interpuesto recurso de reposición, fue desestimado por silencio administrativo.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo por «FRICO, S. A.», la Sala de la AT de A Coruña, en Sentencia de 28 de mayo de 1985, lo estima, declarando la nulidad de los acuerdos impugnados y condenando al Ayuntamiento de Culleredo a que indemnice a la entidad recurrente el importe de los daños y perjuicios ocasionados por dicha paralización, cuya determinación cuantitativa se haría, en caso necesario, en trámite de ejecución de sentencia.

Promovido recurso de apelación por el Letrado del Estado, el TS, aceptando los considerandos de la sentencia apelada, lo desestima, confirmando aquélla.

El segundo de los considerandos tiene gran interés para nuestro propósito de clarificación del sentido actual del orden público, y dice textualmente «Que una hipotética alteración del orden público, que en las actuaciones practicadas carece del mínimo elemento probatorio, no justifica en absoluto la forma de proceder del señor

Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Culleredo, que el propio representante de la Administración califica de intervención sin demasiada fortuna, pues *el orden público se alcanza cuando cada ciudadano puede usar pacíficamente de sus derechos y libertades*, pero no impidiendo el ejercicio de los reconocidos por resoluciones firmes de la Comisaría de Aguas y del propio Ayuntamiento, ni menos servir de exculpación para una paralización indefinida de las obras, prolongada durante años, a lo que es de añadir que la revocación de resoluciones administrativas firmes tiene unas causas y procedimiento determinados con precisión, al igual que la suspensión de los efectos de una licencia por motivos urbanísticos, con la garantía del control inmediato de los Tribunales.

Sin relativizar ahora el concepto jurisprudencial del orden público al caso concreto, pensamos que muy bien podemos retener el sentido de que el orden público se alcanza cuando cada ciudadano puede usar pacíficamente de sus derechos y libertades. Como podrá apreciarse el paso es importante y trascendente en cuanto al concepto y sobre todo la función de la cláusula.

Desde esta concepción plenamente constitucional y que respeta el sentido impulsado desde el consenso de la Moncloa para el orden público, podemos afirmar que los términos se han invertido. Anteriormente, los derechos y libertades –su ámbito material-efectivo de ejercicio– se condicionaban a donde llegasen los ecos constreñidores de una cláusula omnipotentemente limitadora; ahora el contenido del concepto de orden público se relativiza al correcto ejercicio de los derechos y libertades: existirá orden público si los derechos despliegan la eficacia dibujada constitucionalmente. Y ello desde el enfoque de una interpretación *pro libertate* del ejercicio de los mismos.

Ello significa, como bien muestra el caso, que el terreno abonado para el orden público, ahora se riega para los derechos, y sólo cuando éstos maduren invadiendo el terreno ajeno podremos decir que se ha vulnerado aquél. Se trata ahora de un concepto con minúsculas, residual, sin sustantividad propia y relativizada su existencia al incorrecto o ilegítimo ejercicio de un derecho fundamental o libertad pública.

Utilizando las palabras de Alonso García, constituye –ahora– *orden público no la causa justificativa del límite o restricción de las libertades, sino su ejercicio con plenas garantías; es decir, la plena vigencia de los valores básicos que constituyen el ordenamiento jurídico-constitucional*»⁽²⁶⁾.

En este mismo orden de ideas, el segundo de los fundamentos de Derecho de la anterior Sentencia del TS decía respecto del orden público que *«La Resolución del señor Alcalde de Culleredo motivada en “las alteraciones de Orden Público que pueden producirse” carece de amparo legal»* entre otras muchas razones porque *«el orden público en su aceptación de discurrir pacíficamente, y sin alteraciones las instituciones públicas y privadas y la de los individuos en el ámbito de una comunidad, no puede oponerse al ejercicio de un derecho legítimo y al principio de irrevocabilidad de los actos administrativos [...] ya que, sin perjuicio de la inexistencia de una norma específica que la ampare la suspensión de los efectos de una licencia por entender la Autoridad Municipal que pudieran producirse alteraciones callejeras de hacerse efectiva vulnera el principio de legalidad, artículo 9.º-3 de la Constitución, y,*

⁽²⁶⁾ ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984, pp. 352-353.

en cualquier caso al *orden público que dimana del debido acatamiento a la normativa jurídica aplicable*, sea cual sea el tiempo transcurrido desde que se inició el procedimiento del que trae causa el ejercicio de un derecho; que pudo, al tratarse de una licencia municipal de obras, ser objeto de revocación si hubieran incidido los motivos a que se refiere el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 vigente en la fecha en que se dictó el acto recurrido; circunstancias y motivos no invocados tampoco y que no justifican una suspensión de unas obras en ejecución sin la previa revocación de la licencia e indemnización correspondiente».

