



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ORDEN PÚBLICO Y UNIÓN EUROPEA.
UNA CONTRIBUCIÓN A LA
CONSTRUCCIÓN CONSTITUCIONAL EUROPEA

Adrián García Ortiz



Tesis **Doctorales**

UNIVERSIDAD de ALICANTE

Unitat de Digitalització UA
Unidad de Digitalización UA



DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS JURÍDICOS DEL ESTADO
ÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

FACULTAD DE DERECHO

**ORDEN PÚBLICO Y UNIÓN EUROPEA.
UNA CONTRIBUCIÓN A LA
CONSTRUCCIÓN CONSTITUCIONAL EUROPEA**

Adrián García Ortiz

**Tesis presentada para optar al grado de
DOCTOR POR LA UNIVERSIDAD DE ALICANTE**

Mención de Doctor Internacional

Programa de Doctorado en Derecho

Dirigida por:

JOSÉ FRANCISCO CHOFRE SIRVENT

Financiado por:

Ayudas para la Formación de Profesorado Universitario (FPU)
Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad
Ministerio de Universidades

*«La via da percorrere non è facile, né sicura.
Ma deve essere percorsa, e lo sarà!»*
Altiero Spinelli – Ernesto Rossi
Manifesto di Ventotene, 1941



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ÍNDICE

ÍNDICE.....	V
SIGLAS.....	XIII
PRÓLOGO.....	XV

PARTE INTRODUCTORIA. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN: OBJETIVOS, ESTRUCTURA, METODOLOGÍA Y MARCO TEÓRICO.

1. OBJETIVOS Y ESTRUCTURA DE LA TESIS.	21
2. LA METODOLOGÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO CRÍTICO.....	24
2.1. La repolitización del Derecho constitucional.	25
2.2. La recuperación de las categorías constitucionales. El enfoque histórico.....	26
2.3. La reconstrucción de un nuevo sujeto de Derecho. La perspectiva de género.....	27
2.4. La aplicación del Derecho constitucional al espacio supraestatal y globalizado.....	28
2.4.1. El Derecho constitucional europeo como exigencia del proceso de integración europea.	29
2.4.1.1. <i>La difícil determinación de la naturaleza jurídica de la Unión Europea.</i>	30
2.4.1.2. <i>La respuesta metodológica a dicho problema: la perspectiva constitucional.</i>	31
2.4.2. El Derecho constitucional europeo como disciplina científica.	33
3. FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN.	37
4. EL MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA.	38
4.1. El proceso de construcción constitucional de la Unión Europea.	39
4.1.1. La evolución de la Unión conforme al método neofuncionalista.	39

4.1.2. La constitucionalización material de la Unión Europea.	44
4.1.2.1. <i>El concepto de constitución y su traslación a la Unión Europea.</i>	45
4.1.2.2. <i>La constitución material europea.</i>	49
4.1.3. La «constitucionalidad incompleta» de la Unión.	58
4.2. La <i>dogmatización</i> del espacio constitucional europeo.	62
4.2.1. Algunos apuntes sobre el constitucionalismo social.	64
4.2.2. La ausencia de constitucionalismo social en la Unión Europea: la ratio económica y la falta de conflicto.	68
4.2.3. Hacia una dogmatización de la Unión Europea.	72
4.2.4. Una advertencia contextual: la crisis del Estado social.	74

PARTE I. LA CATEGORÍA DE ORDEN PÚBLICO.

INTRODUCCIÓN	81
--------------------	----

CAPÍTULO 1. RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS Y FUNCIONES DEL ORDEN PÚBLICO.

1. Una primera aproximación al intento de conceptualización del orden público.	83
2. Las dimensiones del concepto de orden público.	90
2.1. La dimensión positiva.	91
2.1.1. <i>Vertiente interna.</i>	92
2.1.2. <i>Vertiente externa.</i>	99
2.2. La dimensión negativa.	99
2.2.1. <i>Vertiente interna.</i>	101
2.2.2. <i>Vertiente externa.</i>	103
3. El contenido del orden público.	108
3.1. Elementos constitutivos del orden público.	109
3.2. La determinación de los elementos constitutivos del orden público.	117
3.3. El orden público y la seguridad pública o ciudadana.	119
4. El orden público en su aplicación práctica: la operatividad del concepto.	122
5. Orden público y fundamentación constitucional. Las funciones del orden público.	125
5.1. El orden público como fundamento dogmático del ordenamiento constitucional.	126
5.2. Orden público y legitimidad democrática.	128

5.3. Orden público e identidad constitucional.	130
---	-----

CAPÍTULO 2. EL ORDEN PÚBLICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

1. Antecedentes históricos.	135
2. El orden público en la Constitución de 1978.	142
2.1. El orden público y la libertad ideológica, religiosa y de culto.	143
2.2. El orden público y los derechos de concentración y manifestación.	147
3. El orden público en la legislación española vigente.	151
3.1. La dimensión constitucional. La búsqueda de una definición al orden público.	152
3.2. El orden público en la legislación civil y mercantil.	153
3.3. El orden público en la legislación administrativa.	155
3.4. El orden público en la legislación penal.	158
3.5. El orden público en la legislación iusinternacionalprivatista.	159
3.6. El orden público en la legislación iusinternacionalpublicista.	163
4. La interpretación del orden público por el Tribunal Constitucional.	165
4.1. Primeras aproximaciones al concepto de orden público. La relación entre orden público y seguridad pública.	165
4.2. El contenido del orden público no identificable con la seguridad pública.	166
4.3. El orden público procesal.	170
5. El orden público en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.	172

PARTE II. LA CONFIGURACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN VIGENTE.

INTRODUCCIÓN	179
--------------------	-----

CAPÍTULO 3. LA CATEGORÍA DE ORDEN PÚBLICO Y SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EUROPEO.

1. La conceptualización doctrinal del orden público europeo.	181
1.1. Teorías sobre la configuración y caracterización del orden público europeo.	184
1.2. El orden público europeo como categoría axiológica.	189
2. El orden público europeo en el Derecho originario y derivado de la Unión.	194

2.1. El orden público europeo en el Derecho originario.	195
2.2. El orden público europeo en el Derecho derivado.....	201
3. El orden público europeo según las instituciones de la Unión Europea.	216
3.1. Orden público europeo y espacio de libertad, seguridad y justicia.	217
3.2. Los esfuerzos por dotar de significado al «orden público europeo».	219

CAPÍTULO 4. EL ORDEN PÚBLICO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

1. El Derecho de la Unión como Derecho jurisprudencial.....	223
2. Primera fase (1974-1982). Construcciones iniciales del orden público.	224
2.1. El caso Van Duyn (C-41/74).	225
2.2. El caso Bonsignore (C-67/74).....	228
2.3. El caso Rutili (C-36/75).....	229
2.4. El caso Royer (C-48/75).	233
2.5. El caso Bouchereau (C-30/77).	234
2.6. Conclusiones de la primera fase.....	235
3. Segunda fase (1982-1991). El orden público como concepto estatal de Derecho positivo.....	237
3.1. El caso Adoui y Cornuaille (C-115/81 y C-116/81).....	237
3.2. El caso Giménez Zaera (C-126/86).....	239
3.3. El caso Hoffman (C-145/86).....	241
3.4. Conclusiones de la segunda fase.	242
4. Tercera fase (1991-1999). La apertura hacia un contenido axiológico en el concepto de orden público.....	242
4.1. El caso ERT (C-260/89).....	243
4.2. El caso Society for the Protection of Unborn Children Ireland (C-159/90).....	245
4.3. El caso Schindler (C-275/92).....	248
4.4. Conclusiones de la tercera fase.	249
5. Cuarta fase (1999-2004). La entrada del Derecho de la Unión en el concepto de orden público.....	251
5.1. El caso Eco Swiss (C-126/97).	252
5.2. El caso Krombach (C-7/98).	256
5.3. El caso Renault (C-38/98).	260
5.4. El caso Salzgitter (C-210/98 P).....	263
5.5. El caso Países Bajos/Parlamento y Consejo (C-377/98).	266

5.6. El caso Schmidberger (C-112/00).	268
5.7. Conclusiones de la cuarta fase.	270
6. Quinta fase (2004-2010). El orden público y la defensa de los valores nacionales contra el Derecho de la Unión.....	272
6.1. El caso Omega (C-36/02).	272
6.2. El caso Mostaza Claro (C-168/05).....	276
6.3. El caso Dynamic Medien (C-244/06).	278
6.4. El caso Comisión/Luxemburgo (C-319/06).....	280
6.5. El caso Josemans (C-137/09).	282
6.6. El caso Sayn-Wittgenstein (C-208/09).....	285
6.7. Conclusiones de la quinta fase.	287
7. Sexta fase (2011-2020). La consolidación del concepto de orden público y la teorización de los Abogados Generales.....	289
7.1. El caso flyLAL-Lithuanian Airlines (C-302/13).....	289
7.2. El caso Gazprom (C-536/13).	291
7.3. El caso Diageo Brands (C-681/13).	296
7.4. El caso Genentech (C-567/14).	300
7.5. El caso Paoletti (C-218/15).	302
7.6. El caso Achmea (C-284/16).....	304
7.7. Conclusiones de la sexta fase. Valoración conclusiva del análisis jurisprudencial.	307

PARTE III. LA CONFORMACIÓN DE UN ORDEN PÚBLICO PROPIO DE LA UNIÓN EUROPEA.

INTRODUCCIÓN	313
--------------------	-----

CAPÍTULO 5. EL ORDEN PÚBLICO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS COMO MODELO DE REFERENCIA.

1. Concepto y contenido del orden público europeo del Convenio Europeo de Derechos Humanos.	315
1.1. Conceptualización del orden público europeo en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	317
1.2. El orden público europeo y la democracia.	322
1.3. Otros componentes del orden público europeo.....	327

2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos como instrumento constitucional de orden público europeo.	329
2.1. El carácter especial del Convenio Europeo de Derechos Humanos.	330
2.2. Las consecuencias del carácter especial del Convenio Europeo de Derechos Humanos.	333
2.2.1. <i>Garantía colectiva, obligaciones objetivas, asuntos interestatales y demandas individuales.</i>	333
2.2.2. <i>Las medidas cautelares.</i>	336
2.2.3. <i>La naturaleza especial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.</i>	337
3. La generación de un orden público en el Consejo de Europa: lecciones para un orden público de la Unión Europea.	339
3.1. El orden público como categoría supranacional.	340
3.2. La conformación del orden público a partir de los derechos fundamentales.	341
3.3. El orden público como núcleo axiológico del ordenamiento.	341
3.4. La función armonizadora del orden público.	342
3.5. Orden público e integración europea.	346
4. Cautelas en la traslación de las lecciones del orden público del Convenio Europeo de Derechos Humanos a la construcción de un orden público de la Unión Europea.	348

CAPÍTULO 6. FACTORES IMPEDITIVOS DE UN ORDEN PÚBLICO DE LA UNIÓN EUROPEA: LA DIMENSIÓN DOGMÁTICA DEL DERECHO DE LA UNIÓN.

1. La identificación de los obstáculos a la conformación de un orden público de la Unión en sus elementos constitutivos.	353
2. Los valores y principios de la Unión Europea.	354
2.1. La Europa de los valores.	354
2.2. Los valores y principios de la Unión en sus Tratados.	357
3. Los derechos fundamentales en la Unión Europea (I). Del desarrollo jurisprudencial a su incorporación en el Derecho originario.	364
3.1. Los derechos fundamentales en los inicios de la Unión Europea. La vía pretoriana.	364
3.2. La rebelión de los tribunales constitucionales.	369
3.3. La incorporación de los derechos fundamentales en el Derecho originario.	373
4. Los derechos fundamentales en la Unión Europea (II). La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.	375

4.1. El valor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea según la doctrina.	375
4.2. Las limitaciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.	378
4.2.1. <i>La ausencia de competencia en materia de derechos fundamentales.</i>	378
4.2.2. <i>El limitado ámbito de aplicación de la Carta.</i>	382
4.2.3. <i>La subordinación de los derechos fundamentales a los objetivos de la Unión.</i>	387
4.2.4. <i>Limitaciones interpretativas.</i>	388
4.3. La función simbólica de integración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.	393
5. El sistema de garantía de los derechos fundamentales en la Unión Europea. .	395
5.1. Mecanismos de tutela objetiva.	396
5.1.1. <i>Los mecanismos del art. 7 TUE.</i>	397
5.1.2. <i>El Marco del Estado de Derecho.</i>	399
5.1.3. <i>El Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092: Estado de Derecho y presupuesto de la Unión.</i>	401
5.1.4. <i>El recurso por incumplimiento.</i>	403
5.1.5. <i>La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.</i>	407
5.2. Mecanismos de tutela subjetiva.	408
5.2.1. <i>Las garantías institucionales de los derechos: el Defensor del Pueblo Europeo.</i>	409
5.2.2. <i>Las garantías jurisdiccionales de los derechos.</i>	412
5.2.2.1. <i>Recursos jurisdiccionales directos.</i>	413
5.2.2.1.1. <i>El recurso de anulación.</i>	413
5.2.2.1.2. <i>El recurso por omisión.</i>	415
5.2.2.1.3. <i>La excepción de ilegalidad.</i>	416
5.2.2.2. <i>Recursos jurisdiccionales indirectos: la cuestión prejudicial.</i>	417
6. La función del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la Unión Europea.	419
6.1. Los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos como principios generales del Derecho de la Unión.	420
6.2. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.	422
6.3. La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos.	429

6.3.1. <i>La conveniencia de la adhesión. El primer rechazo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las subsiguientes reformas jurídicas necesarias para la adhesión.</i>	429
6.3.2. <i>El Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014.</i>	432
6.3.3. <i>Valoraciones doctrinales al segundo rechazo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.</i>	437

CAPÍTULO 7. PROPUESTAS PARA LA CONFORMACIÓN DE UN ORDEN PÚBLICO EUROPEO.

1. La necesaria dogmatización de la Unión.	439
2. Propuestas que no requieren una reforma de los Tratados de la Unión.	440
2.1. La Reverse Solange.	440
2.1.1. <i>La doctrina Solange y la necesidad de su inversión.</i>	441
2.1.2. <i>La doctrina de la Reverse Solange.</i>	443
2.1.3. <i>Valoraciones sobre la Reverse Solange.</i>	447
2.2. La solución austríaca.	449
3. Propuestas que requieren una reforma de los Tratados de la Unión.	451
3.1. La atribución a la Unión de una competencia sobre derechos fundamentales.	452
3.2. La creación de un recurso de amparo europeo.	458
3.2.1. <i>La necesidad de un recurso de amparo europeo y una propuesta de configuración.</i>	458
3.2.2. <i>La configuración del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como un Tribunal Constitucional de la Unión.</i>	461
3.3. La relación de la Unión Europea con el sistema del Consejo de Europa en caso de adopción de la reformas propuestas.	464
CONCLUSIONES.	467
SUMMARY	487
CONCLUSIONS	489
BIBLIOGRAFÍA	509

SIGLAS

CC	Código civil
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución española
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
CP	Código penal
DDHC	Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
FJ	Fundamento jurídico
LEC	Ley de enjuiciamiento civil
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TCECA	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
TCEE	Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

PRÓLOGO

El 23 de junio de 2016 marcó un punto de inflexión en la historia de la Unión Europea. La decisión del Reino Unido de abandonar el proyecto europeo derribó uno de los pilares sobre los que éste que se había construido: la integración europea como un viaje de no retorno. La grieta que supuso para el edificio europeo —que se sumó a la ya generada con ocasión de la crisis económica y financiera de 2008— evidenció la necesidad de una reforma de sus cimientos, de un nuevo discurso o marco teórico que permitiera explicar qué es y, sobre todo, qué quiere ser la Unión Europea. De este modo, el 1 de marzo de 2017 la Comisión Europea presentó el Libro Blanco sobre el futuro de Europa¹, en el que por primera vez planteó como un escenario posible el retroceso en la integración europea. Cuatro años después, y con el retraso ocasionado por la pandemia del COVID-19, las presidencias del Parlamento Europeo, de la Comisión y del Consejo emitieron la Declaración conjunta que ha de dar lugar a una ambiciosa Conferencia sobre el Futuro de Europa².

Nos encontramos, por tanto, en un periodo de reflexión sobre la propia naturaleza, el sentido y el rumbo de una Unión que se ha visto desbordada en los últimos años ante fenómenos que, por otra parte, no ha sabido gestionar: el Brexit, los ataques al Estado de Derecho por parte de Estados miembros como Polonia o Hungría, el auge de nacionalismos

¹ Comisión Europea. Libro Blanco sobre el Futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025, Código Celex 52017DC2025, recuperado de: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC2025&qid=1619597857723>>.

² Declaración conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión Europea relativa a la Conferencia sobre el Futuro de Europa. Colaborar con los ciudadanos por la democracia: construir una Europa más resiliente, DO C 91 de 18.3.2021, p. 1.

y populismos o la crisis de refugiados que ha llevado la tragedia al Mediterráneo. A esa reflexión pretende contribuir, desde un punto de vista jurídico-constitucional, la presente tesis doctoral, cuyo proceso de investigación coincide con este periodo introspectivo que transcurre desde el Libro Blanco hasta la convocatoria de la Conferencia.

La tesis doctoral debe ser leída, en consecuencia, como una propuesta. Una propuesta, por un lado, al *objeto* del Derecho constitucional europeo, pues postula la necesidad de trasladar a la Unión un concepto propio del constitucionalismo clásico, el orden público, como medio para garantizar la centralidad de la dignidad humana —esto es, la persona— en un ordenamiento jurídico-político que ha sido articulado en torno a la *ratio* de la máxima realización del mercado. Una propuesta, por otro lado, al *sujeto* del Derecho constitucional europeo, ya que trata de orientar el debate académico desde la tan explorada dimensión orgánica de la Unión (las funciones del Parlamento Europeo, su relación con la Comisión, las mayorías del Consejo, las fuentes del Derecho) hacia la tan necesaria dimensión dogmática (los valores, principios y derechos fundamentales de la ciudadanía europea).

La dogmatización del espacio constitucional europeo, entendida por tal la fundamentación del Derecho de la Unión en un orden público constitucional que garantice en su seno la centralidad de la persona y que, en definitiva, humanice una Unión dominada por la lógica del capital, es una empresa difícil y ambiciosa que requiere de muchas voces. No se encontrará en este estudio la clave para la formación definitiva de un *demos* europeo o de un sujeto constituyente que reclame el papel que los Estados y otros factores reales de poder han venido ocupando en su lugar desde los orígenes de la Unión. En esta tesis — en cuya argumentación se encontrarán probablemente vacíos y desaciertos de los que me responsabilizo y pido disculpas por anticipado— se pretende, sencillamente, realizar una contribución al debate constitucional europeo, marcar una hoja de ruta en el ámbito dogmático y recordar que no debe existir espacio constitucional que no asuma como eje la máxima realización de la igual dignidad humana.

Todo escrito —especialmente un trabajo científico del tipo y la envergadura de una tesis doctoral— refleja, necesariamente, el pensamiento de su autor. La perspectiva condiciona la narración, por lo que conviene advertir que quien escribe estas líneas predica y practica un europeísmo que es, como sucede con aquello que uno de verdad estima,

crítico. No beneficia a la Unión la contemplación aduladora o complaciente. Sólo a través de la denuncia de las carencias, los déficits y las incongruencias de la Unión puede canalizarse la esperanza en el proyecto europeo. La persona que se dedica a la investigación tiende a estudiar aquello que, de un modo u otro, le implica personalmente. La convicción de que es posible una Unión Europea constitucional con la que la ciudadanía europea se sienta identificada es la fuerza que mueve este trabajo.

La elaboración de una tesis doctoral es, ante todo, un proceso de aprendizaje científico en el que se ha de adquirir destreza en el manejo de argumentos complejos y abstractos, la gestión de grandes cantidades de información o la interrogación continua sobre la viabilidad de las hipótesis trazadas. Pero es también un viaje de autoconocimiento personal en el que ha de lidiarse contra la presión, los altibajos emocionales o las inseguridades. Un viaje que, por fortuna, no se realiza solo. El agradecimiento no es aquí una simple cortesía, sino un ejercicio de justicia.

Desde que me dirigiera aquel mes de julio del año 2015 al despacho del profesor Asensi no he dejado de sentirme afortunado por la confianza que siempre ha depositado en mí mi maestro. José Asensi ha sido, y es, un referente en el ámbito científico y en el ámbito personal. De él no sólo he aprendido a cuestionar todo conocimiento, a reflexionar sobre los fundamentos de los problemas y a ir siempre más allá, sino también a permanecer constante, a darle un sentido al trabajo diario y a encarar las adversidades con actitud positiva. Su pasión por la universidad me contagió cuando me dio clase en primero de carrera y por cuanto él representa —su concepción del alumnado como la razón de ser de la universidad, el estudio sereno y profundo, la ciencia crítica y útil— he querido dedicarme al maravilloso mundo de la universidad.

En el área de Derecho constitucional del Departamento de Estudios Jurídicos del Estado de la Universidad de Alicante no sólo he conocido magníficos profesionales, sino sobre todo grandes personas de las que me siento orgulloso de poder considerar amigos. De José Chofre he aprendido la importancia del contexto, de la mirada de conjunto, de las implicaciones no jurídicas de los temas jurídicos. Sin su ayuda y apoyo constantes, su siempre disposición a colaborar, sus acertadas sugerencias y sus sabios consejos —que trascienden de lo estrictamente académico— la elaboración de la tesis hubiera sido, sin duda, mucho más difícil.

En José Ángel Camisón he encontrado un compañero extraordinario de una bondad, honestidad y generosidad únicas. En Francisco G. Villalba, el optimismo, la ilusión y la fortaleza que necesitaba en los momentos más difíciles. En Mar Esquembre y Manuel Alcaraz, una ayuda desinteresada y una calidez que han hecho que me sintiera como en casa desde el primer día. A Ainhoa Lasa le agradezco que me acompañara con tanta amabilidad en los primeros pasos del difícil camino académico.

Nada en la universidad sería posible sin el pulcro trabajo y el gran potencial humano del personal de administración y servicios. Yolanda Munguía me ha enseñado las enormes posibilidades de la informática, pero también la importancia de apreciar los pequeños momentos de la vida. De Mayte Monllor no sólo he aprendido sobre el funcionamiento de la universidad sino también a valorar el lado humano de la profesión. De Alicia Jerez he entendido que sólo cabe enfrentarse a las dificultades con arrojo y determinación. No puedo dejar de agradecer al personal de la Biblioteca de Derecho (en especial a Encarnación Martínez, José Ramón Albarrán, Inmaculada Valiente y Coral Cerdán) porque no ha habido problema documental o bibliográfico que se les haya resistido, así como al personal de préstamo interbibliotecario de la UA, cuya diligencia ha facilitado enormemente la investigación.

Debo también gratitud al programa de ayudas para la Formación del Profesorado Universitario (FPU) del Ministerio de Universidades, que ha financiado esta investigación durante el periodo comprendido entre el 31 de octubre de 2017 y el 17 de septiembre de 2020.

Por último, agradezco inmensamente a las personas que quiero y que me quieren. Mis amigas y amigos, que han demostrado un apoyo incondicional y una paciencia infinita. Mi hermana, mi madre y mi padre, porque siempre han creído en mí y me han dado fuerzas para seguir adelante con todo proyecto que decidiera emprender. Lo que he podido conseguir es gracias a ellos.

**PARTE INTRODUCTORIA. DELIMITACIÓN DE LA
INVESTIGACIÓN: OBJETIVOS, ESTRUCTURA,
METODOLOGÍA Y MARCO TEÓRICO.**

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

1. Objetivos y estructura de la tesis.

La tesis doctoral que se presenta tiene como objetivo principal la formulación de una propuesta de reconstrucción³ de la dimensión dogmática del Derecho constitucional europeo a través de la categoría de orden público. En otros términos, pretende demostrarse que el orden público, como categoría jurídico-constitucional, puede erigirse en un mecanismo para dotar a la UE de una dimensión dogmática o fundamento propio del constitucionalismo; en concreto, del constitucionalismo social.

Las anteriores afirmaciones requieren de una operación argumentativa compuesta por varias etapas, que arrancan tras un necesario apartado introductorio en el que, a modo de marco teórico o incluso de *exordio*, debe justificarse la propia fundamentación de la tesis, es decir, los motivos por los que se afirma que la UE carece de una dimensión dogmática constitucional y por los que, en consecuencia, son necesarias propuestas que aspiren a una *dogmatización* de la Unión. A continuación, la hipótesis sostenida en la tesis requiere del estudio de siete temas u objetivos específicos:

1. La determinación del concepto, contenido, características y funciones del orden público como categoría jurídico-constitucional.
2. La justificación de la afirmación del orden público como fundamento dogmático del ordenamiento constitucional.
3. La configuración y caracterización del orden público en el Derecho de la Unión vigente.

³ «Reconstruir» se entiende en este contexto según la segunda acepción recogida por la Real Academia Española, esto es, no como «volver a construir» sino como la unión de diferentes ideas para completar el conocimiento de algo. Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española (23.ª ed.). Consultado en <<http://www.rae.es/>>.

4. El análisis de los componentes dogmáticos (valores, principios y derechos) del Derecho de la Unión vigente.
5. El estudio de modelos supranacionales de orden público; en concreto, el orden público europeo del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴.
6. La determinación de las deficiencias y limitaciones del sistema de derechos fundamentales de la Unión Europea que impiden la conformación de un orden público europeo.
7. La formulación de propuestas para la generación de un orden público propio de la Unión.

La exposición y análisis de las diferentes etapas argumentativas descritas se realiza en tres partes distintas. En la primera parte de la tesis, titulada «La categoría de orden público», se lleva a cabo una operación de recuperación y reconstrucción del concepto de orden público, que, como categoría jurídica —y dejando al margen su utilización en el ámbito del Derecho internacional privado, del que también daremos cuenta— ha sido o bien evitada por su previa vinculación con las funciones de policía propias del franquismo o bien ha sido reducida a su significación como ausencia de conflicto o paz social. Esta parte se compone de dos capítulos. En el Capítulo 1 («Reconstrucción del concepto, elementos constitutivos y funciones del orden público») se propondrá un análisis conceptual a partir de la distinción en el orden público de dos dimensiones, positiva y negativa, cada una a su vez dividida en una vertiente interna y una vertiente externa. Asimismo, se formulará una propuesta de dotación de contenido al orden público y se explicará, por un lado, su operatividad en el ámbito de la práctica jurídica y, por otro lado, los motivos que llevan a afirmar al orden público como fundamento dogmático del ordenamiento constitucional. Finalmente, se ha considerado oportuno, dada la intrínseca complejidad del concepto, analizar el orden público desde la perspectiva propia del Derecho español para aplicar así lo analizado al ordenamiento más cercano al autor y al público principal del estudio. A ello se dedica el Capítulo 2 («El orden público en el ordenamiento jurídico español»).

En segundo lugar, en la siguiente parte de la tesis, titulada «La configuración del orden público en el Derecho de la Unión vigente», se pretende determinar qué entiende el

⁴ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, recuperado de: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf>.

Derecho de la Unión, así como sus instituciones, por orden público. Esto es, se trata de explorar si existe un orden público europeo análogo en su caracterización y funciones al concepto de orden público reconstruido en el Capítulo 1. La Parte II se compone también de dos capítulos. En el Capítulo 3 («La categoría de orden público y sus elementos constitutivos en el ordenamiento jurídico europeo») se analiza la doctrina española y extranjera que se ha pronunciado sobre el orden público europeo y se efectúa un profundo análisis del Derecho de la Unión, originario y derivado, para determinar el empleo del término «orden público» en el ordenamiento jurídico europeo. A este análisis del Derecho positivo le acompaña un estudio de la posición que sobre el orden público han mantenido las principales instituciones de la UE, pues no sólo se pretende demostrar su efectiva regulación, sino también su consideración política en la esfera pública europea, a efectos de concretar la operatividad de esta categoría en el pasado y su posible evolución futura. En el Capítulo 4 («El orden público en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea») se efectúa un análisis detallado de la jurisprudencia del TJUE y de las correspondientes opiniones de los Abogados Generales que se han pronunciado y han construido progresivamente el concepto de orden público en el ámbito de la Unión, agrupando las sentencias más representativas en seis fases temporales consecutivas.

En tercer lugar, en la última parte de la tesis, titulada «La conformación de un orden público propio de la Unión Europea», constatada en la Parte II la inexistencia de un orden público propio de la Unión análogo al concepto estatal, se lleva a cabo una triple operación expuesta en tres capítulos. En el Capítulo 5 («El orden público del Convenio Europeo de Derechos Humanos como modelo de referencia») se analiza el modelo de orden público del CEDH para extraer las lecciones, y cautelas, que un orden público supranacional construido a partir de los derechos fundamentales puede enseñar a un orden público propio de la Unión. En el Capítulo 6 («Factores impeditivos de un orden público de la Unión Europea: la dimensión dogmática del Derecho de la Unión»), se analiza el reconocimiento y garantía de los valores y principios y el sistema de derechos fundamentales de la UE —en el que también se incluye el propio CEDH— para poner de manifiesto las limitaciones y deficiencias que impiden la conformación de un orden público europeo. Finalmente, en el Capítulo 7 («Propuestas para la conformación de un orden público europeo»), se recogen una serie de propuestas tendentes a la generación de un orden público propio de la UE:

unas pueden adoptarse en el actual estado de la Unión (la *reverse Solange* o la solución austríaca) y otras requieren una reforma de los actuales Tratados constitutivos (un recurso de amparo europeo y la configuración del TJUE como un Tribunal Constitucional de la Unión).

Como puede observarse, en la presente tesis se sigue un planteamiento tanto analítico-descriptivo como propositivo. En efecto, en la primera y segunda parte del trabajo predomina el método analítico-descriptivo, pues se realiza un análisis exhaustivo del concepto de orden público clásico (estatal) y emergente (europeo) a partir de su caracterización en la doctrina, la normativa y la jurisprudencia. Por otro lado, en la tercera parte de la tesis, si bien se efectúa también una descripción de la caracterización del orden público en el ámbito del CEDH y de las limitaciones del sistema de derechos fundamentales de la Unión, a continuación se aplica un método propositivo en la recopilación y formulación de una serie de planteamientos o reformas a adoptar para dotar a la Unión de una plena dimensión dogmática. La finalidad de la tesis es, pues, doble, ya que a partir del análisis crítico de conceptos y del Derecho existente se formulan propuestas para hacer avanzar a la Unión hacia un modelo de constitucionalismo social.

2. La metodología del Derecho constitucional europeo crítico.

En el desarrollo de la investigación doctoral cuyos resultados se presentan se ha operado a través de lo que MINGERS y GILL calificaron como «multimetodología»⁵, esto es, la combinación y el acoplamiento de diferentes métodos descriptivos, analíticos y propositivos que se interrelacionan en torno a un único objeto de estudio. Esta diversidad metodológica, no obstante, puede ser explicada coherentemente a través de las diferentes exigencias propuestas por DE CABO MARTÍN para la articulación de un constitucionalismo crítico⁶.

⁵ MINGERS, J. y GILL, A. (eds.), *Multimethodology: Towards Theory and Practice and Mixing and Matching Methodologies*, John Wiley & Sons Inc, Hoboken (Estados Unidos de América), 1997.

⁶ Cfr. CABO MARTÍN, C. DE, «Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico ante una realidad constituyente: la desigualdad», en *Cuadernos Constitucionales*, n.º 1, 2020; CABO MARTÍN, C. DE, *Conflicto y constitución desde el constitucionalismo crítico. La potencialidad constituyente del conflicto: historia y actualidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019; CABO MARTÍN, C. DE, *El Común: las nuevas realidades constituyentes desde la perspectiva del constitucionalismo crítico*, Trotta, Madrid, 2017; CABO MARTÍN, C. DE, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Trotta, Madrid, 2014; CABO MARTÍN, C. DE, «Propuesta para un constitucionalismo crítico», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 19, 2013.

El constitucionalismo crítico postula una metodología del Derecho constitucional basada en la incorporación del pensamiento crítico en un estatuto teórico general y consistente, no reducido, por tanto, a la formulación de críticas concretas al constitucionalismo convencional. El constitucionalismo crítico parte de la hipótesis material de que «el capitalismo actual ha generado una capacidad expansiva nueva, sin límites, de tal forma que esa lógica, la lógica económica (la lógica del capital), ha invadido ámbitos que van mucho más allá de los estrictamente económicos»⁷. Frente a esta realidad, DE CABO MARTÍN postula cuatro exigencias básicas para un constitucionalismo crítico: la repolitización del Derecho constitucional, la recuperación de las categorías constitucionales en la dimensión y plenitud que le son propias, la reconstrucción de un nuevo sujeto de Derecho y la aplicación del Derecho constitucional al espacio supraestatal y globalizado.

2.1. La repolitización del Derecho constitucional.

Afirma DE CABO MARTÍN que el Derecho constitucional ha sido invadido por la lógica del capital, al que ha convertido en su instrumento, y que se manifiesta empírica e ideológicamente a través de una despolitización, desconflictualización, eliminación u ocultación del conflicto y, por tanto, la posibilidad de alternativa⁸. Frente a ello, es necesaria una repolitización del Derecho constitucional como derecho del conflicto, mediante la devolución a la constitución de su contenido y función, pues la propia constitución «ha estado desde el principio “politizada” no solo en el sentido más convencional de ser el “Derecho del poder”, de la limitación del poder, de su fundamento y legitimación», sino también «en cuanto se ha configurado sobre la base del conflicto [...], pues no solo respondía a este, sino que, en una u otra forma, trataba de integrarlo»⁹.

En este sentido, el presente trabajo pretende, en primer lugar, poner de manifiesto y denunciar la centralidad de «lo económico» (el capital) en una UE cuyo ordenamiento jurídico y actuación política se han configurado como mecanismos funcionales a la realización del mercado común europeo. En segundo lugar, frente a esta situación, se

⁷ CABO MARTÍN, C. DE (2014), *op. cit.*, p. 62.

⁸ CABO MARTÍN, C. DE (2014), *op. cit.*, p. 69.

⁹ CABO MARTÍN, C. DE (2014), *op. cit.*, p. 70.

propone una dogmatización del espacio constitucional europeo en los términos propios del constitucionalismo social, lo que supone una repolitización del mismo mediante la introducción del conflicto capital-trabajo en un ámbito dominado por las exigencias de la *ratio* económica.

2.2. La recuperación de las categorías constitucionales. El enfoque histórico.

DE CABO MARTÍN aboga por una «lucha por las categorías», esto es, por la recuperación o reconstrucción de las categorías constitucionales en la dimensión y plenitud que les son propias, frente a la apropiación por el capitalismo actual de las categorías y conceptos básicos del constitucionalismo¹⁰, con el objetivo último de «evitar que —en este caso a través del Derecho— se oculte y eluda el conflicto y, por el contrario, mostrar que también el Derecho es un lugar del conflicto»¹¹. Así, la propuesta que constituye la presente investigación doctoral postula una reconstrucción de la categoría de orden público desde una perspectiva constitucional y su posterior traslación a un espacio en que ha sido utilizada de modo funcional a la realización del mercado.

Desde esta perspectiva, durante la investigación doctoral ha sido necesario, para una plena resignificación de conceptos y categorías constitucionales y para una mejor comprensión de las mismas, el recurso al enfoque histórico. En efecto, se ha recurrido frecuentemente al análisis histórico a fin de exponer los diferentes elementos que constituyen el objeto de estudio —desde el tránsito del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social hasta la evolución de los derechos fundamentales en la Unión, entre otros— a partir del concreto contexto, causas, antecedentes y fenómenos que condujeron a su aparición, mutación o desarrollo. Como afirma ASENSI SABATER, «[e]l enfoque histórico es indispensable en el estudio del Derecho Constitucional»¹², y ello porque «[l]a cultura constitucional, como la cultura jurídica en general, está condicionada por las formas concretas del desarrollo histórico»¹³.

¹⁰ CABO MARTÍN, C. DE (2014), *op. cit.*, p. 73.

¹¹ CABO MARTÍN, C. DE (2014), *op. cit.*, p. 74.

¹² ASENSI SABATER, J., *La época constitucional (Materiales para una introducción al constitucionalismo y al Derecho Constitucional)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 263.

¹³ ASENSI SABATER, J. (1998), *op. cit.*, p. 264.

2.3. La reconstrucción de un nuevo sujeto de Derecho. La perspectiva de género.

La tercera exigencia del constitucionalismo crítico es la «respuesta teórica y constitucional ante las nuevas realidades constituyentes»:

ya no solo aparece la contradicción tradicional y en la forma tradicional (capital-trabajo), sino que además de que esta subsiste, aunque haya cambiado [...], se ha extendido la posibilidad de nuevos y múltiples conflictos en todos esos sectores que conforman esa buscada subsunción total de la sociedad en el capital¹⁴.

Frente a esta fragmentación del conflicto o proliferación de «microconflictos», el autor postula, esencialmente, una convergencia hacia el sujeto «Trabajo» como categoría nuclear¹⁵, en un concepto inclusivo de constitución que evite la existencia de espacios extrasistema¹⁶. De este modo, subyace a la tesis la postulación de un nuevo concepto de sujeto —de ciudadanía europea— basado en el valor dignidad —por tanto, en la razón social frente a la razón económica—y que ha de convertirse en el elemento nuclear del constitucionalismo europeo.

Esta construcción de un nuevo sujeto de Derecho no puede acometerse sin asumir las aportaciones del feminismo al ámbito jurídico, especialmente relevantes en cuanto a la denuncia de un sujeto construido tradicionalmente desde una óptica androcentrista excluyente de las mujeres. Por ello, la investigación doctoral y los resultados que aquí se exponen han tenido en cuenta la necesaria incorporación de la *perspectiva de género*. No se ha realizado ningún análisis particular del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en ningún ordenamiento constitucional —a lo que, siendo útil, no se reduce la incorporación de la teoría feminista a la teoría del Derecho constitucional¹⁷—, sino que, por el contrario, se ha tratado de realizar el análisis y formular las propuestas que constituyen el objeto de tesis considerando —y, en la medida de lo posible, denunciando— que el marco teórico en el que se desarrollan sigue enmarcándose en un estructural sistema de dominación patriarcal basado en la jerarquía sexual¹⁸. Por ello, se ha evitado

¹⁴ CABO MARTÍN, C. DE (2014), *op. cit.*, p. 97.

¹⁵ CABO MARTÍN, C. DE (2014), *op. cit.*, p. 103-104.

¹⁶ CABO MARTÍN, C. DE (2014), *op. cit.*, p. 108.

¹⁷ ESQUEMBRE VALDÉS, M. M., «Género, ciudadanía y derechos. La subjetividad política y jurídica de las mujeres como clave para la igualdad efectiva», en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 23, 2010, p. 55.

¹⁸ ESQUEMBRE VALDÉS, M. M. (2010), *op. cit.*, p. 51.

emplear en el trabajo la visión androcentrista predominante y, consecuentemente, se ha intentado desarrollar una investigación no excluyente *a pesar de —y en contra de—* unas categorías, instituciones y metodologías —las jurídicas— fuertemente masculinizadas (el Derecho como instrumento de mantenimiento del *statuo quo*).

2.4. La aplicación del Derecho constitucional al espacio supraestatal y globalizado.

DE CABO MARTÍN señala que, respecto a los espacios supraestatales donde se ejerce poder, aunque no sea trasladable de manera estricta el concepto formal de Constitución estatal por existir elementos específicamente ligados al Estado, sí cabe la aplicación de una serie de componentes o de lo que pueda llamarse «elementos de constitucionalidad» que, por el grado de desarrollo y potencialidad alcanzados, pueden considerarse ya «principios» aplicables a espacios, organizaciones o relaciones sociales, sin que el tipo de organización o el territorio sean límites a su aplicación y vigencia aunque adquieran caracteres diferenciados y sin que suponga tampoco la disolución o desnaturalización de lo que la Constitución significa¹⁹.

Se trataría, en definitiva, de constitucionalizar un espacio, el supraestatal y globalizado, en que de forma más evidente se manifiesta la expansión capitalista²⁰, y «constitucionalizar la globalización» significa, esencialmente, «"politizarla", es decir, introducir el conflicto en su institucionalización jurídica»²¹.

La constitucionalización del concreto espacio de la UE constituye el primer y principal objetivo de la tesis. Las operaciones de recuperación y reconstrucción del concepto de orden público y de su traslación a la UE se realizan en tanto en cuanto se considera que ello puede contribuir a dotar a la Unión de una dimensión dogmática plenamente constitucional —fundamentada en el valor dignidad frente al preponderante interés económico— y, por tanto, a una constitución europea en el sentido estricto del término, frente a una actual configuración constitucional técnica y despolitizada.

Este propósito conlleva, en cualquier caso, un cierto componente utópico —que, por otra parte, constituye un «ingrediente fundamental» del pensamiento crítico—, en el sentido de que «el pensamiento utópico no es una construcción de llegada, de término,

¹⁹ CABO MARTÍN, C. DE (2014), *op. cit.*, p. 112.

²⁰ CABO MARTÍN, C. DE (2014), *op. cit.*, p. 113.

²¹ CABO MARTÍN, C. DE (2014), *op. cit.*, p. 114.

sino que, integrándose en el racionalismo histórico, expresa una potencialidad del presente que puede activarse»²². Utopía que, en el caso europeo, es especialmente necesaria, pues, como afirmara HÄBERLE, «Europa jamás avanzaría un paso en su desarrollo sin unas gotas de utopía»²³.

En tanto en cuanto la constitucionalización de la UE constituye el objetivo de la presente investigación doctoral, deviene necesario conocer y aplicar los métodos propios de la disciplina científica cuyo objeto y método vienen constituidos por dicha operación de constitucionalización del espacio supraestatal y globalizado aplicado al concreto ámbito de la UE, el *Derecho constitucional europeo*. Definido por el profesor BALAGUER CALLEJÓN, uno de sus principales teóricos en España, como «una disciplina de reciente formación que surge cuando el proceso de integración europea alcanza un nivel de desarrollo en el que se plantean, en primer término, los problemas constitucionales de la integración europea»²⁴, el empleo de la metodología propia del Derecho constitucional europeo nos obliga a dos tipos de reflexiones: en primer lugar, el necesario surgimiento de esta disciplina como consecuencia de las propias exigencias del proceso de integración europea; en segundo lugar, la perfilación y caracterización del Derecho constitucional europeo como ciencia autónoma.

2.4.1. El Derecho constitucional europeo como exigencia del proceso de integración europea.

Como se ha señalado, el Derecho constitucional europeo se configura como ciencia autónoma en el momento en que el propio proceso de integración europea demanda nuevas categorías y metodologías que permitan una mejor comprensión y explicación de los fenómenos que se producen en su seno. Por ello, resulta necesario referirnos en primer lugar al modo en que la evolución de la Unión ha dado lugar a un ente cuya indeterminada naturaleza jurídica dificulta la elección de la disciplina desde la que estudiar dicho objeto, para, en segundo lugar, justificar el empleo del Derecho constitucional europeo como la más adecuada a tal fin.

²² CABO MARTÍN, C. DE (2014), *op. cit.*, p. 32.

²³ HÄBERLE, P., «Derecho Constitucional común europeo», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 79, enero-marzo 1993, p. 11.

²⁴ BALAGUER CALLEJÓN, F., *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2008a, p. 191.

2.4.1.1. La difícil determinación de la naturaleza jurídica de la Unión Europea.

La Unión Europea es una realidad compleja cuya naturaleza jurídica no se corresponde estrictamente con ninguna de las categorías clásicas del Derecho constitucional o del Derecho internacional, lo que dificulta y condiciona todo análisis científico-jurídico de dicho objeto de estudio. En efecto, como explica DOMÍNGUEZ GARCÍA²⁵, la UE no puede identificarse, en primer lugar, con un Estado federal, pues no reúne los elementos constitutivos de la noción de Estado: un pueblo —no puede aspirar a ello un estatuto de ciudadanía que no establece un vínculo exclusivo entre las personas y la UE y que conlleva derechos pero no deberes—, un territorio —la UE es la suma de los territorios de los Estados miembros—, un poder soberano —sus competencias son cedidas por los Estados miembros— y una organización jurídica —el fundamento y legitimidad del Derecho de la Unión no deriva de la propia UE, sino de la atribución de competencias realizada por los Estados miembros—. La UE tampoco constituye, en segundo lugar, una confederación, pues se dota de una estructura institucional compleja en la que es posible la adopción de decisiones por mayoría y que puede aprobar normas directamente aplicables a la ciudadanía. Finalmente, tampoco puede reducirse a una simple organización internacional, tanto por los anteriores motivos como porque no tiene por objeto una o varias funciones específicas.

En concreto, de los seis elementos señalados por PASTOR RIDRUEJO como constitutivos de la definición de organización internacional —carácter interestatal, base voluntaria, órganos permanentes, voluntad autónoma, competencia propia y cooperación entre sus miembros a efectos de la satisfacción de intereses comunes²⁶—, es precisamente el del carácter teleológico —la cooperación—, el que falla en la UE. Una interpretación extensiva del concepto, que tratara de calificar como organización internacional de cooperación aquella en la que sus diferentes miembros ponen en común competencias propias para alcanzar determinados objetivos comunes, no sería suficiente para dar debida cuenta de la naturaleza de la UE.

²⁵ DOMÍNGUEZ GARCÍA, F., «Tema 6. Integración europea y remodelación del Estado constitucional», en APARICIO PÉREZ, M. A. y BARCELÓ I SERRAMALERA, M. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, 3.ª ed., Atelier, Barcelona, 2016, pp. 143-145.

²⁶ PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y de las organizaciones internacionales*, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, pp. 646-649.

La difícil determinación de la naturaleza jurídica de la UE ha motivado la elaboración de definiciones alternativas. En este sentido, es posible considerar —no con intención sentenciadora sino clarificadora— que la UE, el ente internacional *sui generis* con mayor capacidad de influencia en la vida de las personas del mundo, constituye una *organización política supranacional*. Ambos calificativos —política y supranacional— pretenden alejar a la Unión de su primigenia naturaleza como organización internacional: *política*, porque abarca la generalidad de los asuntos que componen la *res publica*, y *supranacional*, porque se sitúa en un nivel superior y condicionador de las esferas de gobierno estatal.

Por otra parte, también puede utilizarse el término «integración» para referirse al proyecto europeo, en el sentido de que la UE no sería una organización *de la que forman parte* los Estados miembros, sino un todo o una unidad *compuesta por diversas partes*, sus Estados. La «integración», además, permite introducir en la definición un elemento característico de la Unión; el de no configurarse como un producto acabado sino como un proceso en constante construcción. Como ilustra la conocida frase atribuida al que fuera presidente de la Comisión Europea, Jacques Delors, «la construcción europea es como una bicicleta: si se no mueve, se cae»²⁷. Consideramos que es éste —la *evolución* o *progresividad*— el elemento que mejor caracteriza, en cuanto a su naturaleza jurídica, a la Unión, dado el enfoque funcionalista que, como analizaremos, ha caracterizado al proceso de construcción europea.

2.4.1.2. La respuesta metodológica a dicho problema: la perspectiva constitucional.

El problema de la indeterminación de la naturaleza jurídica de la UE dificulta, como se ha expuesto, la elección de la disciplina jurídica adecuada para el análisis del objeto de estudio. La UE de hoy nace en virtud de tratados internacionales (el Tratado CECA²⁸ de 1951 y los Tratados CEE²⁹ y Euratom³⁰ de 1957), y durante décadas la metodología y los instrumentos del Derecho internacional público funcionaron correctamente para desentrañar los

²⁷ A través de TAIBO, C., *No es lo que nos cuentan. Una crítica a la Unión Europea realmente existente*, Ediciones B, Barcelona, 2004, p. 18.

²⁸ Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Código Celex 11951K/TXT, recuperado de: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:11951K/TXT>>.

²⁹ Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, Código Celex 11957E/TXT, recuperado de: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:11957E/TXT&qid=1525074199826>>.

³⁰ Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, Código Celex 11957A/TXT, recuperado: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:11957A/TXT>>.

órganos, las funciones, las relaciones interinstitucionales y el sistema normativo de un ente cuya complejidad no minaba sus caracteres como organización internacional relativamente ordinaria.

No obstante, el progresivo desarrollo por parte del TJUE de unos principios jurídicos que habrían de articular el recién surgido ordenamiento jurídico europeo (ordenamiento jurídico autónomo³¹, eficacia directa³² y primacía³³) ya alertaron de que la entonces CEE no constituía una simple organización internacional. Si bien probablemente sea muy difícil alcanzar un acuerdo sobre el momento (el Tratado) en que la Unión dejó de ser una mera comunidad de intereses, la reforma operada en Maastricht se nos presenta como un paso decisivo en la evolución de la naturaleza de la Unión, aunque ya antes la metodología del Derecho internacional no bastaba para explicar una entidad que disponía de un presupuesto propio o de una Asamblea parlamentaria entre cuyas funciones se encontraba la moción de censura a la Comisión (art. 144 TCEE).

La conversión de la Unión Europea en un espacio en el que se ejerce poder —aun constreñido a las limitaciones derivadas del principio de atribución de competencias (art. 5.2 TUE³⁴)— impone el necesario empleo de las categorías y las metodologías propias del Derecho constitucional. El constitucionalismo es llamado a actuar allí donde existe un ejercicio de poder con la finalidad de ordenarlo, limitarlo o racionalizarlo en favor de la

³¹ Según el TJUE, «la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional [...] autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros». Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-26/62, *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963, ECLI:EU:C:1963:1, p. 340. Se trata de «un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado [de la CEE], y que vincula a sus órganos jurisdiccionales». Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-6/64, *Costa/ENEL*, de 15 de julio de 1964, ECLI:EU:C:1964:66, p. 105.

³² El TJUE estableció, en la sentencia *Van Gend en Loos*, que, dado que «la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales[,] [...] el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico». Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-26/62, *cit.*, p. 340.

³³ De acuerdo con este principio, que en la actualidad se encuentra contemplado en la Declaración 17 al Tratado de Lisboa, en caso de contradicción entre una norma europea y una norma interna, el órgano aplicador del Derecho debe aplicar la primera y dejar inaplicada —pero no anulada ni derogada— la segunda. Este principio arranca de la sentencia *Costa/ENEL*, en la que el TJUE estableció que «se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad». Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-6/64, *cit.*, p. 106.

³⁴ Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, DO C 202 de 7.6.2016, p. 13.

ciudadanía y sus derechos, según la fórmula clásica que se desprende del art. 16 DDHC de 1789.

Progresivamente, la doctrina científica ha encontrado en el Derecho constitucional un conjunto de categorías jurídicas que permite un análisis más certero de la realidad europea: así, la UE ya no puede entenderse —al menos en su totalidad— según los parámetros propios del Derecho internacional (la costumbre internacional, las relaciones de vecindad o el *estoppel*) —de los que, no obstante, no puede desprenderse (en cuanto que los Tratados constitutivos no dejan de ser formalmente tratados internacionales³⁵), sino a través de categorías e instituciones jurídicas de naturaleza constitucional como la división o separación de poderes, las fuentes del Derecho, el principio democrático o los partidos políticos. Se configura así una disciplina jurídica nueva y autónoma, el Derecho constitucional europeo.

2.4.2. El Derecho constitucional europeo como disciplina científica.

La expresión «Derecho constitucional europeo» abarca, fundamentalmente, dos realidades: el objeto de estudio y la disciplina científica. En el primer sentido, el «Derecho constitucional europeo» se refiere a aquellas normas que, aprobadas en el ámbito geográfico europeo, presentan una dimensión constitucional. Respecto a su contenido, BALAGUER CALLEJÓN diferencia entre Derecho constitucional europeo en sentido estricto y en sentido amplio. En sentido estricto, el Derecho constitucional europeo comprende «el Derecho constitucional de la Unión Europea, cualquiera que sea su fuente de procedencia (esto es, aunque se haya formado a través de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros o se derive del Convenio Europeo de Derechos Humanos)», mientras que, en sentido amplio, se refiere al «Derecho constitucional de los diversos espacios constitucionales que integran la Unión Europea: el espacio constitucional europeo, el estatal y el de los entes territoriales», así como al «Derecho constitucional que concurre en el espacio europeo y que procede de otras instancias, como el Consejo de Europa, a través

³⁵ De este modo, la salida del Reino Unido de la UE o *Brexit* ha necesitado el recurso al Derecho internacional público ante las insuficiencias del art. 50 TUE. *Vid.* ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Brexit: algunas reflexiones desde el Derecho internacional», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, n.º 2, 2016, pp. 19-22.

del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos»³⁶.

En un sentido similar, para GUILLÉN LÓPEZ el contenido del Derecho constitucional europeo tendría dos vectores: por un lado, «el derecho europeo de dimensión constitucional (conceptos básicos, derechos, fuentes, órganos, reglas de distribución territorial del poder)», de modo que coincidirían el criterio de identificación formal (la procedencia de la fuente) y material (el contenido de relevancia constitucional); por otro lado, «las propias constituciones de los estados miembros y, especialmente, el Derecho constitucional interno que resulta modificado por acción del Derecho europeo», constituyendo éste un vector más difícil que el anterior al delimitarse exclusivamente a partir de criterios materiales³⁷.

Diferente del concepto de «Derecho constitucional europeo», aún en este primer sentido de la expresión, es el de «Derecho constitucional común europeo» acuñado por HÄBERLE. Para este autor, la ausencia de un único Estado constitucional europeo impide la existencia de un Derecho constitucional europeo en sentido estricto. No obstante, sí podría identificarse un «Derecho constitucional común europeo», es decir,

un conjunto más y más amplio de principios constitucionales «particulares» que resultan «comunes» a los diferentes Estados nacionales europeos, tanto si han sido positivados como si no. Tales principios comunes aparecen parcialmente en las constituciones de los Estados nacionales y en el seno del Derecho consuetudinario constitucional de éstos, derivado también en parte del ámbito de validez del «Derecho europeo» —como el de la Comunidad Europea, el del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, reforzado recientemente por el Consejo de Europa—, y el dimanante de la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa³⁸.

³⁶ BALAGUER CALLEJÓN, F., «La contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho constitucional europeo», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 13, enero-junio 2010, p. 198.

³⁷ GUILLÉN LÓPEZ, E., «Metodología del Derecho constitucional europeo. Un Derecho constitucional para la integración política de Europa. Del pluralismo territorial al pluralismo ideológico», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 12, julio-diciembre 2009, pp. 155-156.

³⁸ HÄBERLE, P. (1993), *op. cit.*, p. 12. En concreto, HÄBERLE considera incluidos en el Derecho constitucional común europeo «determinados principios constitucionales de tipo estatal, como los relativos a los derechos humanos y a la democracia, al igual que ciertos fines del Estado, como son el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho». HÄBERLE, P. (1993), *op. cit.*, pp. 13-14. Destacan, particularmente, los derechos fundamentales: «Los derechos fundamentales de la Comisión de Derechos Humanos, si bien a nivel nacional no siempre se sitúan ni se interpretan al mismo nivel de los derechos constitucional, son, no obstante, el núcleo central del DCCE [Derecho constitucional común europeo]». HÄBERLE, P. (1993), *op. cit.*, p. 36.

En cualquier caso, este «*ius commune europeum*» encuentra sus propios límites en el respeto a la identidad constitucional de los diferentes Estados miembros:

hay que advertir del peligro de incurrir en exageraciones, sea cual fuere la alegría del descubridor y pionero respecto a los elementos del DCCE [Derecho constitucional común europeo], se impone asimismo el respeto de sus límites, entre los que se encuentra la soberanía constitucional de cada nación y la individualidad de los respectivos Estados como factor condicionante de «lo común», dimanante todo ello de la diversidad cultural viva de Europa. El DCCE no debe convertirse en mero instrumento de allanamiento o nivelación uniforme ni de igualamiento forzoso de todo Derecho constitucional nacional en una Europa unida puramente imaginaria o en una que lo pretenda llegar a ser. El vigor y la fuerza del DCCE dependen de su riqueza, incluyendo el «sentido particular» y las «dislocaciones» de cada uno de los tipos de derechos contenidos en sus constituciones nacionales³⁹.

Junto a este «Derecho constitucional común europeo», HÄBERLE añade un «Derecho europeo en sentido estricto», esto es, el Derecho emanado de las instituciones de la UE⁴⁰; un «Derecho europeo en sentido amplio», en referencia al «Derecho del Consejo de Europa, que tiene su punto culminante en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos»⁴¹; y, finalmente, un «Derecho constitucional europeo nacional», expresión que hace referencia a los «cuantitativa y cualitativamente en aumento artículos sobre Europa que pueden encontrarse en las Constituciones europeas»⁴².

Por otro lado, en el segundo sentido apuntado —que es el que aquí nos interesa—, el «Derecho constitucional europeo» se refiere a la disciplina científico-jurídica que trata de analizar la UE en los términos, categorías y conceptos propios del constitucionalismo. Se trata de una metodología de estudio en formación y desarrollo, lo que, como señala BALAGUER CALLEJÓN, no obsta a su consideración como disciplina científica⁴³.

Ha sido ya apuntado que el Derecho constitucional europeo nace cuando el espacio jurídico-político que constituye la UE no puede ser analizado satisfactoriamente desde los parámetros, inicialmente válidos, del Derecho internacional. Ello no significa, sin embargo, que deba abandonarse la metodología propia del Derecho internacional para el estudio de

³⁹ HÄBERLE, P. (1993), *op. cit.*, p. 38.

⁴⁰ HÄBERLE, P., «El Estado constitucional europeo», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 11, enero-junio 2009, en <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/14PeterHaberle.htm>>, apdo. II.2.1.

⁴¹ HÄBERLE, P. (2009), *op. cit.*, apdo. II.2.1.

⁴² HÄBERLE, P. (2009), *op. cit.*, apdo. II.2.3.

⁴³ BALAGUER CALLEJÓN, F. (2010), *op. cit.*, pp. 195-196.

determinados aspectos concernientes a la realidad europea, del mismo modo que no todo lo que afecta a la UE es Derecho constitucional europeo.

El elevado grado de desarrollo del Derecho de la Unión exige la concurrencia de diferentes disciplinas jurídicas en su estudio, cada una de ellas delimitada por su concreto objeto. Así, se puede hablar de un «Derecho administrativo europeo», un «Derecho civil europeo» o un «Derecho internacional público europeo», cada uno con un desarrollo mayor o menor, y no es posible concebir un Derecho administrativo, civil o internacional público nacional sin la incorporación de la perspectiva —la normativa y la jurisprudencia— europea.