Como puede apreciarse, para el TS el concepto de orden público, o, mejor su función limitadora del ejercicio de derechos, no depende de criterios públicos subjetivos, de meras suposiciones, o incluso de principios más o menos difusos deducidos o proyectados sobre nuestro ordenamiento jurídico. Sólo desplegará su eficacia limitadora de derechos el orden público cuando encuentre su fundamento en una disposición legal. Se trata simplemente de vigorizar uno de los principios que sustentan nuestro régimen constitucional, se trata de que los poderes públicos acaten lo preceptuado en el artículo 9.º-1 de la CE, se trata en suma, nada más pero nada menos de que despliegue su eficacia el principio de legalidad (art. 25. 1).

No obstante, en esta sede, tal y como recuerda la STS de 14 de mayo de 1991, conviene precisar que «ello no obsta a que el principio de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución no incida en actos o disposiciones nacidos al mundo del Derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada, y si bien es claro que a partir de la entrada en vigor de la Constitución toda remisión a la potestad reglamentaria para definición de nuevas infracciones o la introducción de nuevas sanciones carece de virtualidad y eficacia, distinto es el supuesto en que la norma reglamentaria post-constitucional se limita sin innovar el sistema de infracciones y sanciones en vigor, a aplicar ese sistema preestablecido al objeto particularizado de su propia regulación material, porque en realidad se trata, no de remisión normativa, sino de una reiteración de las reglas sancionadoras establecidas en otras normas más generales por aplicación de una materia singularizada incluida en el ámbito genérico de aquéllas [...]».

En cualquier caso, en otras sentencias, por todas la STS 30/1991, de 10 de julio de 1991, vuelve a incidirse en un concepto más amplio del orden público, concretamente cuando éste no se refiere a derechos fundamentales y libertades públicas, equiparando su contenido al concepto también indeterminado y no tipificado legalmente de «tranquilidad pública»:

«[...] pues no debe olvidarse que en un estado de normalidad —y siempre ceñido al campo de los derechos no fundamentales— *el orden público es un concepto jurídico que puede integrar en su contenido expansivo al de «tranquilidad pública»*, y desde él justificar sobradamente La intervención administrativa con la finalidad de protección de los derechos de los ciudadanos en relación con el descanso, calidad de vida en medio ambiental adecuado, etc.

En la medida en que la continuidad de la apertura de un establecimiento público potencialmente molesto (ruido, etc.) pasada la hora de su cierre obligado (o anticipándose) puede incidir —y de hecho así ocurre— so-

bre el valor «tranquilidad pública», determinando a veces situaciones de protesta u oposición del vecindario afectado, susceptibles de desembocar en alteraciones de una normal convivencia ciudadana. En esa medida el hecho o actividad imputada podrá encajarse –según los diferentes supuestos– o subsumirse en los supuestos previstos en los artículos 2.e), 2.i) y 2.n) de la Ley de Orden Público».

Precisamente, como se señala en la STS de 21 de noviembre de 1989:

«la función de policía, como fundamento del orden público que implica precisamente “la tranquilidad en la calle”, como recordaba la vieja Sala Tercera de este Tribunal en el Auto de 18 de noviembre de 1987, sobradamente conocido, habrá de ser desde el pasado siglo uno de los puntos de referencia, el principal, para clasificar las heterogéneas actividades que cumple la Administración pública, concepto unido estrechamente al de “imperium” o “potestas” y, en definitiva, al ejercicio del poder por excelencia [...]»

Como podrá apreciarse, por más que se intenta en numerosas sentencias sistematizar los elementos que deben regir la correcta aplicación del orden público, el peso de la tradición produce estas equiparaciones de términos y distinciones artificiosas que vienen a restar en muchas ocasiones el rigor necesario para la aplicación de los requisitos del orden público.

3. El orden público como límite «limitado» por su finalidad: la garantía de los derechos y libertades

El siguiente caso se contiene en la STS de 27 de enero de 1987, y entronca directamente con nuestro objeto de estudio, pues versa sobre los límites de los derechos fundamentales y libertades públicas, concretamente se refiere al derecho de manifestación en relación al mantenimiento del orden público. Las Disposiciones sobre las que incide el presente caso son el artículo 21-1 de la Constitución Española y la Ley Orgánica de 15 de julio de 1983. Los antecedentes son los siguientes:

«La Sala Tercera de Barcelona dictó sentencia en 15 de septiembre de 1986, en recurso seguido al amparo de la Ley 62/1978, estimando el recurso deducido por la representación procesal del gremio de joyeros, relojeros y plateros de Barcelona, contra Resolución del Gobernador Civil de aquella provincia de 17 de mayo de 1986 que denegó una manifestación o reunión en lugar público. El fallo de dicha Sala declara que el acto impugnado viola el artículo 21 de la Constitución Española imponiendo las costas a la Administración.

Interpuesto recurso de apelación por el Letrado del Estado, el TS lo desestima, con imposición de costas, aceptando los considerandos de la sentencia apelada.»

Esta sentencia resulta de sumo interés, toda vez que contiene la doctrina más asentada sobre la función limitadora del orden público en relación a los derechos y libertades, y muy especialmente a la libertad de reunión.

El segundo de los fundamentos de Derecho se refiere expresamente al problema de la limitación de la libertad de reunión, lo sintetiza del siguiente modo: «La Constitución Española de 1978 en su artículo 21, reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas, siguiendo los postulados del artículo 62 de la Ley de 14 de diciembre de 1789 de la Constituyente de Francia, que proclamaba que los ciudadanos tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, que ya había dejado su huella en el artículo 38 de la Constitución de la República Española de 1931 (R. 1645) “queda reconocido el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas”, en el artículo 17 de la Constitución italiana de 1947 y en el artículo 8 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, preceptos inspiradores del español, que subrayan a continuación, que el ejercicio del derecho de reunión no necesitará autorización previa, y ya en el párrafo 2 del artículo, declara que en los casos de reuniones en lugar de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podría prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes, de donde se desprende, en lo que nos interesa, que el derecho fundamental de reunión, que como todos los derechos fundamentales incluidos en la Sección 1.º del capítulo II del título primero de la Ley fundamental vinculan directa e inmediatamente a la Administración y a los Tribunales, como consecuencia de la declaración que formula el artículo 53 de la Prima Lex, y consecuentemente constituye un verdadero límite a los poderes administrativos, tanto normativos como discrecionales, límites infranqueables como ha puesto de relieve una aventajada doctrina iuspublicista española, con el fin de cercenar en esta materia el límite creciente e impreciso del orden público, porque la Administración no sólo no puede penetrar en el círculo exento de estos derechos sino que en virtud del artículo 9.2 de la Norma Fundamental le alcanza la obligación positiva de servicios; y notando que *tras la Constitución, la cláusula de orden público no puede encerrar otro interés que garantizar el orden público de las libertades, ejercido de modo pacífico y sin armas, realizado en enclaves privados, no admite injerencia de los poderes administrativos, mientras que cuando se efectúen en lugares de tránsito público o se trate de reuniones con desplazamiento de sus componentes, “manifestaciones”, exige el deber de comunicación previa a la autoridad por parte de los organizadores, para que aquella adopte las medidas para hacer efectivo el derecho de circulación de los demás ciudadanos no manifestantes, proclamado en el artículo 19 de la Constitución, derecho constitucional de “aller et venir” según la gráfica expresión francesa, que se ve limitado por la ocupación aunque sea temporal de las vías públicas, quedando reducida la intervención de la Administración a poder prohibir la manifestación únicamente cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, que impone por tanto la motivación razonada del acto administrativo restrictivo e impeditivo del ejercicio del derecho de manifestación, acerca de la previsibilidad del daño a otros derechos constitucionales, como el derecho a la integridad física o moral de los ciudadanos –peligro para las personas– o al derecho al respeto a los bienes de dominio público o a la propiedad privada –peligro para los bienes.*

Además, en su fundamento tercero, la misma sentencia recuerda que: «[...] como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en su sentencia de 7 de noviembre de 1983 “los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y entre ellos el de reunión no son derechos ilimitados, sino que encuentran sus límites en el derecho de los demás (art. 10 de la Constitución) y, en general, en otros bienes y derechos cons-

titucionalmente protegidos”, criterio que se refuerza acudiendo al artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que tiene rango en nuestro ordenamiento jurídico interno de norma suprallegal y cuasiconstitucional, además de ser intérprete privilegiado de los derechos y libertades constitucionales según el artículo 10 de la Prima Lex, porque la restricción en el derecho de manifestación aun prevista en la Ley no constituía una medida necesaria, en la sociedad democrática para la seguridad pública o la protección de los derechos y libertades ajenos, y así ha sido reiteradamente declarado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como en su sentencia de 8 de julio de 1986 “mutatis mutandis”, se expresa que el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura son fundamentos esenciales de la sociedad democrática, aunque cabe constatar, que como ha quedado revelado por el Letrado de los actores, que a pesar de la Resolución prohibitiva de la autoridad gubernativa la manifestación se celebró, por lo que de facto no se habría producido violación de ningún derecho fundamental aunque esta Sala que por imperativo constitucional enjuicia actos administrativos no puede llegar a otra conclusión que considerar la Resolución referida del gobernador Civil de Barcelona nula de pleno derecho por conculcar el artículo 21 de la Constitución Española».