En concreto, el Derecho constitucional europeo tiene por objeto «todo el Derecho europeo de naturaleza constitucional que interacciona en el espacio europeo», esto es,

la reflexión y el análisis sobre los procedimientos de participación, control y exigencia de responsabilidad política en la Unión Europea así como todas las demás temáticas de alcance constitucional: distribución de competencias entre Unión Europea y Estados miembros, determinación de las relaciones entre el ordenamiento europeo y los ordenamientos estatales, análisis de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, funciones de la jurisdicción constitucional europea, ordenación de las fuentes del Derecho de la Unión Europea, entre otras⁴⁴.

El Derecho constitucional europeo, en definitiva, analiza el espacio de poder en que ha devenido la UE a partir de la recuperación de los conceptos clásicos de la teoría constitucional (como democracia, control del poder o derechos fundamentales —o, en nuestro caso, el orden público—)⁴⁵ y su traslación a la UE, bajo la premisa de que, si bien estos conceptos no pueden encontrarse en la misma medida en la Unión —pues constituye una realidad distinta al espacio (estatal) en que aquéllos se han construido—, ello no puede suponer una merma de las garantías y controles democráticos.

Esta disciplina trata de emplear un lenguaje propio, el del constitucionalismo —orientado hacia la búsqueda de ordenación del poder y la garantía de los derechos—, en un nivel en el que se ejerce poder soberano pero en el que aún se está construyendo una dogmática constitucional. Como señala WEILER, no estamos ante

⁴⁴ BALAGUER CALLEJÓN, F. (2010), *op. cit.*, p. 197.

⁴⁵ AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «Prólogo», en AGUILAR CALAHORRO, A., *La dimensión constitucional del principio de primacía*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 17.

un orden jurídico europeo de naturaleza constitucional sin constitución, sino lo contrario: estamos ante un orden jurídico constitucional en el que la teoría constitucional no ha sido aún desarrollada. En efecto, no ha habido una elaboración suficiente de sus valores trascendentes y de sus objetivos a largo plazo y se han interpretado mal sus elementos ontológicos⁴⁶.

Esta recuperación y traslación de conceptos a la UE se realiza, consideramos, desde una doble perspectiva. Por un lado, desde una visión meramente descriptiva, que pretende analizar la UE en términos constitucionales al efecto de identificar en dicho ámbito sus particularidades y deficiencias; así, incluiríamos los análisis sobre el procedimiento normativo europeo, las fuentes del Derecho, el parlamentarismo de la Unión o su sistema de derechos fundamentales. Por otro lado, es frecuente que los teóricos del Derecho constitucional europeo trasciendan del mero análisis objetivo para postular las reformas necesarias que permitan convertir a la Unión en un verdadero espacio constitucional, bajo la premisa de que «[l]a Unión europea sólo puede avanzar sobre la base de una Constitución Europea»⁴⁷.

3. Fuentes de la investigación.

Como corresponde a la metodología jurídica, la investigación se ha desarrollado a través de un triple análisis doctrinal, normativo y jurisprudencial. En primer lugar, se ha realizado una extensa búsqueda y estudio bibliográfico de las obras de referencia en el ámbito del Derecho constitucional europeo y del sistema de derechos fundamentales de la Unión. A este necesario análisis de la doctrina constitucionalista le ha acompañado otra específica como consecuencia de la particular naturaleza del concepto de orden público, para cuyo completo conocimiento se requiere de un análisis doctrinal transversal en el que ha sido necesario acudir a la doctrina *iusinternacionalista*, civilista y penalista, entre otras. Asimismo, se ha acudido tanto a fuentes españolas como extranjeras pues, siendo el Derecho constitucional europeo el marco en el que se desarrolla el objeto de la

⁴⁶ WEILER, J. H. H., «Epílogo», en WEILER, J. H. H., *Europa, fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995b, p. 206. En un sentido similar, para INNENARITY la UE «vive un “momento teórico”, es decir, un momento en el que la innovación conceptual es fundamental si queremos escapar del atasco en el que nos encontramos, que es, antes que nada, un déficit de conceptos». INNENARITY, D., *La democracia en Europa. Una filosofía política de la Unión Europea*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2017, p. 11.

⁴⁷ BALAGUER CALLEJÓN, F., «Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 7, enero-junio 2007, p. 344.

investigación, es necesario recurrir también a la doctrina no española más especializada en dicho ámbito para un correcto abordaje de la temática.

En segundo lugar, ha sido constante durante todo el proceso de investigación el recurso a las fuentes originarias, esto es, a la normativa a partir de la cual resulta posible la elaboración del concepto de orden público. En este sentido, se ha acudido tanto a fuentes estatales como, particularmente, a fuentes del Derecho de la Unión Europea, de Derecho originario y de Derecho derivado e incluso de actos no vinculantes (entre los que destacan las comunicaciones de la Comisión y las resoluciones del Parlamento Europeo). Se ha atendido también al proceso de elaboración de las diferentes fuentes normativas para determinar, por ejemplo, si aparecía el concepto de orden público a lo largo de su tramitación.

En tercer lugar, se ha realizado un análisis exhaustivo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia axiológica: se han identificado las sentencias más representativas sobre el papel que los valores, los principios y, sobre todo, los derechos fundamentales, han ocupado en la construcción europea, se han extraído las principales conclusiones y se han agrupado las diferentes sentencias incorporadas en seis fases temporales. Por otra parte, también se ha efectuado un profundo análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que a lo largo de tiempo ha delimitado la categoría de orden público en su concreto ámbito, a efectos de trasladar su construcción conceptual al Derecho de la Unión Europea pues, como se verá con detalle en la Parte III, el «orden público europeo» del CEDH demuestra que, a partir de la tutela de los derechos fundamentales, es posible un orden público autónomo garante de la dignidad en un nivel supranacional de ejercicio del poder.

4. El marco teórico de la investigación. La constitucionalización de la Unión Europea.

Expuestos los objetivos y la estructura del trabajo, así como la metodología y fuentes empleadas, debemos a continuación detenernos en el marco teórico que explica y justifica la propuesta contenida en la tesis. La conformación de un orden público propio de la UE sólo se puede comprender en el marco de un proceso de constitucionalización material

europeo que, debido a la (pretendida) falta de desarrollo efectivo de su dimensión dogmática, no ha dado lugar a una constitución en el sentido estricto del término.

4.1. El proceso de construcción constitucional de la Unión Europea.

La actual UE no puede entenderse, como se ha afirmado con anterioridad, sino a través de la metodología, las instituciones y las categorías conceptuales propias del Derecho constitucional. No obstante, esta conclusión —no necesariamente aceptada de manera acrítica por la doctrina— es el resultado de un proceso evolutivo de una organización cuyos objetivos originarios han determinado —y continúan haciéndolo—, el entero entramado jurídico-político europeo. Resulta necesario, en consecuencia, adoptar una perspectiva histórica con el objetivo de desentrañar el método o lógica conforme a los cuales se ha construido la Unión para proceder, a continuación, a la operación de determinación de los rasgos constitucionales identificables en el actual estado del proceso de construcción europea.

4.1.1. La evolución de la Unión conforme al método neofuncionalista.

Con independencia de la definición que podamos adoptar para retratar la actual UE (una organización política supranacional, una organización internacional de integración o, incluso, «la combinación de una ordenación institucional “confederal” y una ordenación legal “federal”»⁴⁸—términos cuya virtualidad, en cualquier caso, se limitan al momento presente dado el componente intrínsecamente evolutivo de la organización—), la comprensión del nivel de ejercicio de poder que representa la Unión requiere la adopción de una cierta perspectiva procesual-cronológica.

Los orígenes de la UE se encuentran en una serie de Tratados (ya citados: el Tratado CECA de 1951 y los Tratados CEE y Euratom de 1957) cuyos objetivos eran la promoción del desarrollo económico de los países fundadores (Alemania Occidental, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos) a través, principalmente, de la creación de un mercado común. En efecto, el art. 2 del Tratado CEE establecía que

⁴⁸ WEILER, J. H. H., «El principio de tolerancia constitucional: la dimensión espiritual de la integración europea» (traducción de Miguel Azpitarte), en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 105-118. En concreto, p. 108.

La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran⁴⁹.

De acuerdo con la famosa *Declaración Schuman* de 1950 —convertida en el *mito fundacional* de la UE al asignarse a la fecha de su pronunciación, el 9 de mayo, la conmemoración del día de Europa—, el progreso económico y la compartición por parte de los dos eternos rivales europeos, Alemania y Francia, de un proyecto económico basado en la puesta en común de la producción del carbón y el acero —las materias primas de la guerra—, permitiría, con el tiempo, consolidar la paz e, incluso, sentar las bases para un proyecto político —una *federación europea*—:

Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho. [...] La puesta en común de las producciones de carbón y de acero garantizará inmediatamente la creación de bases comunes de desarrollo económico, primera etapa de la federación europea [...]. La solidaridad de producción que así se cree pondrá de manifiesto que cualquier guerra entre Francia y Alemania no sólo resulta impensable, sino materialmente imposible. [...] Mediante la puesta en común de las producciones básicas y la creación de una Alta Autoridad de nuevo cuño, cuyas decisiones obligarán a Francia, Alemania y los países que se adhieran, esta propuesta sentará las primeras bases concretas de una federación europea indispensable para la preservación de la paz⁵⁰.

⁴⁹ Análogamente, el art. 2 del Tratado CECA establecía que «[l]a Comunidad Europea del Carbón y del Acero tendrá por misión contribuir, en armonía con la economía general de los Estados miembros y mediante el establecimiento de un mercado común [...], a la expansión económica, al desarrollo del empleo y a la elevación del nivel de vida en los Estados miembros. La Comunidad deberá proceder al establecimiento progresivo de condiciones que aseguren por sí mismas la distribución más racional posible de la producción al más alto nivel de productividad, al mismo tiempo que garanticen la continuidad del empleo y eviten provocar, en las economías de los Estados miembros, perturbaciones fundamentales y persistentes». Por su parte, en el segundo párrafo del primer artículo del Tratado Euratom afirmaba que «[l]a Comunidad tendrá por misión contribuir, mediante el establecimiento de las condiciones necesarias para la creación y crecimiento rápidos de industrias nucleares, a la elevación del nivel de vida en los Estados miembros y al desarrollo de los intercambios con los demás países».

⁵⁰ Declaración de Robert Schuman, de 9 de mayo de 1950, recuperado de: <https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_es>. La Declaración inspiró el entero preámbulo del Tratado CECA: «CONSIDERANDO que la paz mundial sólo puede salvaguardarse mediante esfuerzos creadores proporcionados a los peligros que la amenazan, / CONVENCIDOS de que la contribución que una Europa organizada y viva puede aportar a la civilización es indispensable para el mantenimiento de relaciones pacíficas, / CONSCIENTES de que Europa sólo se construirá mediante realizaciones concretas, que creen, en primer lugar, una solidaridad de hecho, y mediante el establecimiento de bases comunes de desarrollo económico, / PREOCUPADOS por contribuir, mediante la expansión de sus producciones fundamentales, a la elevación del nivel de vida y al progreso de las acciones en favor de la paz, / RESUELTOS a sustituir las rivalidades seculares por una fusión de sus intereses esenciales, a poner, mediante la creación de una comunidad económica, los primeros cimientos de una comunidad más amplia y profunda entre pueblos tanto tiempo

Esta *Declaración*, emitida por el entonces ministro de Asuntos Exteriores francés Robert Schuman, marcará el rumbo y la naturaleza del proyecto europeo: como se ha señalado⁵¹, la *Declaración Schuman* representará el triunfo del pragmatismo de Jean Monnet, empresario francés y verdadero artífice de la *Declaración*⁵², frente al *federalismo* defendido por el político italiano Altiero Spinelli y plasmado en el *Manifiesto de Ventotene*⁵³, así como frente al *intergubernamentalismo* unionista británico. La Comunidad evolucionaría de este modo según los postulados funcionalistas del conocido como *método Monnet*, según el cual la unidad europea no se conseguiría de una sola vez ni a través de lo político o de lo cultural, sino de realizaciones concretas o pequeños pasos que debían empezar desde el ámbito de lo económico. No obstante, el propio Monnet era consciente de las limitaciones de este método:

La Comunidad, en efecto, tenía un objetivo que se limitaba a las solidaridades inscritas en los tratados, y aunque siempre habíamos pensado que estas solidaridades irían exigiendo otras,

enfrentados por divisiones sangrientas, y a sentar las bases de instituciones capaces de orientar hacia un destino en adelante compartido, / HAN DECIDIDO crear una Comunidad Europea del Carbón y del Acero».

⁵¹ MORENO JUSTE, A. y NÚÑEZ PEÑAS, V., *Historia de la construcción europea desde 1945*, Alianza Editorial, Madrid, 2017, p. 76.

⁵² Para una exposición detallada sobre la gestación de la *Declaración Schuman* desde el punto de vista de su artífice, *vid.* MONNET, J., *Memorias* (traducción de José M. Martínez García), Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1985, pp. 288-299.

⁵³ El *Manifiesto di Ventotene per un'Europa libera e unita* fue escrito en 1941 por Altiero Spinelli y Ernesto Rossi, fruto de los debates que mantuvieron con Eugenio Colorni y Ursula Hirschmann, así como con Dino Roberto, Enrico Giussani, Giorgio Braccialarghe y Arturo Buleghin. Redactado en la isla de Ventotene, donde todos ellos fueron deportados por el régimen fascista italiano, la primera versión impresa del *Manifiesto* se publicó en agosto de 1943 tras la fundación del Movimiento Federalista Europeo en Milán. El *Manifiesto* propugna el ideal de una unificación de Europa en sentido federal y se funda sobre los conceptos de paz y libertad kantiana y sobre la teoría institucional del federalismo hamiltoniano. CUTOLO, P., «La Genesi del "Manifiesto di Ventotene"», en *Teoria e storia del diritto privato*, n.º 6, 2013, pp. 20 a 24. Reproducimos a continuación, en su idioma original, uno de los párrafos más significativos del *Manifiesto*: «*Tutti gli uomini ragionevoli riconoscono ormai che non si può mantenere un equilibrio di stati europei indipendenti, con la convivenza della Germania militarista a parità di condizioni degli altri paesi, né si può spezzettare la Germania e tenerle il piede sul collo una volta che sia vinta. Alla prova, è apparso evidente che nessun paese in Europa può restarsene da parte mentre gli altri si battono, a niente valendo le dichiarazioni di neutralità e di patti di non aggressione. È ormai dimostrata l'inutilità, anzi la dannosità di organismi sul tipo della Società delle Nazioni, che pretendeva di garantire un diritto internazionale senza una forza militare capace di imporre le sue decisioni, e rispettando la sovranità assoluta degli stati partecipanti. Assurdo è risultato il principio del non intervento, secondo il quale ogni popolo dovrebbe essere lasciato libero di darsi il governo dispotico che meglio crede, quasi che la costituzione interna di ogni singolo stato non costituisse un interesse vitale per tutti gli altri paesi europei. Insolubili sono diventati i molteplici problemi che avvelenano la vita internazionale del continente —tracciato dei confini nelle zone di popolazione mista, difesa delle minoranze allogene, sbocco al mare dei paesi situati nell'interno, questione balcanica, questione irlandese, ecc.— che troverebbe nella Federazione Europea la più semplice soluzione — come l'hanno trovata in passato i corrispondenti problemi degli staterelli entrati a far parte della più vasta unità nazionale avendo perso la loro acredine, col trasformarsi in problemi di rapporti fra le diverse provincie*». SPINELLI, A. y ROSSI, E., *Per un'Europa libera e unita. Il Manifiesto di Ventotene. Le Manifeste de Ventotene. The Ventotene Manifesto*, Senato della Repubblica, Roma, 2017, pp. 51-53.

acarreando así poco a poco la más amplia integración de las actividades humanas, sabía que su avance se detendría en el límite donde comienza el poder político. Ahí habría que inventar de nuevo⁵⁴.

La doctrina funcionalista que inspira el *método Monnet* tiene su origen en las teorías de DAVID MITRANY, quien en 1933 denunció las limitaciones del Estado-nación y propuso un modelo de sociedad internacional basado en una distinción entre los problemas político-culturales, que debían permanecer bajo el control estatal, y los problemas técnicos, que podían ser asumidos por un nivel internacional de gobierno:

*A functional integration of technical services upon the largest possible international scale would seem to be as indispensable, as a more liberal devolution of cultural activities, which should free the individual genius of each regional or national group, would seem to be desirable as a more rational approach to the ideal ends of political society*⁵⁵.

En este modelo, por tanto, la importancia no recaía sobre la soberanía, sino sobre las funciones:

*Instead of continuing the old, irritating and barren attempt to achieve a subject division of sovereignty and power, we could with a little insight and boldness distribute rather the objects upon which that sovereignty is exercised, in accordance with the practical requirement of every such function and object. Once we accept the idea of the functional organization of government, those instances will become self-evident in which the regional or global extension of the service and of the attendant power would be claimed by the obvious need of the case, and could not be refused, on grounds of political separation, without doing deliberate violence to the needs of the governed and to the very meaning of government*⁵⁶.

Más adelante, MITRANY afirmaría que las propias funciones identificadas como necesidades compartidas por los Estados determinarían los órganos y las acciones adecuadas para conseguir tales finalidades:

Here we discover a cardinal virtue of the functional method —what one might call the virtue of technical self-determination. The functional dimensions [...] determine themselves. In a like manner the function determines its appropriate organs. It also reveals through practice the nature of the action required under the given conditions, and in that way the powers needed by the respective authority. The function, one might say, determines the executive

⁵⁴ MONNET, J., *op. cit.*, p. 501.

⁵⁵ MITRANY, D., *The Progress of International Government*, Yale University Press, New Haven (Estados Unidos de América), 1933, p. 102.

⁵⁶ MITRANY, D. (1933), *op. cit.*, p. 128.

*instrument suitable for its proper activity, and by the same process provides at need for the reform of that instrument at every stage*⁵⁷.

Décadas después, ERNST B. HAAS se referirá al funcionalismo en los siguientes términos:

*Functionalists, in the specific sense of the term, are interested in identifying those aspects of human needs and desires that exist and clamour for attention outside the realm of the political. They believe in the possibility of specifying technical and «non-controversial» aspects of governmental conduct, and of weaving an ever-spreading web of international institutional relationships on the basis of meeting such needs. They would concentrate on commonly experienced needs initially, expecting the circle of the non-controversial to expand at the expense of the political, as practical cooperation became coterminous with the totality of interstate relations. At that point a true world community will have arisen*⁵⁸.

En la década de 1950 las teorías funcionalistas evolucionarán hacia el conocido como neofuncionalismo, cuyos principales exponentes fueron el anteriormente citado Ernest B. Haas, Leond Lindberg y Philippe Schmitter. El neofuncionalismo pretendía superar las limitaciones del primer funcionalismo en lo que se refiere a su dificultad para deslindar los aspectos técnicos y políticos de las funciones y abogaba por la cesión de cualquier competencia política —y, por extensión, de parte de la soberanía estatal— a las organizaciones supranacionales⁵⁹. HAAS introduce al respecto el concepto de «*spill over*», efecto inducido o desbordamiento, según el cual la integración en un determinado ámbito demanda, ella misma, la integración en aquellos otros ámbitos con los que guarda una relación de interdependencia, generándose así una dinámica expansiva que conduce a una mayor integración. Ello se produciría, en particular, desde lo económico y hacia lo político:

*Thus, the negotiation, the acceptance by the parliaments, and the clearly predictable institutional and procedural impact of Euratom and EEC on political integration vindicate strikingly the expansive logic inherent in the sector integration principle. From the initially merged sectors, a demonstrable process of expanding group expectations among industrialists, dealers, and trade unions emerges. A spill-over into as yet unintegrated economic areas and a concern over political techniques appropriate for the control of new and larger problems is manifest*⁶⁰.

⁵⁷ MITRANY, D., *A Working Peace System. An Argument for the Functional Development of International Organization*, The Royal Institute of International Affairs, Oxford University Press, Londres, 1943, p. 35.

⁵⁸ HAAS, E. B., *Beyond the Nation-State. Functionalism and International Organization*, Stanford University Press, Stanford (Estados Unidos de América), 1964, p. 6.

⁵⁹ INSIGNARES CERA, S., *El proceso de integración europeo. Entre lo supranacional y lo intergubernamental*, Editorial Universidad del Norte, Barranquilla, 2011, pp. 66-67.

⁶⁰ HAAS, E. B., *The Uniting of Europe. Political, Social, and Economic Forces. 1950-1957*, Stanford University

Este «*spill over*» o desbordamiento intrínseco al método funcionalista es una de las principales críticas que precisamente pueden hacerse el mismo, pues, como señala CAMISÓN YAGÜE, para que el proyecto de integración avance, debe entrar en crisis: «[D]icho desbordamiento conlleva la evidencia de la necesaria redefinición de los objetivos y las tareas comunes por insuficientes», sumiendo al proyecto «en un continuo riesgo de crisis sistemática bien presente o bien futura, pues los actores del mismo, conscientes del método, conocen apriorísticamente lo incompleto de las soluciones dadas y de las expectativas de desbordamiento que las mismas implican»⁶¹.

4.1.2. La constitucionalización material de la Unión Europea.

Conforme a los parámetros neofuncionalistas anteriormente expuestos, los diferentes Tratados europeos (el Acta Única Europea de 1986⁶², el Tratado de Maastricht de 1992⁶³, el Tratado de Ámsterdam de 1997⁶⁴, el Tratado de Niza de 2001⁶⁵ y el Tratado de Lisboa de 2007⁶⁶) han atribuido a la Unión una serie de competencias que han acabado convirtiéndola en una organización supranacional de poder en el que se ejercen importantes parcelas de soberanía originariamente estatal. Como tal espacio de poder, la paulatina asunción de competencias ha estado acompañada de un proceso de ordenación, limitación o racionalización de dicho poder europeo y de un progresivo reconocimiento de los valores de la Unión y de los derechos de la ciudadanía europea⁶⁷. Debemos

Press, Stanford (Estados Unidos de América), 1968, p. 313.

⁶¹ CAMISÓN YAGÜE, J. A., «El claroscuro legado del Tratado de Maastricht: una reflexión sobre el método funcionalista», en *Pliegos de Yuste*, n.º 18, 2017-2018, p. 30.

⁶² Acta Única Europea, DO L 169 de 29.6.1987, p. 1.

⁶³ Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, DO C 191 de 29.7.92, p. 1.

⁶⁴ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, DO C 340 de 10.11.1997, p. 1.

⁶⁵ Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, DO C 80 de 10.3.2001, p. 1.

⁶⁶ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, DO C 306 de 17.12.2007, p. 1.

⁶⁷ CRUZ VILLALÓN destaca la vinculación entre los términos «constitucionalización» y «evolución»: «[N]ingún término es tan expresivo como el de “constitucionalización”. La Constitución europea muestra un carácter esencialmente evolutivo, de tal modo que su orden básico no es un orden fijo previamente dado, sino que se encuentra en un constante proceso de crecimiento y de conformación. Con ello, sin embargo, la idea de Constitución pierde la que acaso sea su característica formal más genuina, es decir, su capacidad de durar o de resistir». CRUZ VILLALÓN, P., *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004, p. 32.

preguntarnos, en consecuencia, si ello se traduce en la existencia de una constitución de la UE.

4.1.2.1. *El concepto de constitución y su traslación a la Unión Europea.*

La afirmación de la existencia o inexistencia de una constitución europea depende de la definición del concepto de constitución adoptada. DE CABO MARTÍN define la constitución a partir de la concurrencia de tres características: la de limitación del poder (criterio del contenido), la de la norma suprema (criterio de la forma) y la de la procedencia de la comunidad (criterio del origen democrático)⁶⁸.

Desde el punto de vista material o del contenido, la constitución ha de efectuar una ordenación, limitación y racionalización del poder para procurar la máxima realización de la dignidad humana y los derechos de las personas (art. 16 DDHC)⁶⁹:

El *criterio del contenido* se despliega en un doble orden de referencias: el político-organizativo (división de poderes, definición de órganos, competencias y relaciones entre ellos y, con posterioridad, las organizaciones sociales y políticas que realizan la mediación entre la sociedad y el Estado) y el valorativo (fines y objetivos sociales, valores preferentes, derechos del hombre), de manera que su cumplimiento (del valorativo) implica una vocación conformadora y transformadora del orden social⁷⁰.

Desde el punto de vista formal, la constitución debe ser la norma suprema del ordenamiento jurídico, en el sentido de que ha de determinar los mecanismos de producción de las restantes normas jurídicas del ordenamiento y condicionar su contenido⁷¹. Es habitual, aunque no necesario (el ejemplo de Reino Unido es

⁶⁸ CABO MARTÍN, C. DE, *Teoría histórica del Estado y del Derecho constitucional. Volumen II. Estado y Derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional*, PPU. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1993, p. 183.

⁶⁹ Así, para DE OTTO, «[l]a finalidad del movimiento que históricamente se llamó constitucionalismo [...] era [...] asegurar la garantía de la libertad frente al poder público. Que una sociedad tenga Constitución, que un Estado sea constitucional, significa, ante todo, que en él la organización de los poderes responda a un determinado fin, el aseguramiento y garantía de la libertad de los ciudadanos». OTTO, I. DE, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 2011, p. 12.

⁷⁰ CABO MARTÍN, C. DE (1993), *op. cit.*, pp. 183-184.

⁷¹ CABO MARTÍN, C. DE (1993), *op. cit.*, p. 184. A este primer criterio definitorio de la constitución en sentido formal, DE CABO MARTÍN añade, por un lado, su particular vigencia (obligatoriedad para gobernantes y gobernados) y reforma (procedimiento diferente y más complejo que para la modificación del resto de normas) y, por otro lado, la compleja interrelación entre orden político y constitución (como expresión jurídica del orden político): el contenido político influye en la forma jurídica de la constitución y, al mismo tiempo, se fortalece en ella. CABO MARTÍN, C. DE (1993), *op. cit.*, pp. 184-185.

paradigmático), que la constitución conste en un documento único con dicha denominación.

Finalmente, desde el punto de vista de su origen, la constitución ha de ser adoptada o emanar del pueblo, bien directamente (referéndum) o bien mediante representantes (asambleas constituyentes):

El criterio del origen democrático de la Constitución hace referencia a la existencia y caracteres de un poder constituyente, el poder democrático de donde procede la Constitución, lo que añade la particularidad de que si bien la Constitución no sólo es Derecho sino el origen y fundamento de todo el ordenamiento jurídico, ella misma no tiene una fuente jurídica, sino política, no procede de «un Derecho» sino de un «Poder»⁷².

Aplicando los criterios expuestos a la UE —aunque alterándolos en orden de menor a mayor complejidad—, podemos apreciar en primer lugar que, desde el *punto de vista formal*, los Tratados, como Derecho originario, guardan una relación de supremacía respecto al Derecho aprobado por las instituciones, el Derecho derivado. Se trata de una supremacía tanto formal —los Tratados determinan los titulares de las potestades y los procedimientos normativos y el régimen jurídico de los actos de Derecho de la Unión— como material —las normas de Derecho derivado han de ajustarse a lo establecido en los Tratados—. Sin embargo —aunque ya hemos apuntado que no se trata de un requisito constitutivo—, no existe en la Unión un único texto escrito denominado «constitución», a pesar de que frecuentemente los Tratados hayan sido considerados como la constitución de la Unión⁷³. De hecho, uno de los factores que explican el fracaso del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa⁷⁴ en 2004 fue, precisamente, el del empleo del término «constitución»⁷⁵.

⁷² CABO MARTÍN, C. DE (1993), *op. cit.*, p. 185.

⁷³ En este sentido, WEILER afirma que «[t]he Community was conceived as a legal order founded by international treaties negotiated by the governments of States under international law and giving birth to an international organization. The constitutionalism thesis claims that in critical aspects the Community has evolved and behaves as if its founding instrument were not a treaty governed by international law but, to use the language of the European Court, a constitutional charter governed by a form of constitutional law». WEILER, J. H. H., «Introduction: The Reformation of European Constitutionalism», en WEILER, J. H. H., *The Constitution of Europe. "Do the new clothes have an emperor?" and other essays about European integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002a, p. 221. WEILER se refiere a la sentencia *Les Verts*, en la que el TJCE afirmaría que «la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado». Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-294/83, *Les Verts/Parlamento*, de 23 de abril de 1986, ECLI:EU:C:1986:166, apdo. 23.

⁷⁴ Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, DO C 310 de 16.12.2004, p. 3.

⁷⁵ Sobre la constitución europea, su proceso de elaboración y su fracaso, *vid.* ALBERTÍ ROVIRA, E., *El proyecto de*

En segundo lugar, desde el *punto de vista del origen*, los Tratados de la Unión han sido aprobados conforme a los parámetros propios del Derecho internacional, es decir, a través de conferencias intergubernamentales protagonizadas por los gobiernos estatales⁷⁶. No ha existido participación ciudadana en la redacción de los textos básicos de la Unión ni, por tanto, un poder constituyente europeo⁷⁷. Como señala HABERMAS, «[a] diferencia de las constituciones nacionales de los siglos XVIII y XIX, la constitución de la Unión es obra de élites políticas»⁷⁸. El proceso de integración europeo se ha desarrollado a través del Derecho, al margen de la voluntad política de la población⁷⁹. Así, TORRES PÉREZ opina que

[s]eguramente, la mayor dificultad para atribuir la denominación de constitución al ordenamiento europeo se encontraría en el elemento fundacional-constitutivo desde la perspectiva de la

nueva Constitución europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (dir.), *Comentarios a la Constitución europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; LINDE PANIAGUA, E., «¿Qué queda de la Constitución europea?», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 37, 2007, pp. 83-92; MANGAS MARTÍN, A., *La Constitución europea*, Iustel, Madrid, 2005; PEREIRA CASTAÑARES, J. C., «Hacia un nuevo modelo de integración europea: de la Constitución al Tratado de Lisboa», en *Historia y política. Ideas, procesos y movimientos sociales*, n.º 21, 2009, pp. 117-136. Con anterioridad a la *nonnata* Constitución de 2004 ya se habían presentado diferentes iniciativas, procedentes del Parlamento Europeo, que articulaban la formulación de una constitución europea. Destaca, en primer lugar, el proyecto de Tratado constitutivo de la Unión Europea, aprobado el 14 de febrero de 1984 y conocido como «proyecto Spinelli» por haber desempeñado el eurodiputado italiano la ponencia y la coordinación de la comisión parlamentaria que redactó el texto. Parlamento Europeo. Resolution on the draft Treaty establishing the European Union, DO C 77 de 19.3.1984, p. 33. Destaca también, en segundo lugar, el Proyecto de Constitución de la Unión Europea, aprobado el 10 de febrero de 1994 sobre la base del informe emitido en la Comisión de Asuntos Institucionales por Fernand H. J. Herman —quien había continuado los trabajos iniciados por Marcelino Oreja e interrumpidos tras su nombramiento como diputado en el Congreso de los Diputados de España en 1993 (éste, a su vez, había sucedido a Emilio Colombo cuando fue nombrado Ministro de Asuntos Exteriores del gobierno italiano en 1992)—. Parlamento Europeo. Resolución sobre la Constitución de la Unión Europea. A3-0064/94, DO C 61, de 28.2.94, p. 155.

⁷⁶ AGUILAR CALAHORRO, A., *La dimensión constitucional del principio de primacía*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015a, p. 53. Únicamente se prescindió del método de la conferencia intergubernamental en dos ocasiones: primero, para la redacción de la CDFUE y, más adelante, para la redacción de la *nonnata* constitución europea. En ambos casos se convocaron sendas convenciones, foros caracterizados por la doble legitimidad democrática e intergubernamental, nacional y europea, pues formaban parte de ella representantes de los gobiernos de los Estados miembros, de la Comisión, diputados nacionales y eurodiputados. Vid. GARCÍA ORTIZ, A., «Tema 11: De Niza a Lisboa: la gran ampliación y el fracaso de la Constitución europea (2001-2009)», en BERMEJO BATANERO, F. (dir.), *Historia Jurídica de la Integración Europea*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 183.

⁷⁷ Sobre teoría general del poder constituyente vid. CABO MARTÍN, C. DE, *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003; NEGRI, A., *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Libertarias-Prodhufi, Madrid, 1994; y VEGA GARCÍA, P. DE, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985. Asimismo, sobre poder constituyente europeo vid. GONZÁLEZ CADENAS, D., «A United States of Europe?: Mapping and designing constitution-making for Europe», en *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 68, n.º 2, 2020; y PATBERG, M., *Constituent power in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

⁷⁸ HABERMAS, J., *La constitución de Europa*, Trotta, Madrid, 2012, p. 60.

⁷⁹ EHRET, P., *¿Un soberano europeo? Una Europa de identidades múltiples*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 184.

legitimidad, en la medida en que los Tratados no pueden atribuirse a la voluntad de un pueblo europeo⁸⁰.

Con mayor contundencia se expresa RODRÍGUEZ:

Si adoptamos una definición de Constitución que dé cuenta no sólo de su idoneidad para regular mediante el Derecho las principales decisiones políticas y los principales valores de una sociedad, sino también de su particular pero igualmente esencial carácter normativo y de su fundamento democrático, no es posible eludir la conclusión de que una norma no puede adquirir carácter constitucional sino de un solo modo: mediante un proceso constituyente expreso que pueda dotarle de carácter originario. [...] En el estado actual de la integración europea, los Tratados no pueden reflejar la voluntad de un pueblo europeo que no puede actuar jurídicamente como sujeto constituyente porque no existe como tal. No es posible sustituir el proceso constituyente por el activismo judicial, no al menos en este punto⁸¹.

Del mismo modo, ya en el año 2000 RUIPÉREZ afirmaba que,

[a]l no existir un Poder Constituyente europeo, evidente resulta que no puede hablarse, en rigor, de la existencia de una verdadera Constitución europea. Y lo mismo cuenta para los Proyectos que se han formulado ya, o que vayan a formularse en el futuro sobre los esquemas políticos actuales. En efecto, porque no son el producto de la voluntad de un Pueblo que se entiende soberano, estos Proyectos no pueden entenderse más que como meros Tratados Internacionales como lo son hoy los Tratados fundacionales. Se tratará, en definitiva, no de una Constitución en el sentido del concepto liberal-burgués, sino de meros acuerdos entre soberanos⁸².

En tercer lugar, desde un *punto de vista material o sustantivo*, existe en el Derecho de la Unión elementos propios del constitucionalismo clásico —es decir, estatal—: una serie de principios articuladores del ordenamiento jurídico europeo —configurados por el TJUE y anteriormente enunciados—, un sistema institucional propio basado en el juego de equilibrios o *checks and balances*, un órgano de representación popular con funciones legislativas y de control político (el Parlamento Europeo), mecanismos de participación ciudadana directa (la Iniciativa Ciudadana Directa), un sistema de producción normativa y

⁸⁰ TORRES PÉREZ, A., «En defensa del pluralismo constitucional», en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (coord.), *Derecho constitucional europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 161.

⁸¹ RODRÍGUEZ, A., *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, p. 280. Este autor señala, asimismo, que la naturaleza constitucional de una norma no depende exclusivamente de que desempeñe una función de este carácter: «No cabe duda de que los Tratados comunitarios configuran un *frame of government*, establecen un sistema de frenos y contrapesos entre las instituciones comunitarias, aunque no cabe tampoco desconocer que también regulan, a veces con detalle, materias que ni en el más rígido de los ordenamientos serían consideradas de naturaleza constitucional». RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 279.

⁸² RUIPÉREZ, J., *La "Constitución europea" y la teoría del poder constituyente. Algunas reflexiones críticas desde el Derecho Político*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, p. 154.

un sistema de fuentes del Derecho propio, un TJUE que asume el control jurisdiccional de la correcta aplicación y de la interpretación uniforme del Derecho originario o un catálogo de derechos fundamentales. La concurrencia de los anteriores rasgos característicos del constitucionalismo clásico ha conducido a una parte importante de la doctrina a considerar que existe una constitución europea en el sentido material del término, asunto sobre el que debemos detenernos.

4.1.2.2. *La constitución material europea.*

Frente a un concepto de «constitución formal» que aludiría, como explica DE OTTO, «a la Constitución escrita, a textos que se diferencian de las restantes leyes por su nombre y, en su caso, porque su aprobación y reforma están sujetos a especiales requisitos», el término «constitución material»⁸³ se refiere «al conjunto de las normas cuyo objeto es la organización del Estado, los poderes de sus órganos, las relaciones de éstos entre sí y sus relaciones con los ciudadanos», así como a «las normas que regulan la creación de normas por los órganos superiores del Estado»⁸⁴. La expresión «constitución material o substantiva» se define, por tanto, por su contenido; como indica DE CABO MARTÍN,

Constitución en sentido substancial, se utiliza para designar el conjunto de normas que regulan los aspectos fundamentales de la sociedad estatal, sin tener en cuenta su origen ni rango y que forman, por tanto, un conjunto heterogéneo de normas que solo tienen en común la «importancia» de la cuestión que regulan para la vida del Estado⁸⁵.

⁸³ Un análisis que aspire a completo sobre el concepto de «constitución material» debe necesariamente incluir el estudio de MORTATI, C., *La Constitución en sentido material* (estudio preliminar y traducción de Almudena Bergareche Gros), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

⁸⁴ OTTO, I. DE, *op. cit.*, p. 17. Para ASENSI SABATER, sin embargo, «esta doble aproximación formal y material a la constitución no tiene en la actualidad otro valor que el visualizar distintos planos para facilitar el análisis. La estructura normativa de las actuales constituciones hace relativamente inútil esa distinción ya que, en la medida en que efectivamente operan como normas supremas del ordenamiento estatal, todo lo contenido en sus normas —se ocupe o no de los aspectos fundamentales de la organización estatal, se ocupe de aspectos materiales como los derechos fundamentales y no únicamente de las normas de atribución de competencias o de normas sobre la producción jurídica— vincula a todos los poderes constituidos (el parlamento, el poder ejecutivo, el poder judicial) y a los particulares. Una noción exclusivamente formal de la constitución resulta pues insuficiente porque en la medida en que las normas constitucionales han de ser interpretadas y aplicadas para resolver conflictos concretos, el intérprete o el órgano encargado de su aplicación ha de vérselas con su referente material. Y al contrario, todo lo contenido en la constitución, sea o no considerado fundamental desde un punto de vista material, se eleva a la categoría de normativa suprema a la que deben ajustarse todos los demás actos normativos para no verse privados de validez o, en su caso, de eficacia». ASENSI SABATER, J. (1998), *op. cit.*, pp. 236-237.

⁸⁵ CABO MARTÍN, C. DE (1993), *op. cit.*, p. 181. Aunque hemos identificado la «constitución en sentido substancial» con la «constitución material», para este autor la expresión «constitución material» expresa un concepto distinto: «[L]as fuerzas sociales que actúan en una comunidad determinada y la manera en que se

Sobre las dificultades para concebir, por parte de la doctrina continental europea, la existencia de un *constitucionalismo sin constitución* —es decir, de una constitución no escrita—, es frecuente referirse al discurso pronunciado por el entonces primer ministro británico Tony Blair en la Bolsa de Varsovia el 6 de octubre de 2000:

[T]here is an important debate about a Constitution for Europe. In practice I suspect that, given the sheer diversity and complexity of the EU [European Union], its constitution, like the British constitution, will continue to be found in a number of different treaties, laws and precedents. It is perhaps easier for the British than for others to recognise that a constitutional debate must not necessarily end with a single, legally binding document called a Constitution for an entity as dynamic as the EU⁸⁶.

Entre los autores que defienden la existencia de una constitución material europea se encuentra CRUZ VILLALÓN, según el cual

quien todavía crea que el debate sobre la constitucionalización de Europa arranca del firme supuesto de que Europa carece de Constitución está completamente equivocado. Por el contrario, y como es conocido, es muy posible que la CE/UE tenga ya, o incluso haya tenido siempre, una «constitución», aunque no sea una Constitución «como la de los Estados»⁸⁷.

Para CAMISÓN YAGÜE, «es posible manejar la “Constitución Europea” como concepto referido al contenido substancialmente constitucional de los Tratados de la Unión Europea», en cuanto concepto que «sólo pretende indicar que los Tratados de la Unión contienen ciertas disposiciones que a través de las cuales se ordenan ciertas facultades soberanas, tradicionalmente ejercidas por los Estados, que, en virtud de los Tratados comunitarios, se ejercen ahora por la Unión Europea», a través de «ciertas disposiciones de naturaleza constitucional que ordenan el poder y su ejercicio, y que reconocen derechos a las ciudadanas y ciudadanos europeos»⁸⁸. En cualquier caso, se trata de una constitución

interrelacionan y articulan, pues se considera que ahí se encuentra el elemento que condiciona y configura (que “constituye”) la comunidad estatal». A ellos se une el concepto de «constitución formal», que «se utiliza para designar un tipo concreto de normas de especial trascendencia jurídico política y que rodeadas de ciertas formalidades y caracteres que sólo a ellas corresponden, se configuran como una particular fuente del Derecho». CABO MARTÍN, C. DE (1993), *op. cit.*, p. 181.

⁸⁶ Speech by the British Prime Minister, Tony Blair, to the Polish Stock Exchange (Warsaw, 6 October 2000). Recuperado de: https://www.cvce.eu/en/obj/address_given_by_tony_blair_to_the_polish_stock_exchange_warsaw_6_october_2000-en-f8c765d9-ad33-4ce3-bfbe-7dd6d01141d7.html.

⁸⁷ CRUZ VILLALÓN, P. (2004), *op. cit.*, p. 22.

⁸⁸ CAMISÓN YAGÜE, J. A., «Sobre la “Constitución europea” y otros misterios del constitucionalismo europeo», en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n.º 28, 2010, p. 78.

substantial «en proceso de desarrollo y evolución», del que aún no sabemos si dará lugar a una «verdadera constitución en el sentido moderno del término»⁸⁹.

Entre la doctrina no española, HÄBERLE, aunque evita el término «constitución», considera que la ciudadanía de la Unión, el derecho de sufragio en las elecciones municipales, el derecho de petición, el Ombudsman europeo, el Parlamento Europeo y la jurisprudencia del TJUE y el TEDH («los dos “Tribunales Constitucionales” europeos») constituyen elementos estructurales de un «Estado constitucional europeo»⁹⁰. VON BOGDANDY prefiere hablar de un «constitucionalismo dual» según el cual cada Estado miembro se rige por dos constituciones: la suya propia y la constitución europea; mientras que también la UE se rige por dos constituciones: la europea (los Tratados) y la que resulta de la suma de las diferentes constituciones nacionales⁹¹.

De entre las diferentes teorías o construcciones doctrinales que pretenden demostrar la existencia de una constitución europea, la más completa es probablemente la del *constitucionalismo multinivel*. Esta tesis, propuesta por INGOLF PERNICE⁹², sostiene que la Unión ya dispone de una constitución compuesta por las constituciones nacionales y los Tratados, en un sistema formado por dos o más niveles —por lo que el reto de futuro no sería elaborar una nueva constitución sino mejorar los Tratados ya existentes—⁹³. La

⁸⁹ CAMISÓN YAGÜE, J. A. (2010), *op. cit.*, p. 84.

⁹⁰ HÄBERLE, P., «¿Existe un espacio público europeo?» (traducción de C. Ruiz Miguel), en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 3, enero-junio 1998, p. 114.

⁹¹ VON BOGDANDY, A., «Zweierteil Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsenses», en *Der Staat*, n.º 39, 2000, pp. 163 y ss. A través de CRUZ VILLALÓN, P. (2004), *op. cit.*, p. 148.

⁹² Los fundamentos de esta teoría se encuentra en PERNICE, I., «Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung», en BIEBER R. y WIDMER, P. (eds.), *L'espace constitutionnel européen. Der europäische Verfassungsraum. The European constitutional area*, Publications de l'Institut Suisse de Droit Comparé, Zürich, 1995. No obstante, el concepto como tal sería esbozado por primera vez en PERNICE, «Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and “Multilevel Constitutionalism”», en RIEDEL, E. (ed.), *German Reports on Public Law. Presented to the XV. International Congress on Comparative Law. Bristol, 26 July to 1 August 1998*, Nomos, Baden-Baden, 1998. Los primeros desarrollos de esta teoría los encontramos en PERNICE, I., «Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution—making revisited?», en *Common Market Law Review*, vol. 36, n.º 4, agosto 1999; PERNICE, I., «Kompetenzverteilung in der Europäischen Union», en *JuristenZeitung*, año 55, n.º 18, 15 de septiembre de 2000; PERNICE, I. y MAYER, F. C., «De la constitution composée de l'Europe», en *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 36, n.º 4, octubre-diciembre 2000. Para CANTARO «[l]a *constitution composée de l'Europe* y la configuración de la Constitución europea como “constitución de constituciones” [...] representan, sin duda, el intento más completo y coherente de revestir y formalizar jurídicamente una nueva doctrina de la Constitución». CANTARO, A., *Europa soberana. La Constitución de la Unión entre guerra y derechos*, El Viejo Topo, Barcelona, 2006, p. 79.

⁹³ PERNICE, I., «Multilevel constitutionalism in the European Union», en *European Law Review*, n.º 5, 2002, p. 512. Una traducción al castellano de este texto puede consultarse en PERNICE, I., «El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea» (traducción de Cristina Elías Méndez), en *Revista de Derecho Constitucional*

constitución europea sería así aquel conjunto de normas y actos jurídicos, de los niveles nacionales y europeos, que configuran y ordenan el poder europeo, desde los Tratados y la jurisprudencia del TJUE hasta las constituciones y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de los Estados miembros:

[T]he European constitution, and my contention is that there is already one, indeed is to be found in a number of different Treaties, laws and precedents. It is what we call the primary law of the European Union, laid down in the Treaties on the European Union, the European Community and Euratom, it is the precedents or the law made by the European judges in Luxembourg as well as — insofar my approach is really new— the national constitutions and the related jurisprudence of the national constitutional courts. The European constitution, thus, is one legal system, composed of two complementary constitutional layers, the European and the national, which are closely interwoven and interdependent, one cannot be read and fully understood without regard to the other⁹⁴.

Respecto a las críticas que se podrían lanzar a esta construcción desde el punto de vista de la legitimidad democrática, PERNICE considera que el proceso de integración europea no sólo recibe una legitimidad indirecta a través de la sujeción de la ratificación de los Tratados a actos parlamentarios o referéndums, exigidos por las normas constitucionales nacionales, sino que *«the founding treaties as well as each amendment agreed upon by the governments appear as the direct expression of the common will of the peoples of the Union»*, pues *«[i]t is the peoples who decide to “constitute” their common institutions and entrust them with specific powers in order to pursue specific policies of common interest»*. Las normas constitucionales que facultan u obligan la celebración de estos tratados *«constitute a reservation and procedure fixed in the national social contract for the conclusion and development together with the peoples of other European countries of a European (or even international) social contract»*. Por ello, *«[a]lthough the form of an international treaty is maintained, such treaties can be regarded, therefore, as a common exercise of constitution-making power by the peoples of the participating State. Constituting the European Union and making its policies are joint exercises of the people’s sovereignty»⁹⁵*.

En ocasiones, la afirmación de la existencia de una constitución europea deviene necesaria como premisa para la formulación de ulteriores teorías. Así, POIARES MADURO

Europeo, n.º 17, enero-junio de 2012.

⁹⁴ PERNICE, I. (2002), *op. cit.*, p. 514.

⁹⁵ PERNICE, I. (1999), *op. cit.*, pp. 717-718.

propone una articulación entre los ordenamientos jurídicos nacionales y el europeo a través de su teoría del «derecho *contrapuntual*», que supone una aplicación al caso europeo de la teoría del pluralismo constitucional de MACCORMICK⁹⁶. Según la propuesta del que posteriormente sería Abogado General del TJUE (2003-2009), el constitucionalismo europeo —que el autor identifica como aquél que resulta de los Tratados y, sobre todo, como el «producto de un diálogo constante entre tribunales europeos (en particular el TJCE⁹⁷) y tribunales nacionales»⁹⁸— debe convivir con los propios de los Estados miembros sin ninguna relación de jerarquía, primacía o supremacía entre ellos, de manera análoga a aquel método musical —el contrapunto— que permite combinar melodías diferentes en una sola pieza armónica⁹⁹.

La armonía del constitucionalismo europeo sería posible a través de cuatro principios: pluralismo —por medio del respeto a la identidad de los diferentes ordenamientos jurídicos y la promoción de una participación igualitaria de los diferentes actores implicados—, coherencia vertical y horizontal y consistencia —los tribunales nacionales deben ajustar sus resoluciones a las del TJUE (coherencia vertical) y a las de los otros tribunales nacionales (coherencia horizontal) —, universalidad —los tribunales nacionales deben basar sus sentencias sobre Derecho europeo en doctrinas que puedan ser aplicables por cualquier otro tribunal nacional en las mismas situaciones— y preferencia institucional —con la consiguiente necesidad de un análisis comparativo que guíe a los tribunales en cuanto al establecimiento de dichas preferencias—¹⁰⁰. Lo anterior no es óbice, sin embargo, para que el autor aprecie las virtudes de la aprobación de una constitución en sentido formal: por un lado, permitiría «que [se] clarifique el sistema

⁹⁶ El pluralismo constitucional rechaza, en el contexto de una sociedad globalizada, la noción de jerarquía o de norma suprema aplicada a las relaciones entre los diferentes ordenamientos constitucionales, apelando, en su lugar, por una coordinación basada en la hermenéutica y el diálogo entre tribunales. MACCORMICK, N., *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford – Nueva York, 1999. *Vid.* también, sobre el ámbito europeo, MACCORMICK, N., *Who's afraid of a European Constitution?*, Andrews UK Limited, Exeter, 2012; y MACCORMICK, N., «El proceso constitucional europeo: una visión teórica», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 39, 2005. La teoría del pluralismo constitucional será posteriormente desarrollada por NEIL WALKER (WALKER, N., «The Idea of Constitutional Pluralism», en *Modern Law Review*, vol. 65, n.º 3, 2002) y el propio POIARES MADURO (POIARES MADURO, M., *A Constituição Plural. Constitucionalismo e União Europeia*, Principia, Monte Estoril, 2006).

⁹⁷ La denominación «Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea» fue sustituida por la de «Tribunal de Justicia de la Unión Europea» en el Tratado de Lisboa.

⁹⁸ POIARES MADURO, M., «Las formas del poder constitucional de la Unión Europea», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 119, enero-marzo 2003, p. 54.

⁹⁹ POIARES MADURO, M., *op. cit.*, p. 37.

¹⁰⁰ POIARES MADURO, M., *op. cit.*, pp. 40-46.

constitucional actual y las relaciones de autoridad entre las constituciones nacionales y la constitución europea»; por otro lado, «el proceso de redacción de una constitución formal será por sí mismo un proceso legitimador y garantizará en último término a los ciudadanos europeos el control final sobre el proceso constituyente en Europa»¹⁰¹.

Por otra parte, también podemos encontrar numerosos autores que defienden que la Unión no cuenta con una constitución propia. Para RUIPÉREZ¹⁰² no es posible afirmar que existe una verdadera constitución de la Unión, sino, a lo sumo, una forma moderna de confederación en la que sus Estados miembros —constitucionales, independientes y soberanos— comparten un cuerpo de principios y valores comunes que ha venido a formar lo que HÄBERLE llama «Derecho constitucional común europeo»¹⁰³.

Este autor rechaza las diferentes teorías que propugnan la existencia de una constitución europea, las cuales agrupa en dos categorías. Para los autores de la tesis institucionalista¹⁰⁴, la constitución se concibe como un instrumento de gobierno, y,

en la medida en que la Unión/Comunidad Europea cuenta con una organización institucional propia, e independiente de la de los distintos Estados que la integran, y que estos órganos encuentran en los Tratados la regulación de su composición y funciones, no cabe duda de que ya existe en la Europea unida una verdadera Constitución. Y ésta no es otra que la que se contiene en los Tratados constitutivos de la moderna Confederación¹⁰⁵.

RUIPÉREZ rechaza esta tesis porque, por un lado, no cualquier instrumento de gobierno puede ser calificado de constitucional, sino solamente aquél inspirado en el principio democrático¹⁰⁶ y, por otro lado, porque se configura así un concepto neutro de constitución incompatible con el fundamento político liberal-burgués que le sirve de base¹⁰⁷.

¹⁰¹ POIARES MADURO, M., *op. cit.*, p. 51.

¹⁰² RUIPÉREZ, J., *op. cit.*, p. 100.

¹⁰³ El autor se refiere a HÄBERLE, P. (1993), *op. cit.*

¹⁰⁴ RUIPÉREZ identifica los siguientes: RASMUSSEN, H., *The European Community Constitution. Summaries of leading EC Court Cases*, Nyt Nordisk Forlag, Copenhagen, 1989; MANCINI, G. F., «The Making of A Constitution For Europe», en *Common Market Law Review*, vol. 26, n.º 4, 1989; LENAERTS, K., «Federalism: Essential Concepts in Evolution – The Case of the European Union», en *Fordham International Law Journal*, vol. 21, n.º 3, 1997.

¹⁰⁵ RUIPÉREZ, J., *op. cit.*, p. 89.

¹⁰⁶ RUIPÉREZ, J., *op. cit.*, p. 90.

¹⁰⁷ RUIPÉREZ, J., *op. cit.*, p. 91.

Los autores de la tesis normativista¹⁰⁸, por su parte, ponen el acento en la concepción de la constitución como la norma suprema del ordenamiento jurídico y, dado que los Tratados ocupan esa posición en su respectivo ámbito —los Tratados, como Derecho originario, contienen las normas sobre la producción de normas de Derecho derivado—, los Tratados pueden ser considerados como la constitución de la Unión¹⁰⁹.

RUIPÉREZ tampoco admite esta tesis por dos motivos: en primer lugar, porque

la norma fundamental de la que el Derecho Comunitario derivado extrae su carácter obligatorio y vinculante, merced al cual sus normas se presentan como normas directamente aplicables en el interior de los Estados miembros, sin que sea necesaria ninguna actividad convalidatoria por su parte, no puede encontrarse en los Tratados comunitarios. Por el contrario, [...] será a las Constituciones de los distintos Estados a las que corresponda el papel de *Grundnorm* no sólo respecto de las normas emanadas por los órganos constitucionales del Estado, sino también [...] de las emanadas por los órganos comunitarios¹¹⁰.

En segundo lugar, porque «los Textos Constitucionales no pueden ser reducidos tan sólo a su condición de fuente de las fuentes, sino que sus contenidos son, de acuerdo con el concepto liberal-burgués, mucho más amplios»¹¹¹.

Por su parte, para SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, «el orden constitucional europeo no se puede presentar como lo que es una auténtica Constitución, a saber, como la decisión fundante de un pueblo sobre su configuración política», pues no existe «un pueblo europeo que incondicionadamente decida sobre su organización política en un acto constituyente: lo que hay son Estados que acuerdan crear originariamente mediante un tratado una organización para el ejercicio de determinadas competencias». Esta dependencia estatal no se limita, además, al momento constituyente, sino que se extiende también «a la propia articulación institucional de la Comunidad, pues el órgano básico de la Unión es el Consejo, donde se sientan los delegados de los Estados y no el Parlamento, en cuanto órgano de representación democrática»¹¹². Ahora bien, la inexistencia una constitución europea en sentido estricto no implica que la Unión no se encuentre legitimada democráticamente:

¹⁰⁸ RUIPÉREZ identifica los siguientes: BERNHARDT, R., «Las fuentes del derecho comunitario: La “constitución” de la Comunidad», en COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Treinta años de Derecho Comunitario*, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1984; PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.

¹⁰⁹ RUIPÉREZ, J., *op. cit.*, p. 93.

¹¹⁰ RUIPÉREZ, J., *op. cit.*, p. 99.

¹¹¹ RUIPÉREZ, J., *op. cit.*, p. 100.

¹¹² SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «Constitución y orden constitucional en la Unión Europea», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 119, enero-marzo 2003, p. 65.

[L]a mediación estatal en la constitución y organización de la Unión ni invalida la condición democrática de ésta, pues los Estados que se integran en la Unión y ocupan determinadas instituciones en ella, son ellos mismos democráticos, ni cuestiona una indudable homogeneidad espiritual que subyace a formaciones políticas que comparten los mismos valores constitucionales y corresponden a pueblos, diversos pero pertenecientes a un ámbito cultural relativamente uniforme como es Europa¹¹³.

Para DE CABO MARTÍN, un análisis cualitativo de los elementos que conforman el espacio jurídico-político europeo —frente al meramente cuantitativo— pone de relieve que, «aunque se contengan en los últimos Tratados “elementos de constitucionalidad”, nada autorizara a calificarlos de Constitución»: «[F]rente a la yuxtaposición de Estados su superación y frente al predominio de la Razón económica en la Unión Europea, el predominio de la Razón política en la Constitución»¹¹⁴. Para este autor, el constitucionalismo, como ciencia de cultura, es una ciencia de fines u objetivos¹¹⁵; lo que observamos en la UE es una subordinación de los objetivos a los instrumentos, esto es, una condicionalidad de la integración política al desarrollo de los objetivos económicos de la Unión. En consecuencia, «la Unión Europea [...] se identifica más como institución perfeccionada de la globalización económica que como una Constitución europea»¹¹⁶.

En el debate sobre la existencia y la necesidad de una constitución europea es conocido asimismo el intercambio de argumentos mantenido por DIETER GRIMM y JÜRGEN HABERMAS a finales del pasado siglo. Ambos consideran que no hay, en el actual estado de la Unión, una constitución europea, pero mientras que para el primero su propia existencia no es posible ante la ausencia de un *demos* y de una identidad colectiva europea que pueda fundamentarla, para el segundo es precisamente la constitución la premisa o condición para la generación de un pueblo y una ciudadanía europea.

Para GRIMM, el sujeto «pueblo» que conforma el poder constituyente no puede ser reemplazado por los Estados miembros:

[I]t is inherent in a constitution in the full sense of the term that it goes back to an act taken by or at least attributed to the people, in which they attribute political capacity to themselves. There is no such source for primary Community law. It goes back not to a European people but to the individual

¹¹³ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (2003), *op. cit.*, pp. 65-66.

¹¹⁴ CABO MARTÍN, C. DE, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010, p. 130.