4. La prueba como requisito de eficacia ante la invocación del orden público

Como puede apreciarse esta sentencia representa un claro exponente del viraje en cuanto a la doctrina que se desprende de la primera jurisprudencia del TS de los límites de los derechos fundamentales y libertades públicas, y, en especial, de la libertad de reunión. Como hemos reproducido, «*tras la Constitución, la cláusula de orden público no puede encerrar otro interés que garantizar el orden público de las libertades, ejercido de modo pacífico y sin armas*»; el orden público de las libertades supone a nuestro juicio en primer lugar la eficacia más amplia de las mismas. En el plano teórico, un orden delimitado objetivamente y a priori por las normas, y en el plano práctico un orden decantado a posteriori cuando el ejercicio legítimo de los derechos y libertades se realiza eficazmente y se encuentra garantizado.

La interpretación restrictiva de los límites de los derechos fundamentales y libertades públicas resulta una exigencia de la libertad, una exigencia de la dignidad de la persona, una exigencia del desarrollo de la personalidad y de respeto a los derechos de los demás, desde el obligado prisma del artículo 10 de nuestra Constitución.

Y es que entre otras muchas cosas, como la justa ponderación de las circunstancias, la jurisdicción para interpretar un derecho de forma *pro libertate* debe interpretar restrictivamente sus límites, como un mínimo reducto al que sólo se acude cuando ha agotado su eficacia más expansiva el legítimo ejercicio de un derecho y se rebasa su propio ámbito material; cuando se desnaturaliza el derecho con su ejercicio abusivo y se rebasa su propia configuración normativa⁽²⁷⁾.

⁽²⁷⁾ En este sentido la STC 85/1988, de 28 de abril («BOE» núm. 128, de 28 de mayo de 1988) dice que: «Desde el punto de vista de la finalidad, la tesis de la demanda convierte el fin de la reunión en el contenido esencial del derecho, el cual reduce a la realización del objetivo de la reunión, olvidando que éste constituye, según se deja dicho, un elemento externo, cuya licitud funciona

En todo caso, en relación a ese ámbito material y objetivo, que hemos defendido, pertenece a cada derecho por definición, de modo previo a su ejercicio, no obstante, y, si aún así se puede hablar de los límites de los derechos se ha dicho que éstos *deben resultar proporcionales de cara a obtener el fin que persiguen*.

Y, como no podía ser de otro modo, de acuerdo con la interpretación *pro libertate* de los derechos y libertades, resulta indiscutiblemente exigible la motivación razonada del acto administrativo que limite el ejercicio de éstos.

Como podrá apreciarse hay una clara tendencia por parte del TS a limitar el efecto expansivo de la noción de orden público ante su carácter jurídico indeterminado. Así la STS de 17 de octubre de 1983 constituye un buen ejemplo de esta tendencia. Los antecedentes de este caso son los siguientes:

«Procedente de la Argentina, entró en España legalmente, como componente de un ballet artístico, Silvia A. G. C., fijando su residencia en Gijón, en unión de su hijo de nacionalidad española; con fecha 2 de diciembre de 1980, solicitó el correspondiente permiso de residencia por haberle caducado el anterior; dicho permiso le fue denegado por razones de orden público.

Interpuesto por doña Silvia A.G.C., recurso contencioso-administrativo, la Sala de la Audiencia de Oviedo, en sentencia de 23 de junio de 1981, lo estima anulando las resoluciones del Gobernador Civil de 19 diciembre de 1980 y 28 enero de 1981, por ser contrarias a Derecho y declarando el derecho de la actora a que le sea renovado el permiso de residencia.

Promovida apelación por la Abogacía del Estado, el TS, aceptando los considerandos de la sentencia apelada, la desestima, confirmando aquélla».

El segundo de los considerandos dice textualmente:

Que si bien el Real Decreto núm. 1031, de 3 mayo de 1980 (Resolución 1207 y 1815), prevé amplias facultades de los Gobernadores Civiles para otorgar o renovar permisos de residencia en el territorio nacional y subsiguientes de trabajo, dicha normativa justifica las denegaciones, si concurren razones de *orden público, concepto jurídico indeterminado que exige una prueba detallada y precisa de los presupuestos fácticos que la hagan aplicable, no bastando la aplicación genérica del término legal para denegar* —como en el presente supuesto sucede—, *una renovación de dicha autorización a una súbdita argentina que reside en España, desde hace años*.

como condición legitimadora del ejercicio del derecho, pero no como contenido del mismo en el sentido de que cualquier actividad lícita pueda ser realizada por el cauce del derecho de reunión al margen del régimen legal y reglamentario al cual esté sometida, pues ello entraña una inaceptable desnaturalización del derecho en la que se invierten los términos que lo relacionen con su finalidad, en cuanto que es la licitud del fin la que legitima la reunión y no el derecho de reunión con fin lícito el que legaliza, por su sola invocación, la actividad a través de la cual se cumple dicho fin. Con independencia del derecho a reunirse que tengan las personas que pretenden alcanzar una finalidad lícita determinada, la actividad a realizar para satisfacerla no queda, por ello, exenta de cumplir las condiciones de legalidad que les imponga el ordenamiento jurídico y no entenderlo así conduciría a la conclusión absurda de que el derecho de reunión suprime las potestades administrativas de intervención en las actividades privadas con sólo que un número suficiente de personas decidan realizarlas».