¹¹⁵ CABO MARTÍN, C. DE (2010), *op. cit.*, p. 131.

¹¹⁶ CABO MARTÍN, C. DE (2010), *op. cit.*, p. 130.

*member states, and remains dependent on them even after its entry into force. While nations give themselves a constitution, the European Union is given a constitution by third parties. It consequently does not have the disposal of its own constitution*¹¹⁷.

En consecuencia, los Tratados de la Unión no pueden ser considerados como su constitución:

*To the extent that constitutions are concerned with legalizing political rule, the treaties leave nothing to be desired. Fundamental requirements of modern constitutionalism are thus met in the Community. [...] The treaties are not however a constitution in the full sense of the term. The difference lies in the reference back to the will of the member states rather than to the people of the Union. [...] The European public power is not one that derives from the people but one mediated through states. Since the treaties thus have not an internal but an external reference point, there are also not the expression of a society's self-determination as to the form and objectives of its political unity*¹¹⁸.

Para este autor, la democracia y la constitución europea se encuentran con un obstáculo insalvable: la ausencia de un pueblo europeo, no en un sentido étnico u homogéneo (*Volksgemeinschaft*), sino como identidad colectiva o conciencia de pertenencia conjunta que pueda apoyar las decisiones de la mayoría y los esfuerzos de solidaridad. Por ello, el déficit democrático es estructural y no puede eliminarse mediante reformas institucionales a corto plazo¹¹⁹. En consecuencia, «*[t]he achievement of the democratic constitutional State can for the time being be adequately realised only in the national framework*»¹²⁰.

HABERMAS, por su parte, altera el orden de los factores propuesto por GRIMM: si para éste sólo un pueblo unido por algún tipo de identidad colectiva puede erigirse en sujeto constituyente, para HABERMAS la experiencia europea comparada pone de manifiesto que es a través de la creación de instituciones políticas y de la institucionalización de la ciudadanía como, mediante un efecto inductor, es posible generar dicho sentimiento de

¹¹⁷ GRIMM, D., «Does Europe Need a Constitution?», en *European Law Journal*, vol. 1, n.º 3, noviembre 1995, p. 290. Una reedición de este artículo puede verse en GRIMM, D., «Una costituzione per l'Europa?», en ZAGREBELSKY, G., PORTINARIO, P. P. y LUTHER, J. (eds.), *Il futuro della costituzione*, Giulio Einaudi Editore, Turín, 1996; así como en GRIMM, D., «Does Europe Need a Constitution?», en GOWAN P. y ANDERSON P. (eds.), *The Question of Europe*, Verso, Londres y Nueva York, 2000.

¹¹⁸ GRIMM, D. (1995), *op. cit.*, p. 291.

¹¹⁹ GRIMM, D. (1995), *op. cit.*, p. 297.

¹²⁰ GRIMM, D. (1995), *op. cit.*, p. 297.

pertenencia. En consecuencia, cabe una evolución de los Tratados hacia una constitución democrática:

*Europe has been integrating economically, socially and administratively for some time and in addition can base itself on a common cultural background and the shared historical experience of having happily overcome nationalism. Given the political will, there is no a priori reason why it cannot subsequently create the politically necessary communicative context as soon as it is constitutionally prepared to do so*¹²¹.

Para HABERMAS, por tanto, la diversidad cultural no es un obstáculo para la conformación de un pueblo, pues «[w]hat unites a nation of citizens as opposed to a *Volksnation* is not some primordial substrate but rather an intersubjectively shared context of possible understanding»¹²². El modelo de referencia no sería, pues, el asimilacionista francés, sino la autocomprensión multicultural típica de países de inmigración como Estados Unidos¹²³, ya que lo esencial es la formación de una «*political public sphere which enables citizens to take positions at the same time on the same topics of the same relevance*»¹²⁴.

4.1.3. La «constitucionalidad incompleta» de la Unión.

Una vez expuestas algunas de las voces más representativas de las corrientes que postulan la existencia o inexistencia de una constitución europea, procedemos en la siguientes líneas a formular la posición que aquí se defiende. En nuestra opinión, el proceso de constitucionalización material que ha transcurrido paralelamente a la progresiva transferencia a la Unión de competencias y ámbitos decisorios de los Estados miembros, si bien le ha proporcionado elementos de constitucionalidad visibles en el equilibrio de poderes entre las instituciones, los principios de primacía y eficacia directa, la existencia de mecanismos de participación ciudadana directa y representativa o la regulación de las fuentes del Derecho, no ha dado lugar a una constitución material en el sentido pleno del término.

¹²¹ HABERMAS, J., «Remarks on Dieter Grimm's "Does Europe Need a Constitution?"», en *European Law Journal*, vol. 1, n.º 3, noviembre 1995, p. 307. Una reedición de este artículo puede verse en HABERMAS, J., «Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm», en ZAGREBELSKY, G., PORTINARIO, P. P. y LUTHER, J. (eds.), *Il futuro della costituzione*, Giulio Einaudi Editore, Turín, 1996; así como en HABERMAS, J., «Reply to Grimm», en GOWAN P. y ANDERSON P. (eds.), *The Question of Europe*, Verso, Londres y Nueva York, 2000.

¹²² HABERMAS, J. (1995), *op. cit.*, p. 305.

¹²³ HABERMAS, J. (1995), *op. cit.*, p. 306.

¹²⁴ HABERMAS, J. (1995), *op. cit.*, p. 306.

Para llegar a la anterior conclusión debemos partir de la doble dimensión, orgánica y dogmática, que es posible identificar con carácter general en toda constitución. Ambas pueden derivarse de la muy citada fórmula del art. 16 DDHC: «*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*». Esta segunda parte del enunciado se refiere al objeto de la constitución, de modo que aquellas normas o aquel contenido del texto constitucional que se refieren a la ordenación, racionalización y limitación del poder (separación de poderes, definición de órganos, regulación de las fuentes del Derecho), constituyen la *dimensión orgánica* de la constitución. La primera parte del enunciado se refiere, en cambio, a los fines de la constitución, esto es, a la finalidad de la ordenación de poder a la que se dedica su parte orgánica; así, el art. 2 de la misma DDHC establecía que: «*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression*». Este contenido de la constitución, que le proporciona a la misma una finalidad o fundamento, constituye su *dimensión dogmática*.

La dimensión dogmática, que se plasma esencialmente en el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, constituye la razón de ser del ordenamiento constitucional y del propio Estado, y la evolución de este *telos* ha transcurrido paralela a la propia evolución del constitucionalismo: si en el constitucionalismo liberal la finalidad de la limitación del poder era garantizar la mayor libertad del individuo frente al poder estatal —en un concepto de sujeto que, no debe olvidarse, excluía a las mujeres¹²⁵—, el constitucionalismo social aspira a la máxima realización del valor «dignidad», al que en este trabajo también nos referiremos como «igual dignidad», pues no sólo se trata de situar en el epicentro del sistema político y del ordenamiento jurídico a *la persona* —en contraposición a otro tipos de intereses—, sino a *todas las personas* —en contraposición a

¹²⁵ Como señala ESQUEMBRE VALDÉS, «el feminismo discurre históricamente por la senda del constitucionalismo», pues «[l]as promesas emancipatorias, basadas en la libertad y la igualdad de los individuos que comparten como cualidad natural la razón como motor de progreso individual y social, se formularon abstractamente en términos universalizadores pero se revelaron excluyentes cuando se concretaron normativamente». ESQUEMBRE VALDÉS, M. M. (2010), *op. cit.*, pp. 50-51. En efecto, «[e]l origen del moderno constitucionalismo es también, por tanto, el origen del sujeto, del sujeto individual. El análisis del proceso de aparición de este sujeto de los derechos permite identificarlo, en términos reales, como varón, de raza blanca y propietario (o, al menos, susceptible de serlo), caracteres de la burguesía, el sujeto político protagonista de las revoluciones liberales». ESQUEMBRE VALDÉS, M. M., «Género y ciudadanía. Mujeres y Constitución», en *Feminismo/s*, n.º 8, diciembre 2006, p. 36.

concepciones reduccionistas de la categoría «sujeto» a determinadas categorías de personas (en particular, el sujeto «varón, blanco y propietario») y en consonancia con el principio de igualdad material postulado por el constitucionalismo social—¹²⁶.

Los rasgos propios del constitucionalismo que podemos identificar en la Unión corresponden, fundamentalmente, a la dimensión orgánica de la constitución: existe un reparto de poder entre las diferentes instituciones de la Unión, un sistema de fuentes del Derecho propio e, incluso, la configuración de los Tratados como la norma suprema del ordenamiento europeo.

Por su parte, aquellos elementos que podrían ser reconducidos a la dimensión dogmática de una hipotética constitución material europea (la atribución a la CDFUE¹²⁷ del mismo valor jurídico que los Tratados por el art. 6.1 TUE o la proclamación de los valores de la Unión en el art. 2 TUE —entre los cuales se encuentran, tras el Tratado de Lisboa, dos valores característicos del constitucionalismo social, la dignidad y la igualdad—) constituyen, sin embargo, reconocimientos esencialmente formales: la vinculatoriedad jurídica de la CDFUE no está acompañada, como se verá con detalle en el Capítulo 6, de una competencia propia sobre derechos fundamentales y de un sistema específico de tutela y garantía de dichos derechos, y el art. 2 TUE refleja los valores compartidos por los europeos (en la que podría constituir una dimensión político-simbólica de los valores), pero éstos no desempeñan ninguna función de impregnación o guía del ordenamiento jurídico de la UE (en una dimensión jurídica de los valores).

¹²⁶ Sobre la relación entre dignidad e igualdad, OEHLING señala que «[l]a dignidad de la persona en su visión jurídica actual se manifiesta pues como algo muy evolucionado respecto a esa consideración de dignidad condicional por “mérito” o a “título”, etc., de épocas predemocráticas. Por una parte, por principio, no cabe entender que exista ningún hombre sin dignidad, lo cual se entiende como consustancial por el simple hecho de ser fisiológicamente hombre. Y por otra, no caben distintas gradaciones de dignidad de la persona, aún menos que posibiliten tratos de carácter discriminatorio, por cuanto cada hombre representa exactamente igual dignidad con respecto a su prójimo. De esta circunstancia se deduce que la idea de igualdad está íntimamente entrelazada con la idea de dignidad». <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54520/1/5328086519.pdf>, p. 38 (tesis) → Buscar referencia en libro (BUA: DE 340.12/OEH/DIG): OEHLING DE LOS REYES, A., *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Dykison, Madrid. 2010, p. 47.

La vinculación entre dignidad e igualdad se reflejaría claramente, señala el autor, en el primer párrafo del art. 3 de la Constitución italiana de 1947, según el cual «[t]utti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali».

¹²⁷ Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, DO C 202 de 7.6.2016, p. 389.

La ausencia de una dimensión dogmática en el actual constitucionalismo europeo —análoga a aquélla que podemos encontrar en los ordenamientos constitucionales nacionales— se debe a que la evolución de la Unión —en competencias y en diseño institucional— se ha producido sobre la misma lógica inicial, esto es, sobre una razón de ser esencialmente económica, funcional a la realización del mercado¹²⁸. El reconocimiento y garantía de los derechos de la ciudadanía europea no se ha fundamentado, como es propio en el constitucionalismo, en la dignidad, sino en dicha *ratio* económica, y en tanto en cuanto han sido funcionales a ella.

La articulación del ordenamiento jurídico de la Unión a partir del fin primigenio del desarrollo de un mercado común europeo dificulta, en consecuencia, su calificación como un ordenamiento constitucional pleno —en el que la persona y sus derechos fundamentales constituyan su razón de ser—. Frente a la centralidad del valor dignidad —como expresión de la primacía de la categoría persona—, el sistema jurídico-político de la Unión se ha construido y ha evolucionado en torno a un objetivo no admisible como fundamento de un ordenamiento constitucional¹²⁹: el desarrollo del mercado común europeo. Esta falta o déficit de dimensión dogmática impide la afirmación de una constitución europea en sentido estricto, dando lugar a un *déficit constitucional*¹³⁰ al que, más que a un genérico e indeterminado «déficit democrático»¹³¹, debe imputarse la difícil legitimidad democrática de la Unión.

¹²⁸ Para una visión global de dicho fenómeno, más allá de los márgenes de la UE, *vid.* LAVAL, C. y DARDOT, P., *La nueva razón del mundo. Ensayo sobre la sociedad neoliberal*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2013.

¹²⁹ En efecto, como pone de manifiesto HÄBERLE, el único objetivo constitucionalmente aceptable es la centralidad de la dignidad humana: «Los textos clásicos, pero también los más recientes, sugieren una concepción antropocéntrica de Constitución. [...] El nuevo mandato protector en materia de dignidad humana [...], todos los textos constitucionales, todo el Estado constituido y limitado por éstos, todas las normas de organización y procedimiento, así como todas las tareas del Estado, están ordenados en función del ser humano». HÄBERLE, P., *El Estado constitucional* (estudio introductorio de Diego Valadés, traducción e índices de Héctor Fix-Fierro), Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2001a, p. 115.

¹³⁰ En un sentido similar se pronuncia GUILLÉN LÓPEZ, para quien «el déficit no es el déficit de Parlamento, fórmula habitual durante muchos años para criticar la Unión. El déficit de Parlamento no sería sino un epifenómeno de un déficit mucho más consistente y definitorio: el déficit de constitución o de constitucionalismo». GUILLÉN LÓPEZ, E., *op. cit.*, p. 157. De igual manera, para RUIPÉREZ, la UE padece de un «clamoroso déficit de “Estado Constitucional”». RUIPÉREZ, J., *op. cit.*, p. 36.

¹³¹ Como señala VON BOGDANDY, el «déficit democrático» no es un concepto unívoco, sino que depende de la concepción adoptada sobre la configuración y legitimidad de la Unión y, en última instancia, sobre su finalidad: para una concepción federal (la Unión como comunidad de Derecho), el déficit democrático se debe a las escasas competencias del Parlamento Europeo y a la desigualdad del sistema electoral; para una concepción de la Unión como «unión de Estados» (una organización internacional de corte intergubernamental), el déficit democrático se encuentra en la pérdida de competencias de los parlamentos nacionales y en la debilitación del peso del voto de los gobiernos de los Estados miembros en el Consejo; en

4.2. La *dogmatización* del espacio constitucional europeo.

La ausencia de una constitución europea en sentido estricto¹³² no es óbice, sin embargo, para considerar que el proceso de construcción constitucional de la Unión pueda conducir a una estructura en la que la ordenación del poder europeo sirva a los fines de protección y promoción de la dignidad humana. Puede afirmarse que el constitucionalismo europeo se encuentra en la actualidad en una primera fase, la propia del primer constitucionalismo o constitucionalismo liberal, en la que priman los elementos propios de la dimensión orgánica de la constitución —es decir, aquellos destinados a la limitación del poder— y la garantía de derechos (libertad, propiedad, seguridad) *frente* al Estado: el Derecho de la Unión ordena el poder en dicho espacio para garantizar esencialmente la libertad del ciudadano (en este ámbito, la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales). La persona (el ciudadano de la Unión) aparece de este modo como un mero titular de derechos negativos *otorgados* por la Unión; así, la Unión *no le impedirá* la libre circulación por su territorio ni el establecimiento de un empresa en otro Estado miembro.

Tras un desarrollo constitucional propio del período liberal, el siguiente estadio en la evolución del proceso de integración y de constitucionalización europea habría de consistir en la asunción de los parámetros propios del constitucionalismo social contemporáneo, es decir, en la articulación del ordenamiento jurídico europeo hacia el nuevo paradigma que constituiría la máxima realización de la igual dignidad de todas las personas. Esto es, la constitucionalización plena de la Unión requiere una *dogmatización*

cambio, para una concepción finalista (que vincula la configuración de la Unión a la integración de determinados fines materiales, en cuya consecución es determinante la pericia técnica de la Comisión Europea), no hay problema alguno de democracia en la tarea reguladora. VON BOGDANDY, A., «Notas sobre la ciencia del Derecho europeo (contextos, debates y perspectivas de desarrollo de la teoría general del Derecho de la Unión Europea desde el punto de vista alemán)», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 5, 1^{er} semestre 2000, pp. 221-225.

¹³² CRUZ VILLALÓN afirmaría, en el contexto de la elaboración del Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa que, si bien es innegable la existencia de un cierto orden constitucional europeo, debe extremarse la cautela en la utilización del término «constitución»: «La constitucionalización “autónoma” de Europa debiera suponer algo más que la simple comprensión de su orden fundamental con arreglo a los tradicionales caracteres formales de la norma constitucional: debiera por tanto encontrar su comienzo más allá de las tareas más próximas de una eventual simplificación o incluso reestructuración de los Tratados fundacionales. Mientras tanto, convendría tratar la palabra “Constitución” con el mayor cuidado posible, pues [...] si nos apropiamos ya de la palabra, tanto más difícil resultara en su momento encontrar otra para cuando de verdad queramos una Constitución “en el pleno sentido de la palabra”». CRUZ VILLALÓN, P. (2004), *op. cit.*, p. 41.

que le haga transitar desde un ordenamiento guiado por la lógica del mercado a un ordenamiento tendente al mayor bienestar de las personas y la efectividad de sus derechos.

Desde el punto de vista académico, muchas de las diferentes propuestas emitidas desde la doctrina se han circunscrito al ámbito de la dimensión orgánica del constitucionalismo europeo. Ello se debe, en parte, a que las sucesivas reformas de los Tratados se han producido esencialmente en dicho ámbito: el Parlamento Europeo —sobre el que se ha descargado el peso de la legitimidad democrática de la Unión— ha asumido cada vez más funciones, se ha introducido una Iniciativa Ciudadana Europea, se ha creado un Defensor del Pueblo Europeo y se ha reforzado el control parlamentario sobre la Comisión, si bien las modificaciones han afectado en menor medida a dos instituciones de legitimidad democrática indirecta como son el Consejo y el Consejo Europeo.

Por su parte, la dimensión dogmática de la Unión ha permanecido generalmente en un segundo plano; como señala LÓPEZ GUERRA,

a pesar de la común relevancia de ambos aspectos, el orgánico y el dogmático [...] ha sido posiblemente el primero de ellos, el referente al establecimiento y funciones de los poderes políticos de la Unión, el que ha tenido una mayor proyección en la opinión pública y publicada¹³³.

En este mismo sentido, WEILER afirma que

[e]l constitucionalismo de la Unión, el sentido en el que los Tratados son la Carta Constitucional de la *polis*, se han descrito siempre en términos estructurales: Primacía, Efecto Directo, Poderes Implícitos y elementos similares. Y de hecho, en estos términos estructurales, la Comunidad se parece mucho más, es mucho más, un ordenamiento jurídico constitucional que un ordenamiento jurídico internacional. Pero el constitucionalismo no se ocupa sólo de los instrumentos de gobierno. Trata también de los fines para los que se gobierna. A los fines, ocultos entre los medios estructurales del constitucionalismo europeo, se les ha prestado bastante poca atención¹³⁴.

Son necesarios, en consecuencia, estudios y análisis doctrinales que analicen la Unión desde la perspectiva dogmática, de sus fines y fundamento. Las propuestas doctrinales no deben reducirse, consideramos, a modificaciones puntuales del actual *statu quo*, sino que han de postular las reformas estructurales necesarias para hacer avanzar el

¹³³ LÓPEZ GUERRA, L., «Derechos e integración europea», en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (coord.), *Derecho constitucional europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 18-19.

¹³⁴ WEILER, J. H. H. (1995b), *op. cit.*, p. 207.

constitucionalismo europeo hacia un modelo de constitución social que permita dotar a la Unión de una orden constitucional pleno, fundamentado en la dignidad. En este trabajo se defenderá la recuperación del concepto de orden público y la conformación de un orden público propio de la Unión como medio para la *dogmatización* de la Unión en los términos propios del constitucionalismo social. Ello requiere, previamente, de un breve análisis funcional del constitucionalismo del Estado social y su ausencia en la estructura constitucional europea.

4.2.1. Algunos apuntes sobre el constitucionalismo social.

El constitucionalismo social y su traducción institucional, el Estado social, constituyen una seña de identidad del Derecho constitucional europeo¹³⁵. Como afirma DE CABO MARTÍN, el Estado social es la «base material del constitucionalismo europeo, de las Constituciones vigentes en Europa desde los años cuarenta-cincuenta del siglo pasado»¹³⁶.

Los orígenes del constitucionalismo social europeo, y del tránsito del Estado liberal al Estado social, debemos rastrearlos a partir de la Primera y, sobre todo, de la Segunda Guerra Mundial. La crisis económica, política y social que venía gestándose desde el inicio del siglo xx y que se muestra incontrolable tras los conflictos bélicos, evidencia la insuficiencia de los mecanismos jurídico-políticos de articulación social existentes e impone la demanda de nuevos planteamientos basados en una mayor intervención pública en la sociedad (y, por tanto, también en la economía). Como señala DE OTTO, en ese momento «[s]e hace evidente, frente a la teoría clásica, que es precisa la intervención del Estado regulando relaciones tradicionalmente consideradas privadas, como las laborales, o

¹³⁵ MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., «Desafección: Algunas notas sobre la ciudadanía europea y sus deficiencias», en SANZ CABALLERO, S. (dir.), *El futuro de la Unión y la amenaza de una no Europa. La crisis de valores de la UE*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 90.

¹³⁶ CABO MARTÍN, C. DE (2010), *op. cit.*, p. 107. Para ASENSI SABATER, el Estado social «es la forma de organización estatal que ha ejercido un mayor influjo en el constitucionalismo europeo que se desarrolla a partir de la segunda mitad del siglo XX», de modo que «[l]a mayor parte de las constituciones europeas actuales, de una u otra suerte, han consagrado, junto al principio democrático y las garantías de las libertades, los principios del estado social». ASENSI SABATER, J. (1998), *op. cit.*, p. 157. Por ello, la crisis del Estado social repercute en «un modelo político-social caracterizado precisamente por el alto nivel de desarrollo de los servicios públicos y de las prestaciones sociales y que, como tal, suponía una referencia para otros pueblos de la tierra». ASENSI SABATER, J. (1998), *op. cit.*, p. 179. Por otro lado, este autor señala los orígenes del ideario social de justicia e igualdad en la tradición social cristiana, en obras de teólogos medievales como Gregorio el Magno (*omnes namque homines natura aequales sumus*) —inspiradas a su vez en Cicerón y Séneca—, así como en los planteamientos del socialismo utópico, el anarquismo y el marxismo. ASENSI SABATER, J. (1998), *op. cit.*, p. 157.

llevando a cabo prestaciones en favor de individuos o grupos que los mecanismos sociales arrojan a la impotencia»¹³⁷. De este modo, la constitución se presenta ya —no sin ciertas resistencias¹³⁸— no como mecanismo de limitación del poder sino como instrumento de ordenación del mismo hacia unos determinados objetivos sociales y económicos que pueden ser reconducidos al fin de la máxima realización de la igual dignidad humana.

En efecto, el constitucionalismo social exige la integración en las constituciones del mandato finalista o fin básico de procurar la máxima realización del valor «igual dignidad» de todas las personas. Los horrores de la Segunda Guerra Mundial condujeron a que, en el plano político-jurídico, la realización de la dignidad se erigiera en el fin último de la sociedad, identificándose así como la dimensión dogmática del constitucionalismo social y convirtiéndose en el epicentro del ordenamiento constitucional¹³⁹. Ello produce, por un lado, que la categoría «sujeto» se construya a partir de la dignidad y, por otro lado, que la dignidad —en cuanto objetivo del constitucionalismo— se presente como el fundamento de todos los derechos fundamentales¹⁴⁰.

Sobre la relación entre «dignidad», «sujeto» y «Estado constitucional» es imperativo acudir a HÄBERLE, para quien «el Estado constitucional se basa en la cultura de

¹³⁷ OTTO, I. DE, *op. cit.*, p. 42.

¹³⁸ Como señala ASENSI SABATER, «la introducción de límites a los derechos individuales y el señalamiento de fines sociales a la acción del poder no ha sido siempre un objetivo pacíficamente compartido pues su implantación requería modificar previamente la estructura de los ordenamientos liberales, para los cuales, precisamente, el ámbito económico debía ser libre y la misión de los poderes públicos reducirse a garantizar que la racionalidad económica se desarrollara de un modo “natural”, sin injerencias del estado. El principio social, por el contrario, reclamaba otra ética, otra concepción de la política basada en la acción positiva de los poderes públicos, en la intervención de éstos con el fin de compensar determinadas “injusticias”, garantizando jurídicamente a los ciudadanos asistencia, sostén para sus necesidades y un marco efectivo de igualdad de oportunidades». ASENSI SABATER, J. (1998), *op. cit.*, p. 158.

¹³⁹ Para DUPRÉ, la dignidad humana, concepto heurístico cuyo significado nunca puede ser completo ni conocido totalmente, parte de 1949 y, particularmente, de la Constitución alemana, como un intento de marcar un punto de inflexión respecto al Holocausto (la dignidad como vehículo hacia la democracia). DUPRÉ, C., *The Age of Dignity. Human Rights and Constitutionalism in Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 17 y 57-58. Además, la centralidad de la dignidad humana constituye un signo identitario del constitucionalismo europeo: «[H]uman dignity is not only the foundation of human rights and democracy in each constitutional order considered separately, it is what brings all the constitutional (at national and supranational levels) orders together, giving European constitutionalism its unique identity and dynamic». DUPRÉ, C., *op. cit.*, p. 8.

¹⁴⁰ Para HABERMAS, la dignidad humana «constituye la “fuente” moral de la que todos los derechos fundamentales obtienen su sustancia». HABERMAS, J. (2012), *op. cit.*, p. 16. Este mismo autor considera que «[l]a idea de dignidad humana es el gozne conceptual que ensambla la moral del respeto igual de toda persona con el derecho positivo y el proceso de legislación democrático de tal forma que de la interacción entre estos pudo surgir, en circunstancias históricas favorables, un orden político fundado en los derechos humanos». HABERMAS, J. (2012), *op. cit.*, p. 21.

la dignidad humana, positivizada hasta en sus más ínfimos detalles»¹⁴¹. Para este autor es un error analizar de forma separada los dos fundamentos del Estado constitucional —la soberanía popular y la dignidad humana¹⁴²—, pues la dignidad (la ciudadanía, las personas) constituye la «*premisa* antropológico-cultural» del Estado constitucional democrático y la democracia su «*consecuencia* organizativa»¹⁴³. Esto se traduce en la conversión de la ciudadanía en el *sujeto* del Estado constitucional: «[E]l Estado constitucional realiza la dignidad humana haciendo a los ciudadanos *sujetos* de su actuación»¹⁴⁴.

Por otra parte, el constitucionalismo social no sólo implicará la primacía de la dignidad humana en el ordenamiento jurídico-político del Estado sino también, y como consecuencia de ello, la introducción en la constitución del conflicto permanente —del conflicto capital-trabajo en el seno del modo de producción capitalista¹⁴⁵—. En efecto, mediante la introducción del conflicto capital-trabajo —dos nuevos sujetos históricos contrapuestos pero que tienen en común su sexo masculino¹⁴⁶— se pretende juridificar y normar una realidad ya existente (la tensión entre las exigencias del capitalismo y las reivindicaciones de movimientos sociales) para que, de este modo, esta tensión estructural quede sometida al pacto constitucional capital-trabajo, en el que se establece la máxima centralidad de la dignidad humana.

¹⁴¹ HÄBERLE, P. (1993), *op. cit.*, p. 45.

¹⁴² HÄBERLE, P. (2001a), *op. cit.*, pp. 172-173.

¹⁴³ HÄBERLE, P. (2001a), *op. cit.*, p. 193. *Vid.* también HÄBERLE, P. (2009), *op. cit.*, apdo. I, 1 y 4. Según este autor, en términos teóricos la protección de la dignidad precede a la organización estatal: «El “gobierno del pueblo” (por el pueblo y para el pueblo) es concebido [...] en una segunda etapa del razonamiento. Como principio jurídico, la protección de la dignidad humana (y también su irradiación hacia los derechos fundamentales en lo particular!) es anterior al “Estado” y al “pueblo” y también a todas las derivaciones del gobierno y las vinculaciones de legitimación del pueblo hacia los órganos del Estado». HÄBERLE, P. (2001a), *op. cit.*, p. 174.

¹⁴⁴ HÄBERLE, P. (2001a), *op. cit.*, p. 171.

¹⁴⁵ Para un desarrollo del conflicto en la práctica constitucional de las distintas fases del capitalismo, incluida en la fase actual del capitalismo financiero, *vid.* CABO MARTÍN, C. DE (2019), *op. cit.*, pp. 75-111.

¹⁴⁶ ESQUEMBRE VALDÉS, M. M. (2010), *op. cit.*, p. 70. Esta autora señala que, si el constitucionalismo liberal consagraba la división entre el espacio público y el privado, el constitucionalismo social establece una división entre el espacio privado y el doméstico o vital, pues el pacto que representa la constitución del Estado social requiere el mantenimiento de las condiciones preexistentes, esto es, la existencia del ámbito doméstico. ESQUEMBRE VALDÉS, M. M. (2010), *op. cit.*, pp. 76-77. De este modo, «el trabajo realizado por las mujeres en el ámbito doméstico es la consecuencia (y condición de existencia, a la vez) del pacto que da lugar a las Constituciones del Estado social, que consagran al trabajador (varón) como único o principal proveedor económico de la familia. Frente al trabajo gratuito (y, por tanto, carente de valor, en términos de mercado, y, por tanto, de reconocimiento social) de las mujeres se alza el trabajo remunerado de los varones, único trabajo considerado como tal y al que se le otorga valor y reconocimiento». ESQUEMBRE VALDÉS, M. M. (2010), *op. cit.*, p. 78.

La constitucionalización del conflicto capital-trabajo y la conformación de instrumentos para su articulación, contribuyen, pues, a la garantía de la dignidad humana. De este modo, la constitución será, junto a su tradicional concepción como instrumento de ordenación, limitación y racionalización del poder y de garantía de los derechos fundamentales, un espacio en el que articular el conflicto social; «la finalidad esencial de toda Constitución democrática consiste en canalizar los conflictos políticos fundamentales de la sociedad»¹⁴⁷. En este sentido, el Estado ya no se configurará «como una instancia separada de la sociedad, sino como un lugar donde se produce la mediación entre los diversos intereses representados», lo que requiere presuponer que «el mercado, por sí solo, no produce esa mediación»¹⁴⁸.

En estos términos, la constitución del Estado social se presenta como el instrumento adecuado para hacer compatible la exigencia de acumulación propia del capitalismo y las demandas sociales procedentes de la lucha de clases: el Estado social supone «un proceso de convergencia y compatibilidad relativa y coyuntural de intereses entre Capital y Trabajo, por lo que, teóricamente, se puede expresar con la fórmula más conocida de “Pacto entre Capital y Trabajo”»¹⁴⁹. Así,

por tratarse de esta doble pretensión al Estado desde el punto de vista del capital y desde el punto de vista del trabajo, la actuación del Estado Social, la intervención del Estado social, tendrá este doble ámbito: el del capital o el *ámbito económico* y el del trabajo o el *ámbito social*. Por eso se conocerá al Estado social como el Estado intervencionista en lo económico y en lo social¹⁵⁰.

¹⁴⁷ BALAGUER CALLEJÓN, F., «Crisis económica y crisis constitucional en Europa», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 98, mayo-agosto 2013, p. 92.

¹⁴⁸ ASENSI SABATER, J. (1998), *op. cit.*, p. 163.

¹⁴⁹ CABO MARTÍN, C. DE, «El Tratado constitucional europeo y el constitucionalismo del Estado social», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 19, 2007, p. 201. Ello permite, según DE CABO MARTÍN, la formación de un nuevo sujeto colectivo: «[L]a contradicción Capital-Trabajo, esa *dialéctica*, se instala en la Constitución, afectando de manera directa a la cuestión del *sujeto*. Porque en la Constitución del Estado social entra, además del sujeto individual, un nuevo sujeto, un *sujeto colectivo* (el *sujeto histórico*, el *Trabajo*, que en esa Constitución se configura como “sujeto político” —no sólo en virtud de un conjunto de derechos y determinaciones que lo especifican jurídicamente y posibilitan y funcionalizan una dinámica política propia, sino porque incluye, además, la “alternativa”, igualmente contradictoria con la realidad existente, que incorpora y puede vehicular ese sujeto— tiene su expresión más explícita en el artículo 3.2 de la Constitución italiana, o, en su correlato, en el artículo 9.2 de la Constitución española». CABO MARTÍN, C. DE (2010), *op. cit.*, pp. 81-82.

¹⁵⁰ CABO MARTÍN, C. DE (1993), *op. cit.*, p. 334. Asimismo, el hecho de configurarse el Estado como el lugar en el que se desarrolla el conflicto entre capital (lo económico) y el trabajo (lo social) y, por tanto, la lucha de clases, produce «una “politización” de las sociedades modernas en cuanto apenas hay problemática o reivindicación que no se convierta inmediatamente en demanda al Estado y exija y produzca una intervención política (que se integra y afecta a la lucha de clases)». CABO MARTÍN, C. DE, *La crisis del Estado Social*, PPU. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986, p. 39.

4.2.2. La ausencia de constitucionalismo social en la Unión Europea: la ratio económica y la falta de conflicto.

La falta de centralidad de la dignidad —y del sujeto construido a partir de ella— en el ordenamiento jurídico europeo impide su calificación como ordenamiento constitucional pleno, al menos desde la perspectiva del constitucionalismo social. El proceso de constitucionalización de la Unión, así, se habría producido hasta la fecha bajo los parámetros propios del constitucionalismo liberal. De este modo, para AGUILAR CALAHORRO

la UE supone una regresión del Estado social democrático de Derecho a los postulados iniciales del Estado liberal pues, por un lado, carece de procedimientos de producción del Derecho suficientemente garantistas de la participación de las minorías, y por otro lado, no tiene elementos suficientes que permitan construir consistentemente un «orden racional» por carecer precisamente de los elementos esenciales: la soberanía, el concepto de Estado, la Constitución...[,]

lo que habría conducido «a que en el lenguaje de la integración europea se entienda de nuevo al sujeto desde su conceptualización privatista, desde su personalidad jurídica y su capacidad de obrar (hacer valer derechos y ser destinatario de obligaciones)»¹⁵¹.

El constitucionalismo social se refleja, como se ha apuntado, en dos aspectos: la primacía de la dignidad y, como consecuencia de ello, la introducción del conflicto en la constitución. Ambos fallan en la Unión: por un lado, los intereses económicos —aquello que pueda ser funcional a los objetivos de fortalecimiento del mercado común— priman sobre la máxima realización de la igual dignidad humana—; por otro lado, en tanto que la categoría «dignidad» no es trasladada al ámbito de la Unión, éste se configura (se construye *ex profeso*) como un espacio en el que no existe conflicto y en que, por ello, «lo económico» puede desenvolverse sin el correspondiente contrapeso «social».

Sobre el primer aspecto, la centralidad de la dignidad humana es sustituida en la Unión por la primacía de los objetivos e intereses de tipo económico¹⁵²: «Las libertades

¹⁵¹ AGUILAR CALAHORRO, A., «El sujeto de Derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor», en GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J. y BALAGUER CALLEJÓN, F. (coords.), *Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015b, p. 472-473.

¹⁵² Para un análisis teórico de las implicaciones de la subordinación de lo social (la dignidad) a lo económico (el mercado) y del resultante modelo de sociedad en la que todos los aspectos de la vida —y la propia vida— se orientan según la lógica del capital, *vid.* HARDT, M. y NEGRI, A., *Imperio*, Paidós, Barcelona, 2002, y HAN, B.-H., *Psicopoder. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, Herder, Barcelona, 2014. Ambos ensayos se inspiran en buena medida en el concepto de «biopoder» de MICHEL FOUCAULT (una construcción del concepto «poder» basado no en la disciplina sino en las relaciones y el control sobre la población y en la que adquieren relevancia para el Estado las propiedades del ser humano como ser biológico). *Vid.* FOUCAULT, M., *Historia de la sexualidad. 1. La voluntad de saber*, 31.ª ed., Siglo XXI, México D. F., 2007; FOUCAULT, M., *Seguridad*,

comunitarias y la regulación comunitaria de los derechos civiles, sociales y políticos se apoyan en el denominado *homo oeconomicus*, y anclan la Unión Europea en el paradigma socioliberal decimonónico»¹⁵³. Como señala CHOFRE SIRVENT, «[e]l constitucionalismo que subyace al proceso de integración europea [...] tiene como objetivo fundamental garantizar la forma neoliberal mediante instrumentos políticos y jurídicos»¹⁵⁴, lo que afecta a los propios valores que han definido tradicionalmente al continente europeo: «[A]gainst the almost-complete supremacy of neo-liberal thinking, what is really being discussed is a reappraisal of the socio-economic conceptions of continental Europe, and what is at stake are the defining principles and values of the European Union»¹⁵⁵. De este modo, la persona se convierte en el ámbito europeo, más que en ciudadano, en un «consumidor» titular de derechos funcionales al mercado o, como afirma, SHAW, en un «*market citizen*»:

[T]he underlying market principles of EC law, in particular the free movement of persons, have been elevated to the status of «fundamental» right. Of course, the message that this delivers is a little mixed since it creates a confusion between the idea of the «market citizen», the *Marktbürger*, who is a limited figure of the economic sphere, and the «true» citizen who must be sovereign within a democratic political system¹⁵⁶.

Como explica MONEREO PÉREZ, «[e]l Sistema de los Tratados y la Carta de la Unión subordinan lo social a lo económico»¹⁵⁷, lo que contradice la esencia del constitucionalismo social, que «presupone una decisión constitucional fundamental sobre los principios y valores a perseguir, haciendo primar la razón de la sociedad sobre la razón de la economía, buscando un equilibrio entre ambas lógicas»¹⁵⁸ y que, por ello, «supuso la pretensión

territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978), Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006; FOUCAULT, M., *Nacimiento de la biopolítica*, Akal, Tres Cantos, 2009.

¹⁵³ LÓPEZ PINA, A. y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., «Sobre los derechos fundamentales en Europa», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 494.

¹⁵⁴ CHOFRE SIRVENT, J., «La Unión Europea ante la crisis económica: El “estado de excepción” como nuevo paradigma», en GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J., y BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 600.

¹⁵⁵ CHOFRE-SIRVENT, J., «Reinventing the European Union: The Financial Crisis, an Opportunity for a Federal Model», en LÓPEZ-BASAGUREN, A. y ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. (eds.), *The Ways of Federalism in Western Countries and the Horizons of Territorial Autonomy in Spain. Volume 1*, Springer, Berlín – Heidelberg, 2013, p. 242.

¹⁵⁶ SHAW, J., «The Interpretation of European Union Citizenship», en *The Modern Law Review*, vol. 61, n.º 3, mayo 1998, p. 300.

¹⁵⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., «Por un constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 21, enero-junio 2014, p. 178.

¹⁵⁸ MONEREO PÉREZ, J. L., *op. cit.*, p. 151.

político-institucional de poner la economía al servicio de la sociedad»¹⁵⁹. Este autor diferencia entre la constitución social europea, débil, y la constitución económica europea, fuerte, a la que aquella está subordinada y sobre la que «prima la centralidad del mercado y el sistema de libertades económicas garantizadas»¹⁶⁰:

La Constitución social europea como Constitución débil se limita a consagrar un conjunto de valores, principios, libertades y derechos abstractamente formulados, sin contenidos garantistas seguros y prefiguradores de la actividad legislativa pública. [...] La Constitución Social Europea se caracteriza por la proliferación de fórmulas coactivas blandas («soft law»). De este modo la Constitución débil es una Constitución jurídica mínima y flexible. Casi todo es plenamente disponible por la política legislativa¹⁶¹.

Finalmente, resulta ilustrativo traer a colación la subordinación de los fines a los medios que denuncia DE CABO MARTÍN, ya apuntada. Según este autor,

los objetivos o valores que se puedan recoger en los Tratados no son los que condicionan los instrumentos para conseguirlos, sino que es el instrumento (el mercado) el que condiciona la forma y el grado de consecución de los objetivos y valores al situarlo en un lugar preferente y determinante¹⁶².

Esta tesis explicaría el carácter meramente formal de la proclamación de los valores de la Unión del art. 2 TUE o, al menos, su reducida efectividad: el fin (la dignidad, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos) no determina el medio (el mercado), sino que el propio medio se convierte en fin, del que extraer, eventualmente, aquéllos.

Este mismo autor defiende, sobre el segundo aspecto apuntado —la ausencia de conflicto— que «los sistemas de institucionalización de la globalización, y específicamente de la Unión Europea, se presentan como sistemas de elusión del conflicto, de elusión de la contradicción, y, por tanto, también elusivos de la constitucionalización, en cuanto integradora del conflicto»¹⁶³. Del mismo modo, para CAMISÓN YAGÜE,

si en las Constituciones nacionales del Estado Social, la relación Capital-Trabajo actuó como uno de los elementos más relevantes del poder constituyente, en el proceso de integración europeo se ha prescindido totalmente de la misma [...]; es más, se huye deliberadamente de él. Esta elusión del

¹⁵⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., *op. cit.*, p. 152.

¹⁶⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., *op. cit.*, p. 182.

¹⁶¹ MONEREO PÉREZ, J. L., *op. cit.*, p. 175.

¹⁶² CABO MARTÍN, C. DE (2010), *op. cit.*, p. 113.

¹⁶³ CABO MARTÍN, C. DE (2010), *op. cit.*, p. 19.

conflicto Capital-Trabajo no es neutra sino que, por el contrario, persigue la imposición de la razón económica sobre la razón política¹⁶⁴.

De este modo, el conflicto social y político, es decir, la contraposición entre alternativas políticas y entre mayorías y minorías, es sustituida en la Unión por conflictos nacionales y por conflictos entre los intereses estatales y los de la Unión. AGUILAR CALAHORRO sostiene al respecto que la doble legitimidad de la Unión (popular y estatal), que se plasma en el procedimiento normativo europeo a través del sistema de *checks and balances* entre el Parlamento, como órgano de representación ciudadana, y el Consejo, como órgano de representación estatal, «[d]esactiva una función histórica del Derecho constitucional: la articulación del conflicto social», de modo que «[l]a tensión fundamental en la Unión se da ahora entre ciudadanía y Estados, siendo estos últimos los únicos con capacidad de decisión real»¹⁶⁵. Igualmente, para BALAGUER CALLEJÓN, «el proceso de integración europea ha sido indebidamente utilizado para desplazar el conflicto político del espacio público interno al ámbito europeo convirtiéndolo en conflicto nacional frente a Europa y haciéndolo desaparecer como conflicto democrático entre mayorías y minorías»¹⁶⁶.

En efecto, es difícil identificar en el espacio jurídico-político europeo una concepción de la política como ámbito en el que dirimir los conflictos. CANTARO se refiere a este hecho como la «ideología europea», que significa la tendencia de la UE a actuar con maximalismo en el ámbito de lo jurídico y con minimalismo en el ámbito de lo político. Esto es, la reducción al mínimo de la política frente a «una radical confianza en la capacidad de los mecanismos procedimentales y de las proclamaciones normativas para servir de sustituto funcional de las repudiadas entidades colectivas»¹⁶⁷. CHOFRE SIRVENT va más allá y habla incluso de un «maximalismo económico y un minimalismo político y jurídico», pues

¹⁶⁴ CAMISÓN YAGÜE, J. A., «El proceso de integración europeo en la obra del profesor Carlos de Cabo: hacia la construcción de un constitucionalismo europeo crítico», en GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J. y BALAGUER CALLEJÓN, F. (coords.), *Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 949-950.

¹⁶⁵ AGUILAR CALAHORRO, A. (2015a), *op. cit.*, p. 57.

¹⁶⁶ BALAGUER CALLEJÓN, F. (2013), *op. cit.*, pp. 92-93.

¹⁶⁷ CANTARO, A. (2006), *op. cit.*, p. 40. El maximalismo jurídico se nutre, de este modo, de elementos exclusivamente jurídicos: «[L]os tratados que dan vida a una comunidad de valores, los Tratados como Constitución, los derechos fundamentales como derechos dotados de fuerza constituyente, las tradiciones constitucionales comunes como revestimiento e historia de Europa». CANTARO, A. (2006), *op. cit.*, p. 92. En concreto, destaca el relevante papel concedido a los derechos fundamentales: «Europa está cada vez más convencida de que los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento de la Unión (desde la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pasando por los Tratados y la Carta de Niza) representan un componente no sólo necesario sino también suficiente de la identidad cultural europea y un factor de

[a]nte el poder hegemónico de la economía [...], lo que desaparece de la escena del poder es la «política», como instrumento a través del cual los pueblos han ejercitado su competencia para autodeterminarse, y el «derecho», que es instrumentalizado según los intereses que marcan la preservación de la estabilidad financiera¹⁶⁸.

Por otra parte, los efectos de la ausencia de conflicto (y, por extensión, de constitucionalismo social) no quedan reducidos al nivel europeo, sino que se extienden también al ámbito nacional: la propia configuración de los Estados miembros como Estados sociales quedaría afectada por la traslación de parcelas de ejercicio de poder soberano en forma de competencias —y, con ello, del conflicto—, a una Unión donde, como afirma DE CABO MARTÍN, no sólo no existe el «principio de intervención-transformación», sino que precisamente se construye basándose en la ausencia de dicho principio, formalizando lo que, en menor medida, se está produciendo en los Estados al margen de la constitución¹⁶⁹. En este sentido, este autor explica que la configuración de Europa como libre mercado en expansión, unida a la institucionalización de la UE a partir del Tratado de Maastricht y a los principios de primacía y efecto directo,

hace que la Unión Europea se convierta en un factor importante para coadyuvar de manera decisiva en la crisis definitiva del Estado social y convertir el ámbito estatal en ámbito —económicamente— «europeo», es decir, de libre mercado. [...] Por consiguiente, si el Estado social es en un primer momento genéticamente decisivo en la integración de Europa, a medida que ésta se consolida, se convierte en factor destructivo del mismo¹⁷⁰.

4.2.3. Hacia una dogmatización de la Unión Europea.

En las líneas anteriores se ha pretendido demostrar que el déficit constitucional de que adolece la Unión se debe a que, si bien el proceso de constitucionalización material europea permite identificar en ella rasgos propios de la dimensión orgánica de la constitución, los elementos de Derecho de la Unión que podrían ser reconducidos a la dimensión dogmática (los valores formalmente proclamados en el art. 2 TUE o la CDFUE) no están articulados en torno a la centralidad de la dignidad humana, como corresponde al constitucionalismo social.

legitimidad ético-política de Europa. Se trata del “triumfo” del maximalismo jurídico». CANTARO, A. (2006), *op. cit.*, p. 91.

¹⁶⁸ CHOFRE SIRVENT, J. (2016), *op. cit.*, pp. 595-596.

¹⁶⁹ CABO MARTÍN, C. DE (2007), *op. cit.*, p. 204.

¹⁷⁰ CABO MARTÍN, C. DE (2010), *op. cit.*, p. 109.

En consecuencia, toda propuesta por constitucionalizar la Unión en sentido estricto o, en otros términos, por hacer avanzar el proceso de constitucionalización europea hacia los postulados propios del constitucionalismo social, debe abordar necesariamente las reformas a adoptar en el ámbito dogmático. En este sentido, en la presente investigación doctoral se defiende que la dimensión dogmática de todo ordenamiento constitucional puede ser estudiada a partir de un concepto esencial de la teoría constitucional, el orden público, en cuanto que categoría jurídica que encarna la aspiración del constitucionalismo social de procurar la máxima realización de la igual dignidad de todas las personas y que, desde esta perspectiva, constituye el fundamento del ordenamiento constitucional.

En efecto, como se analizará detalladamente, el orden público impregna todo el ordenamiento jurídico-político de un sistema de valores propio, generado en torno a la dignidad y caracterizadores de la sociedad en un momento determinado, que permite concretar o trasladar a la práctica constitucional y a la realidad social tal dogmática constitucional. Aunque con los matices que debidamente serán introducidos en su momento, el orden público puede ser concebido como un mecanismo de defensa de un sistema de valores que, al margen de los particularismos axiológicos entre las diferentes comunidades sociales que acaban identificándolo e individualizándolo frente a otros, ha de procurar la máxima realización de la igual dignidad humana. Orden público y Estado social devienen, pues, conceptos indisociables.

La propuesta que se presenta pretende así dotar a la Unión de una fundamentación constitucional, de una razón de ser y una unidad de sentido coherente con la centralidad de la persona frente a los intereses de mercado. La centralización de la dignidad en el ordenamiento jurídico europeo debe permitir, por un lado, la evolución del ciudadano de la Unión desde su concepción como mero titular de derechos funcionales al mercado a su configuración como sujeto efectivo del Derecho de la Unión, en su finalidad y, por contraposición a los intereses de naturaleza esencialmente económica, en el eje del ordenamiento jurídico-político de la Unión. Se trata de articular en la Unión el sujeto construido a partir de la dignidad propio del constitucionalismo social; como explica AGUILAR CALAHORRO en términos haberleanos,

en el cambio de paradigma del Estado social se observa también un cambio profundo en la visión del propio sujeto del Derecho. Hemos pasado de concebir al sujeto individual desde la perspectiva privatista de la «personalidad jurídica y capacidad de obrar», hacia una perspectiva basada en el

concepto de «dignidad humana»[, de modo que] [e]l fundamento del Estado sigue residiendo en el sujeto, pero ahora no en su contradicción o dialéctica, sino en la «identidad» de éste con aquel a través de valores. Pues la dignidad humana de los sujetos se vincula ahora no con el Estado, sino con la sociedad, y se logra a través de la identificación del sujeto con el conjunto de valores, principios, tradiciones culturales... que rigen en una sociedad¹⁷¹.

Como se verá, este conjunto de valores articulado en torno a la idea de dignidad puede considerarse equivalente al contenido del orden público defendido en este trabajo.

Por otro lado, la *dogmatización* de la Unión en los términos del constitucionalismo social permitirá dotar a dicho espacio de poder de la tercera función que ha venido desempeñando la constitución del Estado social en el marco del Estado nación, junto a la limitación del poder y la garantía de los derechos: la articulación del conflicto capital-trabajo para procurar el progreso social. La centralidad de la persona como única razón de ser del ordenamiento jurídico europeo y la generación de un sistema de valores propio permitirá subjetivar un espacio que, conforme a la lógica del capital, se ha construido, como se ha expuesto, a partir de la objetivación que deriva de la consideración del mercado como un fin en sí mismo y en el que los Estados miembros se han refugiado para escapar de aquel conflicto. De este modo, tal *dogmatización* permitirá visibilizar e introducir el conflicto en la UE y, por ende, politizar un espacio de poder en el que, hasta la fecha, han predominado los conflictos de intereses interestatales o entre Estados miembros y la Unión. Porque, como señala GUILLÉN LÓPEZ, «[s]ólo podremos alcanzar la supraestatalidad cuando la discrepancia política salga de los círculos nacionales» y alcance el nivel europeo¹⁷².

4.2.4. Una advertencia contextual: la crisis del Estado social.

En la presente tesis se defiende que una dogmatización del espacio constitucional europeo en los términos propios del constitucionalismo social es posible a partir del concepto de orden público, categoría que procura la centralidad de la dignidad humana en el ordenamiento jurídico-político. En definitiva, se trata de trasladar un concepto de la teoría constitucional estatal —previa reconstrucción o recomposición del mismo— al nivel de ejercicio del poder que constituye la Unión. Si bien dicha traslación se efectúa en términos teóricos —a partir de la categoría y sus elementos constitutivos—, no puede obviarse el

¹⁷¹ AGUILAR CALAHORRO, A. (2015b), *op. cit.*, p. 468.

¹⁷² GUILLÉN LÓPEZ, E., *op. cit.*, p. 159.

hecho de que, en el nivel de la realidad material, el orden público, como concepto nuclear del constitucionalismo social, puede verse afectado —en lo que se refiere a su contenido y funcionalidad—, al menos hipotéticamente, por la crisis que padece el Estado social europeo desde hace décadas.

Como se ha expuesto, el concepto de dignidad sobre el cual gravita la categoría de orden público exige la introducción en la constitución del conflicto capital-trabajo, pues la determinación de las pautas en que tal conflicto se desarrollará y de los instrumentos necesarios para su articulación deviene necesaria para procurar la mayor protección, promoción y efectividad de la dignidad humana. Por ello, una erosión en el funcionamiento de dichas pautas e instrumentos puede traducirse en una pérdida de primacía de la dignidad y en un debilitamiento de las funciones del orden público. En otros términos, el fin (la primacía de la dignidad) puede verse afectado por una pérdida de eficacia de los medios (los instrumentos de articulación del conflicto capital-trabajo).

Con la expresión «crisis del Estado social» nos referimos, según DE CABO DE LA VEGA, «a aquella situación en la que un estado es incapaz de cumplir (o sólo parcialmente y con inmensas dificultades puede hacer frente a) las funciones que la constitución social (y el bloque de poder en el que se basa) le atribuyen»¹⁷³. Sus orígenes pueden remontarse a la crisis económica de los años setenta¹⁷⁴ (y su recrudecimiento a la crisis financiera de 2008), si bien puede afirmarse que el Estado social está, por definición, en crisis¹⁷⁵, pues se

¹⁷³ CABO DE LA VEGA, A. DE, «La crisis del Estado social», en NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. (dir.), *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 60.

¹⁷⁴ A esta década pertenece el informe «*The Crisis of Democracy. Report on the Governability of democracies to the Trilateral Commission*» (1975), elaborado por Samuel P. Huntington (estadounidense), Michel J. Crozier (europeo) y Joji Watanuki (japonés), a instancias de la Comisión Trilateral, creada en 1973 por iniciativa del magnate David Rockefeller y que agrupaba a dirigentes y grandes empresarios de Estados Unidos, Europa y Japón. En este informe queda constancia de los problemas de legitimación del capitalismo tardío y, ante un pretendido agotamiento del Estado social, se esbozan los fundamentos de un neoliberalismo que, a diferencia de la teoría liberal clásica (el Estado no interviene), postula un modelo de aparato estatal al servicio de la lógica capitalista, en una nueva forma de gobierno en la que ha de primar la gobernabilidad sobre la democracia. CROZIER, M. J., HUNTINGTON, S. P. y WATANUKI, J., «Crisis of Democracy. Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission» (traducción de Bibiana Muñoz Clares), en *Sociología Histórica*, n.º 1, 2012.

¹⁷⁵ DE CABO MARTÍN aporta dos argumentos para sostener que el Estado social estuvo en crisis desde que apareció: por un lado, porque dependía de la difícil circunstancia de que no cesara el fuerte crecimiento económico iniciado en la posguerra; por otro lado, porque, fruto del pacto capital-trabajo, aquél tuvo que asumir limitaciones como el aumento de la burocracia o las rigideces del mercado laboral y éste tuvo que moderar sus pretensiones igualitarias y transformadoras. CABO MARTÍN, C. DE (2010), *op. cit.*, p. 88.

construye a partir de un conflicto irresoluble —un «conflicto irresuelto o aplazado»¹⁷⁶— y, por tanto, sobre un pacto capital-trabajo inestable. En los años setenta,

las crisis económicas que de modo cíclico se produjeron en las economías de mercado occidentales desataron el cuestionamiento generalizado del modelo. Por un lado, amenazaban los fenómenos inflacionistas y el aumento incontrolado del déficit público; por otro lado, las innovaciones tecnológicas y la necesidad de disminuir costes hizo aumentar el paro convirtiéndose en estructural[, a lo que se añadía que] el capital no obtenía rentabilidad suficiente y el estado, en suma, no podía satisfacer las demandas al no dispone de suficientes posibilidades recaudatorias¹⁷⁷.

La crisis del Estado social es un fenómeno, pues, mediante el cual, frente al teórico equilibrio entre capital y trabajo, las tesis neoliberalistas imperantes y su aplicación práctica al actual estado de la globalización han producido un retroceso del sujeto trabajo (de la primacía de la dignidad y, en definitiva, «lo social») —con particular afectación a las mujeres¹⁷⁸— en beneficio del capital (de la desregulación de las relaciones económicas y de un predominio de «lo económico»). Como señala SÁNCHEZ BARRILAO,

la economía lo desplaza y lo aplaza todo, a la par que la crisis justifica rebajas sociales (tanto prestacionales como meramente sustantivas), con lo que la política se ve apartada por una supuesta objetividad económica que sacrifica derechos sociales y que tiende a reducir el Estado social a mera garantía de subsistencia ante el riesgo de exclusión y de marginación¹⁷⁹.

Ello produce, según DE CABO MARTÍN, un cambio en la definición del sujeto, que pierde su carácter social o colectivo en favor de una concepción más individual¹⁸⁰, lo que acaba derivando en la asunción de una posición formal o subalterna en el ordenamiento jurídico-político:

[L]a situación del sujeto en la crisis del Estado social es, por una parte, la de ocupar formalmente, pues en este nivel no hay modificación, el centro del constitucionalismo que se puede seguir definiendo en virtud de los derechos y libertades individuales que se consagran y los mecanismos que se destinan a protegerlo [...], mientras que, por otra parte, pocas veces el sujeto individual ha significado menos en las nuevas relaciones jurídicas y sociales en las que lo definitorio es la

¹⁷⁶ CABO MARTÍN, C. DE (2019), *op. cit.*, p. 100.

¹⁷⁷ ASENSI SABATER, J. (1998), *op. cit.*, p. 169.

¹⁷⁸ Como señala ESQUEMBRE VALDÉS, uno de los ámbitos principalmente afectados por los programas de ajuste estructural es el del trabajo doméstico, de modo que «los escasos recursos del Estado del bienestar se ven drásticamente recortados, por lo que las funciones que anteriormente eran (parcialmente) cubiertas por el sector público, revierten de nuevo al ámbito familiar y, por tanto, a las mujeres». ESQUEMBRE VALDÉS, M. M. (2010), *op. cit.*, p. 79.

¹⁷⁹ SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., «Constitucionalismo, (neo)crisis del Estado social e integración europea», en PÉREZ MIRAS, A., TERUEL LOZANO, G. M. y RAFFIOTA E. C. (dir.), *Constitución e integración europea: Forma política, gobernanza económica, organización territorial*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 144.

¹⁸⁰ CABO MARTÍN, C. DE (2010), *op. cit.*, p. 105.