Por tanto, el tercero de los considerandos asevera:

«Que, como con acierto argumenta el Tribunal inferior, no cabe invocar las «razones de orden público» que, en aplicación del artículo 2.º del Real Decreto de 3 mayo de 1980, constituyen el fundamento de la Resolución impugnada, sin puntualizar las circunstancias de las que la Administración infiere que la concesión de la autorización de residencia denegada afectaría al orden público, porque no es bastante al respecto la mera afirmación de la “deficiente conducta moral” de la peticionaria y la referencia a su trabajo precedente en «bares de alterne [...]».

Esta necesidad de acreditación de las concretas circunstancias de las que la Administración infiere la transgresión del orden público y fundamenta la concreta dirección de un acto administrativo ha sido muy reiterada en la jurisprudencia del TS tras la entrada en vigor de nuestra Constitución, quizás como única medida posible para ponderar y poder así aminorar los efectos de la indeterminación del concepto de orden público en su función limitadora de los derechos. Así, en la STS de 19 de noviembre de 1984, también relativa a la denegación administrativa de un Permiso de Trabajo y una Autorización de Residencia, puede leerse textualmente:

«el orden público, por su carácter jurídico indeterminado, supone la necesidad de que se acrediten las circunstancias que justifiquen su realidad y, cualquiera que pueda ser su transcendencia en orden a la Resolución final sobre dicha petición, del hecho de que el actor fuera expulsado del territorio nacional por decreto de la expresada autoridad de 28 de mayo de 1980, por carecer de autorización de residencia o permanencia y estar trabajando sin el preceptivo permiso, no se infiere la existencia de motivos de orden público que amparen los actos impugnados; mas si se tiene en cuenta que el demandante contó con tal permiso, concedido por la Dirección General de Empleo, del 3 de septiembre de 1978 al 30 de agosto de 1979 y que, en junio de 1980, la autorización y el permiso repetidos le fueron otorgados por el gobernador Civil y el Delegado de Trabajo de Madrid».

Y en el mismo sentido en la STS de 14 de junio de 1984 se recuerda abundando en este requisito que

«el ejercicio limitado de las facultades administrativas requiere que la decisión se corresponda con el resultado fáctico del expediente valorado conforme a los principios y reglas básicas que regulan la apreciación de la prueba, incidiéndose en extralimitación si se presuponen hechos no constatados y acreditados o se inducen de meras impresiones subjetivas, desprovistas del correspondiente respaldo probatorio».

«El reconocimiento de que la naturaleza especial de dicha materia (residencia de extranjeros en territorio nacional) hace necesario otorgar a la Administración amplios márgenes de actuación en aras de la especial eficacia con que es preciso resolver los problemas que en la misma se plantean, no quiere decir que la abstracta invocación de una supuesta y oculta razón de Estado pueda convertir esas amplias facultades gubernativas en poder arbitrario inmune a la revisión judicial e incompatible con los

principios fundamentales en que se asienta el Estado de Derecho y delimitan la licitud de la actividad administrativa, que requiere siempre la expresión de su verdadera motivación y su conformidad con el Ordenamiento jurídico».

Por lo que se refiere a esta necesidad de delimitación fundamentada en circunstancias bien concretas que justifiquen la restricción de un derecho por la aplicación del orden público, también ha tenido eco en el ámbito europeo, sobre todo en relación al principio fundamental de la libertad de circulación.

Así, tal como reconoce y recuerda la STS de 20 de junio de 1988, el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STCEE de 27 de octubre de 1977: Regina contra Pierre Boucherean) ha subrayado que *«la noción de orden público, en el contexto comunitario, y sobre todo en cuanto justificación de una excepción al principio fundamental de la libre circulación de los trabajadores, ha de ser entendida estrictamente, de manera que su alcance no podrá ser determinado unilateralmente por cada uno de los Estados miembros sin control de las instituciones de la Comunidad».* Pero ello no supone por supuesto la negación más absoluta a los Estados miembros de un margen de discrecionalidad, siempre, eso sí, fundada en su ordenamiento jurídico y circunstancias; mas si una garantía jurídica de protección y eficacia de la libertad de circulación de las personas sometidas al Derecho comunitario. Garantía que en definitiva se circunscribe a la supervisión y control de la correcta aplicación del Derecho comunitario.

En cuanto a la explicitación jurisprudencial de esta interpretación sobre la correcta aplicación de la cláusula jurídica de orden público como límite a la libertad de circulación de los ciudadanos europeos, hay que hacer notar que no hubiera sido necesaria al estar así previsto en los tratados constitutivos comunitarios y en el propio Derecho derivado comunitario. No obstante, la sensibilización del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hacia la necesaria unificación en cuanto al sentido y alcance de este concepto jurídico en blanco restrictor de derechos en el ámbito de los diversos Estados miembros ha impulsado a este tribunal a sentar este precedente sobre su correcta aplicación.

Con respecto a ese margen de discrecionalidad de cada Estado miembro, al que nos referíamos hace tan sólo un momento, la STCEE. de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn, reproducida parcialmente en la STS comentada de 20 de junio de 1988, ha dicho que

«se comprueba, sin embargo, que las circunstancias específicas que podrían justificar el recurso a la noción de orden público pueden variar de un país a otro y de una época a otra, y que por ello es preciso, a este respecto, reconocer a las autoridades nacionales competentes un margen de apreciación en los límites impuestos por el Tratado y disposiciones adoptadas para su aplicación» (Directiva 64/221), siendo precisa para justificar ciertas restricciones a la libre circulación de las personas sometidas al derecho comunitario, «en todo caso, la existencia aparte de la alteración del orden social que constituye toda infracción de la Ley, de una amenaza real y suficientemente grave, que afecte a un interés fundamental de la sociedad».

Como puede apreciarse de lo que se trata, en suma, es de que el concepto de orden público, o mejor, de su contravención, se reconduzca a la infracción, en primer lugar, de una norma jurídica; pero ello no es suficiente para poder limitar algunos derechos y libertades con valor axiológico incorporados en la *Prima Lex* de los diversos Estados miembros. Por ello es necesaria una labor de interpretación previa por parte de la jurisdicción. Esta, además de apreciar, restrictivamente, respecto del derecho o libertad, la posible fijación de los linderos contenidos en el concepto de orden público de cada Estado miembro, deberá realizar una labor de ponderación con respecto a los intereses amenazados con esa acción o amenaza real y suficientemente grave mencionada en la sentencia.

Sólo cuando afecte a un interés fundamental de la sociedad, se podrá cercenar o limitar otro interés fundamental para la sociedad que sin duda se contiene en todo derecho fundamental o libertad pública. Como podrá apreciarse, la labor deberá únicamente centrarse en dilucidar cual debe prevalecer en atención al interés público, o, mejor, si se nos permite, en atención al propio interés constitucional. Y es que el valor objetivo o axiológico de los derechos así lo requiere, pues éste trasciende al interés subjetivo que incorpora cada uno. Pensamos que no hubiera estado de más incorporar esta idea a la doctrina decantada de la jurisprudencia del TCEE, pues lo cierto es que resulta a nuestro juicio tremendamente peligroso para el principio de seguridad jurídica y para la propia congruencia de un sistema constitucional hablar genéricamente de intereses preferentes, o, incluso, de derechos preferentes. Cada caso y cada circunstancia concreta evidenciará en su resolución jurisdiccional concreta la preferencia o no de unos derechos frente a otros, de unos derechos frente a sus límites, y en definitiva el interés que debe primar.

5. La reserva de Ley en el procedimiento sancionador por infracción del orden público

Entre los derechos comprendidos en el artículo 25 de la Constitución, se encuentra el de no ser «sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento», derecho establecido en el primer apartado de este precepto, que se traduce en la aplicación del principio de reserva de ley, entre otras, en materia de infracciones y sanciones administrativas.

Tal y como ha establecido el TS, por todas la STS 776/1991, de 27 de marzo de 1995, el artículo 25.1 CE, al exigir que las infracciones y sanciones administrativas se apliquen «según la legislación vigente», establece el principio de reserva de ley en la materia. Ello significa que la tipificación de las infracciones administrativas y la fijación de sanciones correspondientes deben encontrarse reguladas por normas con rango de ley, sin que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, los Reglamentos tengan potestad normativa para crear nuevas infracciones, determinar nuevas sanciones o alterar las existentes con anterioridad, salvo que exista una norma de rango legal que delimite o configure, con la suficiente precisión –como ya hemos visto–, el contenido y alcance de tales infracciones y sanciones, si bien es posible admitir que los preceptos reglamentarios se limiten a aplicar un sistema preestablecido de infracciones y sanciones administrativas al objeto particular de su propia regulación.

En la presente sentencia, lo que se enjuicia es si el cierre de un bar-restaurant, después de la hora fijada como límite por la Administración, constituye un acto contrario al orden público, por constituir una infracción prevista en el artículo 81.35 del reglamento de 27 de agosto de 1982. En este caso, el TS afirma que tal acto no encuentra cobertura legal en el apartado *e*) del artículo 2.º de la Ley de Orden Público, de 30 de julio de 1959, que se contrae a declarar actos contrarios al orden público la celebración de espectáculos públicos «que produzcan desórdenes o violencias», circunstancias éstas que no cabe atribuir al hecho del cierre de un establecimiento destinado a «barrestaurant» después de la hora fijada como límite para ello por la Administración. Tampoco la referida infracción puede ampararse en el apartado *i*) del citado artículo 2.º de la Ley de Orden Público, que califica genéricamente como actos contrarios al orden público los que, de cualquier otro modo no previsto anteriormente, «alterasen la paz pública o la convivencia social», ya que se trata también de conceptos jurídicos indeterminados, y por tanto de un contenido excesivamente genérico.