«complejidad» de un sistema (global) en el que las interrelaciones son prácticamente necesarias, están determinadas de manera irresistible y en las que el individuo ha pasado a ser más objeto que sujeto de derechos¹⁸¹.

Más adelante, el citado autor insistirá en esta pérdida de protagonismo del sujeto, que se traduce incluso en su propia destrucción o desaparición, frente al predominio del «sistema»:

La complejísima red de articulaciones, de intercambios, de funcionamiento prácticamente mecánico e interconectado hace que sea el «sistema» el protagonista[,] [...] el que exija sus propias demandas y autorreferencias. [...] La recomposición del sistema productivo del capitalismo moderno ha impuesto una transformación del sujeto y sus derechos, en el sentido de que el protagonista no es ya el sujeto individual ni la autonomía de la voluntad¹⁸².

Por otra parte, la crisis del Estado social no debe entenderse, según DE CABO MARTÍN, de manera aislada, sino como una afectación a la completa estructura del Estado social y democrático de Derecho. En efecto, aunque los tres conceptos conforman una unidad, están interrelacionados y son interdependientes,

no lo son en términos de estricta equiparación sino que [...] inicialmente el elemento determinante es el Estado social; y por ello la adecuación del Estado a la nueva fase del capitalismo desarrollado, en cuanto ha implicado en gran medida la desaparición del Estado social, influye decisivamente en forma negativa en los otros dos términos, de tal manera que aquella adecuación amenaza con destruir las posibilidades de realización y desarrollo del Estado democrático y quebrar las bases y erosionar los mecanismos del Estado de derecho¹⁸³.

Finalmente, sobre la situación de futuro de esta crisis del Estado social, ASENSI SABATER apunta a tres posiciones:

Primero, la de los neoliberales, que proponen aprovechar las reformas para reducir a la mínima expresión el papel del Estado y su presencia en la economía. Segundo, la de quienes proponen reformas que no pongan en peligro los contenidos del Estado Social otorgando al sector público un papel en la economía como garante del acceso de todos los ciudadanos al derecho a la salud, a la educación, la cultura y otros bienes sociales, y con ello, a la supervivencia del propio mercado. Tercero, la de quienes sostienen que la reforma de Estado Social es imposible dentro del capitalismo actual y propongan una Constitución política independiente de las determinaciones del mercado¹⁸⁴.

¹⁸¹ CABO MARTÍN, C. DE (2010), *op. cit.*, pp. 105-106.

¹⁸² CABO MARTÍN, C. DE, «El sujeto y sus derechos», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 7, 2001, p. 128.

¹⁸³ CABO MARTÍN, C. DE (1986), *op. cit.*, p. 17.

¹⁸⁴ ASENSI SABATER, J., «Origen e historia del Estado social», en NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. (dir.), *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 36.

PARTE I. LA CATEGORÍA DE ORDEN PÚBLICO.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Introducción

El objetivo de la tesis doctoral es plantear la posible traslación del concepto de orden público al nivel supranacional europeo de ejercicio de poder como medio para una dogmatización que permita dotar a la Unión de una constitución en el sentido estricto del término. Esta traslación, no obstante, requiere de una delimitación precisa del propio concepto de orden público. Toda categoría que pretenda ser rastreada en el Derecho de la Unión requiere de un conocimiento previo y profundo de sus caracteres en el marco del constitucionalismo estatal clásico, pero esta operación es si cabe más necesaria en un concepto que, como el de orden público, ha desaparecido prácticamente del debate jurídico-constitucional.

Frente a su frecuente utilización en el ámbito del Derecho internacional privado o del Derecho administrativo, se pretende recuperar el significado constitucional del orden público como núcleo dogmático-axiológico del ordenamiento constitucional. Por ello, en el Capítulo 1 pretendemos, en primer lugar, realizar una primera delimitación del concepto y sus caracteres esenciales a partir de las construcciones doctrinales realizadas al respecto. En segundo lugar, proponer una metodología de análisis a partir de la distinción de una doble dimensión del orden público, positiva y negativa, cada una de ellas con una vertiente interna y una vertiente externa. En tercer lugar, exponer los elementos constitutivos del concepto, determinar sus características y deslindarlo de conceptos análogos. En cuarto lugar, explicar el funcionamiento práctico de la categoría de orden público por parte de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Finalmente, relacionar la funcionalidad del concepto de orden público con la fundamentación dogmática del ordenamiento constitucional.

Aunque el objeto de nuestro trabajo es analizar el concepto de orden público en general y del orden público europeo en particular como medio para la dogmatización constitucional de la Unión, consideramos conveniente, dada la complejidad del mismo, detenernos en el análisis del orden público en el ordenamiento jurídico español para tratar así de ilustrar, mediante una aplicación al caso concreto más cercano que conocemos, las construcciones doctrinales elaboradas en el Capítulo 1. Para ello, realizaremos en el Capítulo 2, en primer lugar, un breve recorrido histórico por la utilización del concepto de orden público por parte del Derecho español, analizaremos en particular su presencia en el vigente texto constitucional y en la legislación española en vigor y concluiremos con un repaso somero por las principales sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que han abordado, directa o indirectamente, la temática objeto de estudio.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO 1. Reconstrucción del concepto, elementos constitutivos y funciones del orden público.

1. Una primera aproximación al intento de conceptualización del orden público.

En la ciencia del Derecho es habitual la utilización por parte del legislador de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, esto es, conceptos delimitados de manera general y abstracta cuyo concreto objeto depende de su aplicación en cada caso planteado¹⁸⁵. El aplicador del Derecho debe afrontar así la tarea de definir, al menos desde una vertiente operativa, unos conceptos que, pese a su vaguedad, son indispensables en todo ordenamiento jurídico¹⁸⁶. La nota de la indispensabilidad deriva de la vinculación del Derecho con la realidad social, de modo que los conceptos jurídicos indeterminados

¹⁸⁵ Sobre los conceptos jurídicos indeterminados, *vid.*, ARA PINILLA, I., «Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 21, 2004; MARTÍNEZ ESTAY, J. I., «Los conceptos jurídicos en el lenguaje constitucional», en *Revista de Derecho Político*, n.º 105, mayo-agosto 2019; ORTEGA GUTIÉRREZ, D., *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española: un avance doctrinal hacia su determinación a través de los elementos comunes de la casuística*, Dykinson, Madrid, 2009; RUIZ PALAZUELOS, N., «A vueltas con los conceptos jurídicos indeterminados y su control judicial», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 196, 2019.

¹⁸⁶ En este sentido, MARTÍN-RETORTILLO considera que el concepto jurídico indeterminado que vamos a analizar, el orden público, desempeña «un papel destacado en el conjunto de conceptos que utiliza cualquier sistema jurídico». MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Bajo el signo de la Constitución (Estudios de Derecho Público)*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1983, p. 411. LENAERTS va más allá: «*If the purpose of the law is to bring about some degree of order in society and ordre public is understood as a set of principles and values which expresses a society's basic political, economic, social and cultural choices, then the concept of ordre public would seem to be a condition sine qua non for the very existence of any legal order*». LENAERTS, K., «Foreword», en CORTHAUT, T., *EU Ordre Public*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn (Países Bajos), 2012, p. xi.

permiten al creador de la norma establecer las directrices y los límites normativos básicos en una determinada área regulable, descargando en el aplicador de aquélla la responsabilidad de adaptar el concepto según las concepciones sociales, morales y éticas vigentes en cada momento.

El orden público es un concepto jurídico indeterminado o un concepto subjetivo o en blanco¹⁸⁷ que, como tal, se caracteriza por la apertura de su contenido, pues no es posible ni necesario delimitar sus contornos con precisión, y por su carácter cambiante o dinámico, ya que el contenido identificable con el mismo dependerá de la situación concreta que requiere su activación y del contexto social en que se produce su aplicación. Es, además, un concepto «intuitivo», en cuanto «todos tenemos una cierta noción o intuición acerca de qué sea lo que se halla bajo tal denominación»¹⁸⁸.

La estrecha conexión del concepto de orden público con la realidad social constituye uno de los factores que aporta más complejidad al intento de definición del mismo. Así, por ejemplo, la doctrina francesa suele rechazar el establecimiento de una definición objetiva de orden público y delega en el juez la concreción del concepto según la conciencia social que refleja el ordenamiento jurídico¹⁸⁹. Y ello pese a que es en Francia donde debemos rastrear los orígenes del concepto. En efecto, la incorporación del orden público al Derecho positivo —en realidad, como se verá, de los instrumentos de protección del mismo— se encuentra, según LLOPIS GINER¹⁹⁰, en los objetivos perseguidos en un momento histórico concreto. Este autor sitúa en el Código civil napoleónico de 1804 la primera utilización del término de orden público con la finalidad de consagrar los valores auspiciados por la Revolución francesa¹⁹¹. En su opinión, el orden público estaría integrado

¹⁸⁷ MONTALVO ABIOL, J. C., «Concepto de orden público en las democracias contemporáneas», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 22, 2010-II, p. 198.

¹⁸⁸ MARTÍN PARDO, A., «El concepto de orden público a la luz de un estudio comparado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., FERNANDA PALMA, M., GARCÍA PÉREZ, O. y PRATA ROQUE, M., *La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho interno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 393.

¹⁸⁹ MONTALVO ABIOL, J. C., *op. cit.*, p. 218. El orden público sería así «la organización social vista a través de la conciencia del juez, que representa la conciencia jurídica media de la colectividad». BERNARD, P., *La notion d'ordre public en droit administratif*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1962, pp. 260-261.

¹⁹⁰ LLOPIS GINER, J. M., «El orden público: módulo general delimitativo de licitud», en PRATS ALBENTOSA, L. (coord.), *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, vol. I, Departament de Dret Civil, Universitat de València, Valencia, 1996, p. 288.

¹⁹¹ Su art. 6 establecía que «[n]o se pueden derogar por pactos particulares las leyes que afecten al orden público y las buenas costumbres» y el art. 1133 que «[e]s ilícita la causa cuando está prohibida por la ley, y cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público» (traducción propia).

por un conjunto de valores, los resultantes de la Revolución francesa (aquello que nosotros calificaremos más adelante como dimensión positiva), que requieren de instrumentos jurídicos para su defensa y para la conformación, finalmente, de un nuevo orden social; instrumentos que adquirieron la fórmula de cláusulas de orden público en el Código civil (los equivalentes a la dimensión negativa del concepto, que será desarrollada con posterioridad).

Este nuevo *orden social* sería *público* porque se fundamentaba en el pueblo: SMEND explica que

[p]ara la revolución francesa, el nuevo orden constituye algo inmerso en la «publicidad», en cuanto que es el orden que impone un ente comunitario revolucionario, un orden que descansa sobre la base de la soberanía popular, es decir, un orden anti-feudal que representa la supresión de los derechos feudales, irracionales, heredados del anterior estado de cosas: un orden pues racional y justo en contraste con la irracionalidad e injusticia de aquel orden anterior. [...] [E]l nuevo orden [...] exige [...] la aprobación del pueblo, de la opinión pública: su exactitud, justicia y necesidad son evidentes, se manifiestan abiertamente, públicamente, pero se manifiestan también en el hecho de la conservación del juego público de los nuevos poderes constitucionales¹⁹².

La proximidad del concepto de orden público a la realidad social y, consecuentemente, su aparente alejamiento respecto del Derecho ha motivado su tradicional calificación como instituto extralegal, cuyo contenido depende más de consideraciones metajurídicas como las morales o las éticas que del ámbito de las ciencias jurídicas. Este argumento, junto con la proximidad al concepto de seguridad pública fomentado por la normativa de orden público franquista¹⁹³, podría explicar el abandono de la doctrina jurídica en el intento de conceptualización del orden público¹⁹⁴.

¹⁹² SMEND, R., *Constitución y Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 282.

¹⁹³ Para CALVO ÁLVAREZ la noción de orden público se vulgarizó y perdió trascendencia jurídica como consecuencia de la influencia de lo administrativo. CALVO ÁLVAREZ, J., *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1983, p. 37. En efecto, «[e]s sabido cómo la noción de seguridad y orden públicos, entendida unitariamente, acabó siendo, a través de un proceso de reducción conceptual del concepto de policía en el Estado preconstitucional, el contenido mismo de la actividad policial y una técnica de intervención en la esfera de libertad de los particulares». CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, n.º 27, 1990, p. 11.

¹⁹⁴ Según VAN DER MEERSCH, la noción de orden público escapa a la lógica y el rigor del Derecho. VAN DER MEERSCH, G., «La CEDH a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public?», en *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international, Actes du 2º colloque sur la CEDH*, Viena, 18 al 20 de octubre de 1965, PU de Bruxelles, 1968, p. 156. En un sentido similar se pronuncian AUBY y DRAGO, según los cuales el orden público se presenta como un cierto orden establecido en una sociedad determinada, pero es más una sensación subjetiva que no se puede explicar racionalmente. AUBY, J.-M. y DRAGO, R., *Traité de contentieux*

Por otra parte, el concepto de orden público se encuentra necesariamente conectado con el de ordenamiento jurídico, pero no es plenamente coincidente con él. El ordenamiento jurídico puede ser definido como un conjunto coherente de normas articuladas en torno a determinados principios y valores. El orden público, por su parte, como analizaremos a continuación, proporciona un fundamento dogmático, de carácter axiológico, al ordenamiento jurídico. De esta manera, el orden público requiere de un ordenamiento jurídico, del que constituirá su núcleo¹⁹⁵ y a partir del cual extraerá su contenido. CALVO ÁLVAREZ considera que la noción de orden público es «uno de esos fundamentales dispositivos que posee el ordenamiento jurídico, que garantizan la efectiva orientación de éste hacia la consecución de un orden social justo»¹⁹⁶.

El orden público, en definitiva, representa el canal de comunicación entre el ordenamiento jurídico y la sociedad —las concepciones o sentimientos vigentes en la misma—¹⁹⁷. Deviene necesario, sin embargo, realizar una clarificación de dicha conexión. La misma no puede referirse a la comprensión del Derecho como ciencia social, pues el

administratif, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1975, p. 1060. Ambos a través de SUDRE, F., «Existe-t-il un ordre public européen?», en TAVERNIER, P. (ed.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme? Le Cour de Strasbourg et la réalisation d'une «union plus étroite» (35 années de jurisprudence: 1959-1994)*, Bruylant, Bruselas, 1996, p. 41. No obstante, existen destacables excepciones a esta generalidad respecto al estudio del orden público. Así, uno de los autores españoles que más ha estudiado el concepto de orden público es MARTÍN-RETORTILLO: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *La cláusula de orden público como límite —impreciso y creciente— al ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid, 1975; «El orden público como límite al derecho de libertad religiosa», en RAMÍREZ JIMÉNEZ, M. (coord.), *El desarrollo de la Constitución Española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1983; «Notas para la historia de la noción de Orden público», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 36, 1983. Asimismo, el concepto fue estudiado desde la profundidad propia de las investigaciones doctorales en PORRES AZKONA, J. A., *Orden público y poder ejecutivo* (Tesis doctoral inédita), Universidad Complutense de Madrid, 1976.

¹⁹⁵ Según STRUYCKEN, «*un ordre juridique et une communauté juridique ne peuvent exister sans un ordre public, et inversement, [qu']un ordre public ne peut exister sans un ordre juridique ou communauté juridique dont il constitue le noyau*». STRUYCKEN, T., «L'ordre public de la Communauté Européenne», en AA. VV., *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 620. También en la doctrina francesa PICARD sostiene que el orden público desempeña una función de acabado o perfeccionamiento del ordenamiento jurídico en el que se inserta. PICARD, E., «L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public», en *Actualité Juridique. Droit Administratif*, número especial, 1996, p. 61.

¹⁹⁶ CALVO ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 48.

¹⁹⁷ En este sentido, CALVO ÁLVAREZ considera que una noción actualizada del orden público, sin llegar a confundirse con el orden jurídico, está más cerca de éste que de una mera situación de normalidad fáctica (el normal funcionamiento de las instituciones y el libre ejercicio de los derechos). CALVO ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 83. Opina, además, que «[l]a noción de orden público expresa algo así como la trabazón de las convicciones sociales imperantes en una comunidad con el ordenamiento jurídico: es expresión de lo que constituye el Derecho en algo vivo y realmente vigente». CALVO ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 122. Respecto a la vinculación del orden público con la realidad social, MONTALVO ABIOL apunta las similitudes de dicho concepto con el de «interés social». MONTALVO ABIOL, J. C., *op. cit.*, p. 198.

Derecho está llamado, en su conjunto, a atender y responder a las demandas sociales. Tampoco puede reducirse a la operación de determinación de las necesidades sociales demandantes de regulación. Por el contrario, el orden público expresa los sentimientos sociales respecto al modo en que debe llevarse a cabo dicha regulación. Actúa, pues, como una guía axiológica que debe garantizar la coherencia de un ordenamiento jurídico con la sociedad en la que se imbrica.

La coherencia, sin embargo, constituye la característica identitaria del concepto de ordenamiento jurídico, pero no tanto del orden público. Un ordenamiento jurídico se diferencia precisamente del mero conjunto de normas (que puede derivar, por ejemplo, de un tratado internacional), en la coherencia del mismo en torno a un núcleo axiológico. El orden público, por el contrario, exige que la coherencia del ordenamiento jurídico se produzca con una determinada finalidad, de modo que el concepto aporta un concreto sentido a aquél. El orden público exige, en particular, la centralidad de determinados valores y la promoción y efectiva protección de uno en concreto, que ya aventuramos: la igual dignidad humana o, en términos generales, la persona¹⁹⁸.

Lo manifestado hasta este momento esboza el concepto de orden público que, desde el ámbito jurídico-constitucional, defendemos en el presente trabajo. No obstante, la utilización del concepto en todas las ramas del Derecho y en el ámbito extrajurídico exige el análisis del mismo desde el mayor número de perspectivas posibles. Para ello, debemos focalizar nuestra atención en la reconstrucción del concepto a partir de sus elementos de generalizada aceptación. En este sentido, es interesante analizar, desde el punto de vista etimológico, la expresión «orden público». «Orden» procede del latín *ōrdo*, *-īnis*, que significa «fila», «hilera», «orden», «sucesión», «distribución regular» e incluso «trama»¹⁹⁹ y «clase social»²⁰⁰. El término remite así a una idea de regularidad o de disposición metódica o lógica de los elementos. Por su parte, «público» tiene su origen en el adjetivo

¹⁹⁸ Utilizaremos indistintamente los términos «dignidad» y «persona» para referirnos a la misma realidad, pues, a efectos de nuestro estudio, no es necesario establecer otra delimitación conceptual entre dichos términos que la relativa a la consideración del primero como valor y del segundo como objeto del que aquél se predica; como afirma GONZÁLEZ PÉREZ, la dignidad de la persona es «el rango de la persona como tal». GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, p. 24.

¹⁹⁹ SEGURA MUNGUÍA, S., *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas*, 3.ª ed., Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

²⁰⁰ VOX (2008). *Diccionario ilustrado Latino-Español, Español-Latino*, Spes (21.ª ed.). Larousse Editorial, Barcelona.

latino *pūblīcus*, *-a*, *-um*, «del pueblo», «del Estado», «común». Podría interpretarse de este modo que el orden público es el concepto que describe la regularidad existente en una comunidad, esto es, el método o la lógica que explica la disposición de los diversos elementos que la componen.

Por su parte, desde el punto de vista semántico, de acuerdo con la Real Academia Española²⁰¹ el término «orden» significa «[c]olocación de las cosas en el lugar que les corresponde» (primera acepción), «[c]oncierto, buena disposición de las cosas entre sí» (segunda acepción) o «[r]egla o modo que se observa para hacer las cosas» (tercera acepción). Implica, por tanto, un equilibrio entre distintos elementos según determinadas pautas preestablecidas cuya observancia produce un conjunto armónico. Por su parte, «público» quiere decir «[p]erteneciente o relativo al Estado o a otra Administración» (tercera acepción). El adjetivo «público», en consecuencia, aporta al sustantivo adyacente una vocación social o general, que proceda de, o se oriente hacia, la consecución de intereses generales. Analizando los conceptos por separado, por tanto, el sintagma «orden público» se refiere a un conjunto, equilibrado y armónico, de elementos propios del Estado o, con carácter general, de la sociedad.

La Real Academia Española aporta asimismo tres acepciones específicas de la entrada conjunta «orden público». Según la primera acepción, el orden público es la «[s]ituación de normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, en la que las personas ejercen pacíficamente sus derechos y libertades». Esta acepción haría referencia al orden público como situación de hecho en la que, como consecuencia de la ausencia de elementos perturbadores, se produce un normal desenvolvimiento de las instituciones y un normal ejercicio de los derechos.

Las siguientes dos acepciones están referenciadas como pertenecientes al ámbito del Derecho. Según la segunda, el orden público sería el «[c]onjunto de principios informadores del orden social que constituyen un límite a la libertad de pactos». Por primera vez, se aporta una definición positiva del orden público, como conjunto de principios, aunque construida a partir de la utilidad del concepto: el orden público como motivo justificador de la limitación a la autonomía de la voluntad. La tercera acepción

²⁰¹ Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española (23.ª ed.). Consultado en <<http://www.rae.es/>>.

apunta al «[c]onjunto de principios y valores que se estiman fundamentales en un orden jurídico nacional y que impiden la aplicación, en otro caso obligada, de la ley extranjera». Esta acepción reproduce la estructura de la segunda: se parte de una definición positiva, que añade los valores a los principios y la nota de la *fundamentalidad*, para, a continuación, vincular el concepto a otra función: impedir la aplicación de la ley extranjera, cláusula de orden público propia del Derecho internacional privado²⁰².

Los diccionarios jurídicos, por su parte, no contribuyen por lo general a clarificar el concepto. Con carácter ejemplificativo, el Diccionario Jurídico Básico de la editorial Comares aporta como entrada al orden público: «Doctrinalmente y de forma restringida se puede considerar que equivale a tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana»²⁰³. Se utiliza un concepto de orden público, por tanto, focalizado en su dimensión como situación de hecho²⁰⁴.

Las líneas anteriores ponen de manifiesto la complejidad del concepto de orden público: en ocasiones, es utilizado para referirse a una situación de hecho caracterizada por la paz o tranquilidad social²⁰⁵, el normal funcionamiento de las instituciones y/o el normal, libre y pacífico ejercicio de los derechos derivado de la ausencia de conflictos o disturbios en la sociedad. En otras ocasiones, la construcción del concepto se produce a partir de su función o utilidad: el orden público como justificación de la imposición de límites a la

²⁰² Aunque será objeto de explicación en un apartado específico, podemos anticipar los siguientes ejemplos de cláusulas de orden público presentes en diferentes instrumentos de Derecho internacional privado: art. 107.6 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro («Lo dispuesto en los números precedentes se entenderá sin perjuicio de las normas de orden público contenidas en la ley española, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato de seguro contra daños»); art. 21 del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) («Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro»); art. 10 del Convenio sobre la Ley aplicable en materia de Accidentes de Circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971 («La aplicación de alguna de las leyes cuya competencia declara el presente Convenio no podrá ser rechazada salvo que sea manifiestamente contraria al orden público»).

²⁰³ ARCO BLANCO, M. A. DEL, ARCO BLANCO, A. I. DEL (coords.), CÓRDOBA CAMPOS, M. R., GARCÍA BLÁZQUEZ, M., MORALES PAYÁN, M. A., PÉREZ PINEDA, B., SANTA-OLALLA FERNÁNDEZ-FIGARES, M. DE, *Diccionario básico jurídico*, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, 9.ª ed., Comares, Albolote (Granada), octubre de 2016.

²⁰⁴ Éste es también el sentido que aporta, desde una perspectiva administrativista, PRIETO ÁLVAREZ, para quien el orden público es un «bien jurídico consistente en la pacífica y normal convivencia en sociedad, protegido por la Administración más allá de las elementales garantías penales». PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 67.

²⁰⁵ El Tribunal Supremo consideró que «el orden público es un concepto jurídico que puede integrar en su contenido expansivo al de “tranquilidad pública”». Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia 4027/1991, de 10 de julio, ECLI:ES:TS:1991:4027, FJ 6.

autonomía de la voluntad, al ejercicio de derechos, a la aplicación en un ordenamiento jurídico de legislación extranjera o al reconocimiento o ejecución en el mismo de resoluciones extranjeras. Finalmente, en escasas ocasiones se diseña un contenido propio del concepto que sirva, precisamente, a las dos anteriores concepciones del orden público. En este último sentido, suele apuntarse al orden público como conjunto de valores y principios que se estiman fundamentales.

Realizada esta breve introducción etimológica y semántica, nos proponemos ofrecer una conceptualización teórica unitaria del orden público. El principal obstáculo al que se enfrenta esta tarea reside en la dificultad de encontrar en nuestra doctrina construcciones acabadas del concepto de orden público. Por el contrario, el legislador, la jurisprudencia y la doctrina han utilizado el concepto desde su operatividad en un determinado ordenamiento jurídico —a partir de su funcionamiento en las diversas ramas jurídicas—, por lo que, pese a la asunción unánime del orden público como elemento de protección, no existe claridad acerca del concreto objeto de dicha protección. En las siguientes líneas nos proponemos caracterizar definitivamente el orden público partiendo de las ideas preexistentes y de las diferentes dimensiones del mismo.

2. Las dimensiones del concepto de orden público.

La mayor parte de las referencias existentes en el ordenamiento jurídico español al orden público lo identifican como excepción o cláusula²⁰⁶, esto es, como elemento limitador²⁰⁷. De este modo, «razones de orden público» justifican, por ejemplo, las limitaciones a las manifestaciones del ejercicio de la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1 CE); impiden la renuncia al ejercicio de los derechos (art. 6.2 CC); o justifican el no

²⁰⁶ Debemos precisar, no obstante, que desde la perspectiva del Derecho internacional privado, la cláusula de orden público (también denominada «excepción» o «reserva» de orden público) comprende únicamente la exclusión de la aplicabilidad de la ley extranjera designada por la norma de conflicto cuando el resultado de su aplicación resulta incompatible con los principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico del foro. Cfr. BOUZA VIDAL, N., «La salvaguarda del orden público en los contratos internacionales: enfoque de Derecho Internacional Privado y su adaptación en el Derecho europeo», en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho. El orden público interno, europeo e internacional civil: Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal, catedrática de Derecho Internacional Privado*, número extraordinario, abril de 2017, pp. 79-80.

²⁰⁷ PRIETO ÁLVAREZ denuncia que «entender la denominada usualmente “cláusula de orden público” simplemente como una cláusula limitadora de los derechos y libertades de los ciudadanos [...] resulta, en muchos casos, una visión parcial y negativa. ¿No debe ser su primera finalidad, precisamente, la protección de los derechos y libertades públicos?». PRIETO ÁLVAREZ, T., *op. cit.*, p. 31.

reconocimiento en España de una resolución judicial extranjera (art. 46.1.a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil). En este último caso, la argumentación del motivo por el que, en concreto, un acto, contrato o resolución extranjera son contrarios al orden público se reduce a su confrontación con la coherencia del ordenamiento jurídico español: la cláusula de orden público operará, pues, cuando los efectos del acto, contrato o resolución extranjera no sean admisibles según las concepciones dominantes en una sociedad. Aunque susceptible de matizaciones, lo dicho debe servir para percibir una doble dimensión en el análisis metodológico del concepto de orden público: la dimensión positiva (aquel contenido que justifica las limitaciones o exclusiones a los derechos) y la dimensión negativa (los instrumentos de protección de ese contenido *positivo* del orden público).

2.1. La dimensión positiva.

En virtud de las excepciones o cláusulas de orden público es posible la exclusión del ejercicio de derechos o del reconocimiento de resoluciones extranjeras por motivos o razones de orden público. La dimensión positiva del concepto se refiere a la propia definición del mismo, esto es, a la identificación de aquellos elementos que justifican las referidas exclusiones. Esta dimensión opera en un plano puramente teórico o, según algunos autores, normativo²⁰⁸. Constituye principalmente un instrumento en manos de la academia científica que debe dotar al aplicador e intérprete del Derecho de un contenido del orden público que justifique su carácter excluyente o limitador del ejercicio de derechos. Por ello, es difícil encontrar definiciones positivas del concepto de orden público en la legislación, pese a la necesidad de identificar un fundamento justificativo a la activación de las excepciones o cláusulas de orden público.

²⁰⁸ En este sentido, GONZÁLEZ CAMPOS y FERNÁNDEZ ROZAS consideran que el «orden público en sentido normativo» hace referencia al «sistema de valores en el que se inspira el ordenamiento jurídico en su totalidad». GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Artículo 12, apartado 3 del Código Civil 12.3», en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (eds.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, Edersa, Jaén, 1995, p. 905. IZU BELLOSO lo denomina «orden público formal o en sentido amplio», tratándose de un «concepto elaborado doctrinal y jurisprudencialmente» que haría referencia al «orden general de la sociedad». IZU BELLOSO, J. M., «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 58, 1988, p. 234. LLOPIS GINER identifica la dimensión positiva del orden público con un «orden público ideal» formado por principios y normas que se integrarían en un sistema coherente y unitario de valores y principios que inspiraría un sistema. LLOPIS GINER, J. M., *op. cit.*, p. 286.