Desde esta perspectiva es preciso afirmar que una interpretación lógica de dichos conceptos jurídicos indeterminados no permite incluir en ellos las infracciones que se produzcan respecto al horario de cierre de los espectáculos públicos, en cuanto se pudiese mantener que dichas infracciones alteran la tranquilidad pública, pues éste es un concepto notablemente más específico y diferente en su significación de los de «paz pública» y «convivencia social». En consecuencia, el artículo 2 de la Ley de Orden Público (hoy derogada por la Ley Orgánica 1/1992) no permite mantener que en los distintos apartados que contiene estuviese prevista, tipificada y sancionada la conducta consistente en el incumplimiento del horario de cierre de los bares y espectáculos públicos, con la imprescindible precisión para autorizar su concreción como infracción administrativa por una norma reglamentaria.

Como puede observarse, las previsiones del Reglamento de 1982 referidas a las infracciones y sanciones en materia de incumplimiento de horarios no se encuentran amparadas por una cobertura suficiente de normas con rango legal, por lo que anula en amparo las resoluciones administrativas que impusieron al recurrente por incumplimiento del horario de cierre de espectáculos. De esta forma, se puede concluir que el procedimiento sancionador por contravención del orden público requiere de una precisa labor de examen y ponderación, caso por caso, que subsuma actuaciones concretas en supuestos de hecho concretos de la normativa de orden público; ello supondrá la cobertura legal necesaria para el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 25.1 CE.

6. Los elementos objetivadores de la transgresión del orden público

Por último, en este recorrido por la jurisprudencia del TS sobre el orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades merece comentario singular la STS de 24 de enero de 1983. Se trata de un recurso de apelación interpuesto por la Administración General del Estado contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional en 7 de octubre de 1982 en recursos acumulados deducidos por don Diego M. R. y don Francisco R. L. contra Resolución de la Dirección General de la Seguridad del Estado, imponiendo dos multas de 2.000.000 de pesetas, a cada uno por supuestas infracciones a las normas de orden público por motivo de una corrida de toros. La nor-

ma aplicada es la Ley 30 julio 1959, es decir, la Ley de Orden Público del Régimen franquista.

La importancia de la presente sentencia radica en que además de reiterar de modo sistemático los requisitos que ya se enunciasen en la STS de 16 de diciembre de 1975 para hacer posible la apreciación de toda transgresión jurídica administrativa en materia de orden público, relativiza absolutamente el valor del precepto que tantas veces ha merecido el objeto de atención de la doctrina. Se trata del tantas veces llevado y traído apartado i) del artículo 2 de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959. Se trata del último de los apartados constitutivo de un auténtico «cajón de sastre» del artículo segundo de la Ley en el que cabía prácticamente incluir cualquier conducta como contraria a la propia norma. Este era el apartado que desvirtuaba el pretendido valor tasado de todo el precepto confiriéndole un mero valor enunciativo cuya consecuencia era la más amplia habilitación para la Administración en este concreto ámbito.

Pues bien, la relativización del valor de este apartado la realiza el Alto Tribunal aportando pautas para su correcta interpretación. El mencionado apartado i) del artículo 2 de la LOP. recogía como actos contrarios al orden público:

«a los que de cualquier modo no previsto en los párrafo anteriores faltasen a lo dispuesto en la presente Ley o alterasen la paz pública o la convivencia social». El TS dirá que «no cabe interpretar el referido precepto en forma tan amplia que suponga una auténtica habilitación para que la Administración pueda encajar en él cualquier conducta; es claro que esa genérica tipificación en la que la Resolución administrativa inculca los hechos merecedores de sanción no puede estimarse procedente por cuanto que faltan aquellos requisitos que son precisos conforme a la conocida doctrina de este Tribunal para hacer aplicación de la infracción de orden público, y de ahí que se reitere la falta de intención y ausencia de voluntariedad y la negación por tanto de la cualidad de agentes o promotores o provocadores de una alteración de orden público bajo este signo o caracteres que pudiera hacerles acreedores a la sanción impuesta».

Lo que sucede, tal como nos recuerda la sentencia comentada (de 24 de enero de 1983), es que tiene singular acogida la Sentencia de este Alto Tribunal de 16 de diciembre 1975 en la que de forma sistemática se enuncian y recogen las exigencias para poder hacer posible la apreciación de toda transgresión jurídica administrativa en materia de orden público, cuya caracterización se inspira en los elementos siguientes:

- a) Acción u omisión voluntaria, lo que supone una conducta positiva, una acción;
- b) la exigencia de la voluntariedad, no puede considerarse transgresión cuando se trata de un acto reflejo, ya que no es un acto psíquico, o cuando se ha actuado por error, ignorancia o vis compulsiva;
- c) la intencionalidad, en este sentido la doctrina jurisprudencial, viene declarando que no puede hablarse de contravención cuando no se desprende que concurren circunstancias de intencionalidad – Sentencia de 13 de mayo 1970– o ánimus Sentencia de 10 de mayo 1969– mientras que si existe cuando los elementos probatorios que obran en el expediente san-

cionador manifiestamente excluyen toda hipótesis de inadvertencia, descuido o inexistencia de dolo -S de 17 febrero 1969, ampliando el concepto la Sentencia. de 5 de julio 1968- al expresar que los actos enumerados en el artículo 2 de la Ley de Orden Público, exigen siempre para ser castigadas, la existencia de conductas externas dolosas o intencionales encaminadas por sí mismas a alterar o al menos tender a alterar la normalidad de la vida comunitaria y paz social y demás que refleja el artículo 1 o al menos que entre la conducta activa u omisiva no maliciosa, pero si voluntaria al infringir un deber objetivo y de cuidado socialmente impuesto, y la mutación cierta del mundo exterior, se dé un ligamen o relación causal, que al unir ambos o indispensables elementos, den como resultado una imprudencia que deba ser corregida siempre en juego con lo consignado en el susodicho artículo 2;

d) antijuridicidad, únicamente existe transgresión jurídico-administrativa cuando se ha infringido alguna de las normas que integran el ordenamiento jurídico-administrativo; ahora bien, para que la transgresión sea sancionable, no basta la simple infracción del ordenamiento, es requisito esencial que el mismo prevea esta consecuencia sancionadora a la infracción debidamente calificada; todo esto en armonía con Sentencias de 17 marzo 1958; 20 febrero 1957; 5 marzo 1959; 28 enero 1974, y en la especial de 8 febrero 1971 en donde se indica en la materia administrativa como en la penal, rige el principio de la legalidad, según el que sólo cabe castigar un hecho cuando esté precisamente definido el sancionarlo y tenga marcada a la vez la penalidad;

e) imputabilidad, consistente en que la acción voluntaria sea imputable a un sujeto culpable; y

f) sanción de la transgresión por la Administración Pública, los artículos 19 y 20 de la Ley de 30 julio 1959 reconocen y regulan la potestad sancionadora de la Administración en esta materia, así en Sentencia de 5 julio 1968, se dice «que del espíritu y letra que informa esta normativa legal, palmariamente se trasluce que concede a las autoridades gubernativas, aparte de las judiciales en materia de delitos, facultad de sancionar como faltas los actos de aquella naturaleza que la ataquen lo que la propia Ley define en el artículo 2.»

Como podrá apreciarse los elementos que debían presidir la correcta aplicación de la LOP, son meridianamente claros, y además la mayor parte de ellos fueron deducidos de la jurisprudencia del TS durante la etapa franquista, ¿por qué entonces se producían los fallos que tanto hemos criticado?.

La respuesta a nuestro juicio resulta sencilla, se podían seguir escrupulosamente estos elementos y emitir un fallo injusto, incluso motivado, porque el defecto residía en la propia Ley.

Ya hemos comprobado como la Ley, un mismo cuerpo legal, como el Fuero de los Españoles era en ocasiones contradictorio. De este modo bastaba con motivar la Resolución en aquel precepto que mejor se ajustase al fallo pretendido.

Las mejores de las veces la ambigüedad legal amparaba dos posibles resoluciones de signo contrario, todo dependía del intérprete, y como no, del operador jurídico. Puede existir y aplicarse férreamente el principio de legalidad, pero cuando lo que falla es la propia Ley, la resolución del caso puede resultar injusta. A nuestro juicio eso es lo que sucedía, la Ley era ambigua y defectuosa, por tanto la jurisdicción tenía que buscar puntos de anclaje más sólidos que la propia Ley por razones de congruencia y de pura justicia, entonces la solución la brindaba el principio de unidad de doctrina y en algunos procedimientos, el precedente judicial.

La consecuencia ya la hemos comentado hace un momento: el anquilosamiento del propio Derecho, al menos en su vertiente práctica, pues las soluciones a los casos concretos se daban mirando siempre hacia atrás. Por mucho que evolucionara una norma, la evolución no era real sino meramente programática. Al existir unos pocos principios sólidamente contruidos y sobre los que se sustentaba en vertiente jurídica la pesada carga de la ideología del Regimen político, las normas de cierto talante progresista poco tardaban así en derogarse por el desuso.

(Continuará.)