Podemos distinguir, a su vez, una vertiente interna y una vertiente externa en la dimensión positiva del orden público. La vertiente interna trata de ofrecer un contenido al concepto de orden público en función del ordenamiento jurídico del que depende: reconstruye el concepto a partir de los valores, principios y derechos de aquél. La vertiente externa, por su parte, se refiere al orden público como elemento identificativo de un determinado ordenamiento jurídico frente a otros. Así, actúa como un elemento de distinción pero también de convergencia con otros ordenamientos jurídicos.

2.1.1. Vertiente interna.

El orden público es un concepto jurídico indeterminado de carácter, al menos, metapositivo, pues actúa en aquellas situaciones en que no existe una norma jurídica directamente aplicable. Sin embargo, no se trata de un concepto metajurídico o extrajurídico, extraño y ajeno al Derecho²⁰⁹. El orden público es un concepto jurídico de carácter axiológico compuesto fundamentalmente por valores y sus dos manifestaciones o concreciones más relevantes: principios y derechos²¹⁰. Debe rechazarse la inclusión de consideraciones de índole social, moral o ética, en primer lugar, por la intrínseca dificultad de concreción, desde una óptica jurídica, de los conceptos «social», «moral» o «ético». Pero, sobre todo, porque los valores jurídicos ya tienen en consideración los elementos «sociales», «morales» o «éticos»²¹¹. Los valores enumeran cláusulas generales o

²⁰⁹ Para DE BARTOLOMÉ CENZANO, pueden advertirse dos planteamientos doctrinales acerca de la determinación conceptual del orden público: una corriente *iusnaturalista* o metajurídica y una corriente positivista. La primera fundamentaría el orden público en «consideraciones alejadas del propio Derecho positivo, en planteamientos no jurídicos, [...] en consideraciones metajurídicas»; la segunda lo haría en una «interpretación rígida del principio de legalidad, [...] sobre criterios estrictamente jurídicos». BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. DE, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 126. Nuestra posición, sin embargo, no es exactamente encuadrable en ninguna de las dos, especialmente porque parece deducirse de dicha clasificación que lo no positivo no es jurídico. Por el contrario, concebimos el orden público como un concepto no positivo pero sí eminentemente jurídico.

²¹⁰ Esta posible definición es acogida desde la perspectiva del Derecho internacional privado. Según GARCIMARTÍN ALFÉREZ, el contenido del orden público «se integra a partir de los valores y principios fundamentales del ordenamiento español». GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 294. Por su parte, DE BARTOLOMÉ CENZANO considera que «[t]ratándose el orden público de un límite de derechos fundamentales, el operador jurídico deberá intentar su interpretación y aplicación inmediata o mediata desde la propia Constitución; a través de los derechos, principios y valores que se derivan de la misma». BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. DE, *op. cit.*, p. 70.

²¹¹ Según LLOPIS GINER, el orden público es una zona de unión entre la moral y el Derecho, porque integra valores morales y jurídicos: «[C]uando la Moral y Derecho están relacionados en una conexión básica, esa zona es, a mi juicio, la que se integra como orden público, ese tercer orden que recoge en sí mismo los valores morales y jurídicos, que por ser fundamentales en un sistema cobran una significación especial, de tal forma

finalidades²¹² que se determinan en función de las concepciones morales o de otra índole presentes en una determinada sociedad en un momento concreto²¹³.

Esta conexión de los valores y, por ende, del orden público, con la realidad social²¹⁴ explica el carácter cambiante o dinámico del mismo, pues su concreto contenido dependerá de la evolución de la sociedad, los sentires sociales, las concepciones éticas y

que deben ser defendidos tanto del propio Estado, como de leyes extranjeras, como de las propias partes mediante los acuerdos habidos entre ellas». LLOPIS GINER, J. M., *op. cit.*, p. 296. Para PRIETO ÁLVAREZ, en cambio, la «moralidad pública» (que se diferenciaría de la «moral» en que depende de la sensibilidad social) sería un componente del orden público. PRIETO ÁLVAREZ, T., *op. cit.*, p. 151 y ss.

²¹² FREIXES SANJUÁN, T. y REMOTTI CARBONELL, J. C., «Los valores y principios en la interpretación constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, n.º 35, mayo-agosto de 1992, p. 98. Del mismo modo, «las ideas y principios jurídicos forman parte también del Derecho positivo, dentro del cual representan un imprescindible elemento dinámico y un “réservoir”, a partir del cual se desarrolla un proceso interrumpido de concretización, el Derecho judicial del caso». HENKEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho*, Taurus, Madrid, 1968, pp. 122-123.

²¹³ Procede recordar en este sentido la postura mantenida por KELSEN en relación con los valores, expresiva del relativismo que preside su obra. En su célebre obra *¿Qué es justicia?*, KELSEN considera los valores un producto social que, como tales, varían en función de la sociedad en la que se predicen: «Un sistema de valores real no lo crea arbitrariamente un individuo aislado, sino que resulta de las influencias mutuas entre individuos de un mismo grupo, ya sea una familia, una tribu, un clan, una casta, una profesión, o en unas circunstancias política y económicas determinadas. Cualquier sistema de valores, especialmente un sistema de valores morales y la idea central de Justicia que lo caracteriza, es un fenómeno social que resulta de una sociedad y, por tanto, difiere según la naturaleza de la sociedad en que se presenta». KELSEN, H., *¿Qué es justicia?*, Ariel, Barcelona, 1982, p. 42. El relativismo axiológico kelseniano exige un entendimiento del concepto de valor como elemento conflictual: «El problema de los valores es en primer lugar un problema de conflicto de valores, y este problema no puede resolverse mediante un conocimiento racional. La respuesta a estas preguntas es un juicio de valor determinado por factores emocionales y, por tanto, subjetivo de por sí, válido únicamente para el sujeto que juzga y, en consecuencia, relativo». KELSEN, H., *op. cit.*, p. 39. Así, por ejemplo, afirma que no es posible decidir entre la vida o el interés y honor de la nación como valor supremo: «Es imposible decidir de un modo racional y científico entre estos dos juicios de valor que se oponen. En último término, deciden nuestro sentimiento, nuestra voluntad, no nuestra razón; el elemento emocional de nuestra conciencia, no el racional, es el que decide en este conflicto». KELSEN, H., *op. cit.*, pp. 39-40. Este componente de conflicto también se encuentra presente en SCHMITT, que llega incluso a hablar de una «tiranía de los valores»: «[L]o específico del valor estriba en que solamente *vale* y no *es*», por lo que «los valores se establecen y se imponen. Quien afirma su validez tiene que hacerlos valer [...]. [L]os valores siempre valen *para* alguien. Aparece ahora, desgraciadamente, el “reverso fatal”: también valen siempre *contra* alguien. [...] El valor mayor tiene el derecho y hasta el deber de someter al valor inferior, y el valor, como tal, tiene toda la razón de aniquilar el sinvalor como tal. [...] Esta es, precisamente, la “tiranía de los valores”, que entra poco a poco en nuestra conciencia». SCHMITT, C., «La tiranía de los valores», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 115, enero-febrero 1961, pp. 71, 73 y 75.

²¹⁴ Esta vinculación entre orden público y sociedad se aprecia de manera evidente en la definición que de aquel concepto, en relación con su presencia en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), se realiza en los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1984): «La expresión “orden público” tal como se utiliza en el Pacto se puede definir como el conjunto de normas que aseguran el funcionamiento de la sociedad o el conjunto de principios fundamentales en que se basa dicha sociedad. El respeto de los derechos humanos es parte del orden público». Situación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Nota verbal de fecha 24 de agosto de 1984 enviada al Secretario General por el Representante Permanente de los Países Bajos ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. Anexo: Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/1985/4, de 28 de septiembre de 1984.

morales imperantes, etc.²¹⁵, y no tanto de modificaciones legislativas, como podría deducirse de un orden público compuesto exclusivamente de normas positivas²¹⁶.

Los cambios sociales y las modificaciones legislativas operan en dos niveles distintos, que, en ocasiones, pueden llegar a convergir. Por ejemplo, hasta la década de los años noventa del siglo xx, el matrimonio homosexual podría haber sido considerado contrario al orden público español, en atención a que los dominantes sentires sociales, morales e, incluso, religiosos, no reconocían matrimonio alguno distinto al heterosexual. Además, la posibilidad de matrimonio homosexual no estaba permitida por el art. 44 CC²¹⁷. Sin embargo, a partir de la década de los noventa, como consecuencia de la generalizada y progresiva aceptación social de la homosexualidad, resultaría difícil sostener que el matrimonio entre personas del mismo sexo era efectivamente contrario al orden público español; simplemente no estaba permitido por el ordenamiento jurídico. Por tanto, las concepciones sociales y la legislación no coincidían. Con la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio²¹⁸, el matrimonio homosexual no sólo no sería ya contrario al orden público español, sino que además estaría explícitamente permitido por su legislación. De hecho, el debate actual sobre la relación entre el orden público y el matrimonio homosexual sería

²¹⁵ Esto explica, por ejemplo, que la Corte Constitucional de Colombia haya incluido en el contenido del orden público la protección del medio ambiente: «[L]a importancia constitucional del medio ambiente sano, elemento necesario para la convivencia social [...] implica reconocer que el concepto clásico de orden público, entendido como “el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos” [Corte Constitucional de Colombia (Sala Plena), sentencia C-024/94, de 27 de enero de 1994, expediente D-350; FJ 4.2], debe completarse con el medio ambiente sano, como soporte del adecuado desenvolvimiento de la vida en sociedad. En este sentido, el orden público debe definirse como las condiciones de seguridad, tranquilidad y de sanidad medioambiental, necesarias para la convivencia y la vigencia de los derechos constitucionales, al amparo del principio de dignidad humana». Corte Constitucional de Colombia (Sala Plena), sentencia C-225/17, de 20 de abril de 2017, expediente D-11648; apdo. 43.

²¹⁶ No compartimos la opinión de CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, para quien «el orden público solo puede ser un orden positivo, esto es, un orden establecido por el Derecho y no por ser una difusa conciencia social que no tenga traducción en las normas jurídicas. Así, solo será constatable una perturbación del orden público si efectivamente ha existido violación de derechos, bienes jurídicos o libertades de los particulares o si se ha visto afectado el ejercicio de las competencias públicas reguladas en el Ordenamiento jurídico». CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., *op. cit.*, p. 17. Como se verá, el Derecho no se reduce a las normas positivas.

²¹⁷ El art. 44 CC establecía que «[e]l hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código», según la redacción dada por el art. 1 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

²¹⁸ El art. 44 CC quedaba redactado en los siguientes términos: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo».

sensiblemente distinto: si con anterioridad se discutía la aceptabilidad del matrimonio homosexual por el orden público español, ahora debemos preguntarnos si la prohibición del matrimonio homosexual es posible según aquél (en relación con posibles ejecuciones en España de actos jurídicos extranjeros o con litigios de extradición)²¹⁹.

A pesar de que el contenido del orden público procede en cierta medida de las exigencias y concepciones sociales, no podemos compartir la opinión de quienes consideran el orden público un concepto no jurídico²²⁰, porque ello equivaldría a confundir el Derecho con las disposiciones positivas²²¹. Como afirma DE BARTOLOMÉ CENZANO,

la labor de ponderación entre el límite y el derecho deberá realizarse [...] a partir de unos parámetros objetivos que delimiten o permitan delimitar el concepto de orden público; dichos parámetros deben ser jurídicos y [...] pueden sistematizarse a partir de la propia Constitución, sus antecedentes históricos, contexto social, y de la propia jurisprudencia constitucional o internacional²²².

El «valor», como concepto jurídico²²³, no pierde su carácter jurídico por su alejamiento, en mayor o menor medida, de las normas positivas.

²¹⁹ El orden público fue, precisamente, el argumento esgrimido por el Tribunal Constitucional de Chile para rechazar la inscripción en dicho país de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo celebrado en España: «[E]l orden público familiar se encuentra estatuido principalmente en los cuerpos legales citados, constituyendo el vínculo matrimonial entre un hombre y una mujer la forma jurídicamente recomendada para formar familia». Tribunal Constitucional de Chile (Segunda Sala), sentencia 7774-2019, de 25 de junio de 2020; FJ 15. Sobre el significado del orden público y su afectación en este concreto caso, *vid.* el voto disidente formulado por María Luisa Brahm Barril, Gonzalo García Pino, Nelson Pozo Silva y María Pía Silva Gallinato.

²²⁰ Para LLOPIS GINER, el orden público no es un orden estrictamente jurídico, esto es, no está integrado solamente por aquellos principios o normas recogidos en el Derecho positivo. De este modo, identifica Derecho con Derecho positivo, por lo que si un elemento no se encuentra proclamado en el Derecho positivo, no forma parte de ordenamiento jurídico. LLOPIS GINER, J. M., *op. cit.*, p. 284.

²²¹ Tesis defendida por el positivismo jurídico, uno de cuyos principales exponentes es Kelsen: «La Jurisprudencia, como *ciencia* del Derecho, tiene por objeto las normas positivas. Sólo el Derecho positivo puede ser el objeto de la ciencia jurídica. Éste es el principio que caracteriza al positivismo legal en oposición a la doctrina iusnaturalista, la cual pretende presentar normas legales que no han sido creadas por actos humanos, sino que se deducen de la naturaleza». Kelsen, H., *op. cit.*, p. 265. *Vid.* al respecto, Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Trotta, Madrid, 2011. En su célebre obra *Derecho constitucional comparado*, sobre la que tendremos ocasión de detenernos más adelante, GARCÍA-PELAYO critica vehementemente esta corriente doctrinal, según la cual «lo jurídico se identifica con lo legal; no existe más derecho que el expresado en la ley» (p. 57): «No es posible comprender los preceptos constitucionales en su aislamiento, mediante un método abstracto, sino solamente en relación con una totalidad que no se agota en modo alguno en el puro orden normativo, sino que se extiende a las situaciones políticas, sociales, etc. [...] [L]a finalidad no es extraña, sino esencial a la norma y determinante de su estructura, pues la norma es, por definición, un *deber ser*, no un *tener que ser*, lo que quiere decir que entre las diversas regulaciones posibles se ha elegido una, y esta elección ha venido condicionada por la finalidad requerida y con arreglo a las posibilidades que ofrece la situación». GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, p. 63.

²²² BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. DE, *op. cit.*, pp. 68-69.

²²³ Según CALVO ÁLVAREZ, «[e]l orden público es una noción propiamente jurídica». CALVO ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 278.

Resulta necesario, en cualquier caso, establecer la relación entre los conceptos de «valor» y de «orden público». El orden público no constituye una simple suma agregada de valores, pues no es una categoría axiológicamente neutra; actúa como catalizador del ordenamiento jurídico del cual se predica hacia una determinada finalidad. Representa el fundamento axiológico del ordenamiento jurídico y, como tal, coordina los diferentes valores y principios jurídicos con el objeto de potenciar la mayor protección, promoción y efectividad de la centralidad de la dignidad humana²²⁴ y la persona²²⁵, eje nuclear de todo ordenamiento constitucional democrático a partir de la Segunda Guerra Mundial²²⁶.

²²⁴ La dignidad es un concepto que, pese a su importancia y constante referencia en textos constitucionales e internacionales, carece de una definición clara y de una posición concreta en el ámbito del Derecho. Respecto a su conceptualización, toda aproximación al concepto de dignidad requiere una referencia, siquiera somera, al filósofo que propuso la definición más aceptada en la doctrina, KANT: «[L]os seres racionales se encuentran bajo la ley de que cada uno de ellos no ha de ser tratado, por sí mismo ni por los demás, *nunca como simple medio* sino siempre, *al mismo tiempo, como fin en sí mismo*». KANT, I., *Cimentación para la metafísica de las costumbres*, Aguilar Argentina de ediciones, Buenos Aires, 1978, pp. 117-118.

CHUECA RODRÍGUEZ considera, en relación con la posición que en el Derecho ocupa la dignidad humana, que ésta «se formula en clave de discurso ético-valorativo, pero con la pretensión de imponer determinados mandatos en forma de enunciados jurídico-normativos. Ello es debido al modo en que adquiere plaza ordinamental: acuerdo en la inserción [a declaraciones y constituciones] a costa del fracaso —inconfeso— sobre su significado». CHUECA RODRÍGUEZ, R., «La marginalidad jurídica de la dignidad humana», en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 29.

Sobre las funciones específicas de la dignidad, PASCUAL MEDRANO las concreta en tres: «[E]l calificado por nosotros principio constitucional de la dignidad de la persona —dejando ahora al margen su carácter específico de fundamento legitimador y performativo— sería pues primero, una pauta interpretativa de todo el ordenamiento jurídico; segundo, canon de constitucionalidad y, en consecuencia, de validez de normas y actos y, tercero, en ausencia de reglas, podría llegar incluso a ser directamente aplicable en sede judicial». PASCUAL MEDRANO, A., «La dignidad humana como principio jurídico del ordenamiento constitucional español», en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 316.

Para un análisis exhaustivo del concepto, evolución y recepción constitucional de la dignidad *vid.* OEHLING DE LOS REYES, A., *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2010.

²²⁵ LINDE PANIAGUA lo expresa en los siguientes términos: «Una constitución democrática debe velar porque las personas estén en el centro del sistema político, sin que en caso alguno se conviertan en instrumentos accesorios del mismo». LINDE PANIAGUA, E., *Constitucionalismo democrático (o los hombres en el centro del sistema político)*, Colex, Madrid, 2002, p. 20. En la doctrina latinoamericana, destaca AGUILAR CAVALLO, que considera la existencia de un orden público americano como «aquél que en el contexto regional [...] determina ciertos principios, estándares, reglas y valores mínimos que apuntan a preservar al individuo y a permitir su pleno desenvolvimiento material y espiritual en el seno de la sociedad, limitando, de esta manera, el poder de los Estados y, además, de los individuos, grupos y otros actores no estatales». AGUILAR CAVALLO, G., «Surgimiento de un Derecho americano de los Derechos Humanos», en *Revista de Derecho Político*, n.º 79, septiembre-diciembre 2010, p. 344.

²²⁶ En efecto, la dignidad entra en el Derecho de la mano del constitucionalismo social de la segunda posguerra como respuesta a los horrores de una época (los propios de la guerra y los superlativos del Holocausto) en la que la máxima protección de la persona se encontraba ausente de los objetivos políticos y los instrumentos jurídicos; la dignidad operó, pues, como un recentralizador de la persona en el ordenamiento jurídico. De este modo, para LANDA el constitucionalismo de la posguerra convirtió a la dignidad humana en «una premisa antropológica del Estado constitucional». LANDA, C., «Dignidad de la persona

En ese sentido, CALVO ÁLVAREZ considera que la persona es el principal objeto de protección por parte del orden público, el bien radical y primario: «[E]l orden público carece de sentido, como instrumento técnico-jurídico, en el caso de que no sea dirigido con rotundidad a la protección de la persona, y de los derechos inviolables que le son inherentes»²²⁷. Del mismo modo, LLOPIS GINER ha sostenido que «[l]a defensa de la persona, de sus derechos fundamentales, es uno de los objetos preferentes del orden público»²²⁸. Por su parte, PRIETO ÁLVAREZ, para quien «[l]a dignidad humana es [...] fundamento o base de todo el Derecho»²²⁹, considera que el núcleo del orden público «no puede ser hoy otro que la tutela de la dignidad humana en el marco de la convivencia social. Es decir, el orden público ha de sugerir, inicialmente, una idea de protección de derechos y libertades, lo que contribuirá a aquella rehabilitación del concepto»²³⁰.

La referencia a la centralidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional la encontramos positivizada en España en el art. 10.1 del texto constitucional, que sitúa a la dignidad de la persona —y sus dos derivaciones, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad— entre los fundamentos del orden político y de la paz social²³¹. Este precepto, según RUIZ-GIMÉNEZ

humana», en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 7, julio-diciembre 2002, p. 118. También como premisa antropológica es concebida la dignidad por HÄBERLE, para quien «[l]a base del Estado constitucional es doble: soberanía popular y dignidad del hombre». HÄBERLE, P., «La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal», en FERNÁNDEZ SEGADO, F. (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2008b, pp. 213-215.

²²⁷ CALVO ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, pp. 146, 181 y 198.

²²⁸ LLOPIS GINER, J. M., *op. cit.*, p. 298.

²²⁹ PRIETO ÁLVAREZ, T., *op. cit.*, p. 24.

²³⁰ PRIETO ÁLVAREZ, T., *op. cit.*, p. 25.

²³¹ Las constituciones de los Estados de nuestro entorno también contienen cláusulas de fundamentación en la dignidad. Por ejemplo, el art. 1.1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 22 de mayo de 1949 establece que «[l]a *dignidad humana* es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público», añadiéndose en el art. 1.2 que «[e]l pueblo alemán, *por ello*, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo»; según el art. 1 de la Constitución de Portugal de 2 de abril de 1976 «Portugal es una República soberana, *basada en la dignidad de la persona humana* y en la voluntad popular y empeñada en la transformación en una sociedad sin clases»; de acuerdo con el art. 2.1 de la Constitución de Grecia de 11 de junio de 1975, «[e]l respeto y la protección del valor del ser humano constituye la obligación primaria del Estado» (traducciones propias). A nivel internacional, el primer texto que reconoció la *fundamentalidad* de la igual dignidad de la persona fue la DUDH de 10 de diciembre de 1948, en cuyo preámbulo se establece: «[L]a libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana». Respecto a la utilización del término «orden político» del art. 10.1 CE, DE BARTOLOMÉ CENZANO señala que «a pesar de que la Constitución hable expresamente de orden político, se ha señalado la dificultad de ofrecer una definición inequívoca y trazar fronteras compactas e inamovibles entre las locuciones orden público, orden social y orden político. Desde esta perspectiva bien podría hacer extensivo el “fundamento del orden político y de la

CORTÉS, «ocupa un rango fundamentalísimo, con eficacia legitimadora, iluminadora y propulsora para afianzar instituciones, esclarecer ambigüedades, cubrir lagunas e integrar potencialidades en el esfuerzo colectivo hacia cotas más elevadas de justicia y de liberación humana»²³².

Por su parte, DE BARTOLOMÉ CENZANO²³³ sostiene que, además de la función promocional y hermenéutica, el art. 10 CE desempeña también una función legitimadora del orden político y del ejercicio de todos los poderes públicos, pues la legitimidad del orden político español vendría dada por la protección de la dignidad de la persona, de sus derechos inviolables y del libre desarrollo de la personalidad. El Estado constitucional surge con la finalidad de limitar un poder público absoluto y discrecional en favor de los derechos de la ciudadanía (arts. 2 y 16 DDHC de 1789²³⁴), elemento basilar del contrato social rousseauiano y principal exponente de la protección de la dignidad de la persona, que, según el TC, constituye «un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás»²³⁵.

El orden público, en fin, actúa como un instrumento axiológico de ponderación y priorización de los valores, principios y derechos²³⁶ de un determinado ordenamiento constitucional en aras de procurar la mayor efectividad de la protección de la dignidad humana, especialmente, como se verá, en la actividad judicial de resolución de conflictos y la labor de producción normativa.

paz social” al orden público». BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. DE, *op. cit.*, p. 252.

²³² RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., «Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española*, vol. II, Edersa, Madrid, 1996, pp. 58-60.

²³³ BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. DE, *op. cit.*, p. 54 y ss.

²³⁴ De acuerdo con el art. 2 de la Declaración, «[l]e but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l’oppression», mientras que el art. 16 afirma que «[t]oute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution».

²³⁵ Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 53/1985, de 11 de abril, BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985, ECLI:ES:TC:1985:53, FJ 8. En esta sentencia también se señala que «los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el “fundamento del orden jurídico y de la paz social”» (FJ 4).

²³⁶ Respecto a este triple contenido, DE BARTOLOMÉ CENZANO considera que el orden público «hace referencia únicamente a los principios, valores y derechos y libertades que inspiran y dinamizan el ordenamiento hacia un ideal de convivencia». BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. DE, *op. cit.*, p. 261.

2.1.2. Vertiente externa.

El orden público es un concepto esencialmente estatal²³⁷, pues se encuentra vinculado a un determinado ordenamiento jurídico. La composición del orden público por valores no sólo le dota de una función de inspiración del ordenamiento jurídico, como más adelante se expondrá, sino que también permite la caracterización e identificación del mismo y su distinción respecto de otros. La mayor o menor amplitud en el ejercicio de derechos que permita el ordenamiento jurídico, la índole de las decisiones adoptadas por los poderes públicos, la aplicación y control de los derechos fundamentales por parte de los jueces, etc., caracteriza a un determinado ordenamiento y le dota de una identidad propia y diferenciada.

Esta nota permite, además de la singularización de un ordenamiento estatal, su proyección al exterior y la posibilidad de convergencia con otros ordenamientos. En efecto, un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado entre órdenes públicos mostraría una mayor similitud entre los sistemas de valores de los ordenamientos jurídicos europeos que, por ejemplo, entre el español y el estadounidense. Desde esta vertiente exterior, deviene posible la formación de federaciones, confederaciones u organizaciones políticas como la UE, que forma un ordenamiento jurídico inspirado por una serie de valores procedentes de los órdenes públicos de todos los Estados miembros y que sirven de fundamento al proyecto de integración (art. 2 TUE).

2.2. La dimensión negativa.

La dimensión positiva del orden público pretendía dotar de contenido a dicho concepto, esto es, desarrollaba una función positiva o proactiva. La dimensión negativa, en cambio, se refiere a la operatividad del orden público como institución de exclusión de actos jurídicos. Los adjetivos «positivo» y «negativo», por tanto, no se refieren a distintos contenidos o componentes de la noción de orden público, sino a la función metodológica que desempeñan: positiva, en cuanto delimita el contenido del concepto; negativa, en cuanto excluye o niega la posibilidad de existencia o la admisión de efectos de un

²³⁷ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «¿Orden público europeo *versus* orden público internacional de cada Estado?», en BOUZA, N., GARCÍA, C., RODRIGO, A. J. (dir.), PAREJA, P. (coord.), *La gobernanza del interés público global: XXV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 153.

determinado acto jurídico. No son dos tipos distintos de componentes del orden público: la dimensión negativa justifica su existencia por la necesidad de contar con mecanismos de protección de la dimensión positiva. En este sentido, ALONSO GARCÍA señala que las limitaciones por razón de orden público (dimensión negativa) encuentran su razón de ser, precisamente, en el fomento de la «plena vigencia de los valores básicos que constituyen el ordenamiento jurídico-constitucional»²³⁸ (dimensión positiva).

La dimensión negativa del orden público hace referencia a un conjunto de instrumentos, técnicas o mecanismos jurídicos que garantizan la preservación del orden público según su concepción resultante de la dimensión positiva. El orden público, así entendido, estaría dotado de mecanismos de reacción, tutela y defensa de los valores, principios y derechos que comprende. A esta dimensión pertenecen, por tanto, las expresiones «cláusula de orden público», «excepción de orden público», «limitaciones por razón de orden público» u «orden público internacional».

Esta dimensión negativa presenta, a diferencia de la positiva, una vocación eminentemente práctica. Puede ser considerada, de hecho, como el elemento que conecta la dimensión positiva del concepto con una realidad social concreta, en cuanto que garantiza que los actos jurídicos no lesionen el núcleo axiológico del ordenamiento constitucional. Las nociones positivas del orden público no pueden extraerse de las normas jurídicas porque el legislador lo ha configurado como un concepto jurídico indeterminado, de contenido variable en función de las concepciones sociales. Por el contrario, las referencias al orden público contenidas en las normas jurídicas son expresivas de la dimensión negativa del concepto, garantes del conjunto de valores, principios y derechos de que se compone el orden público y, por tanto, de la homogeneidad del ordenamiento jurídico²³⁹.

²³⁸ ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 352-353. PRIETO ÁLVAREZ apunta otra forma de abordar esta doble dimensión: «Al enfrentarse al orden público parece oportuno distinguir entre, de una parte, el *objeto material genérico* sobre el que éste se proyecta, que no es otro que los derechos y libertades de los ciudadanos [equivaldría a la que hemos denominado «dimensión positiva»] [...]; y, de otra, su *objeto material específico*, es decir, los elementos o intereses que, afectando a estos derechos, justifican la intromisión pública, de modo que se entienden incluidos en la noción de orden público; es lo que calificamos como sus componentes [equivaldría a nuestra «dimensión negativa»]». PRIETO ÁLVAREZ, T., *op. cit.*, p. 68.

²³⁹ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., «Derecho aplicable y orden público comunitario», en *Revista de instituciones europeas*, vol. 20, n.º 3, septiembre-diciembre 1993, p. 932.

Por otra parte, el resultado que se deriva de la existencia y aplicación de normativa de protección y salvaguardia del orden público, que garantiza la vigencia de los valores, principios y derechos que constituyen su contenido, se traduce en una situación de hecho de orden social. Este orden social, al que en ocasiones se califica directamente como orden público, es identificable con una situación de paz social u orden general²⁴⁰. No obstante, a pesar de la frecuente identificación, no debemos confundir el resultado práctico que produce una adecuada defensa del orden público con el propio concepto jurídico de orden público²⁴¹. Sobre este tema profundizaremos más adelante.

Como en la dimensión positiva, también podemos distinguir una vertiente interna y una vertiente externa en la dimensión negativa del orden público.

2.2.1. Vertiente interna.

Todo ordenamiento jurídico dispone de un conjunto de técnicas cuyo objeto es la garantía de la coherencia, uniformidad y homogeneidad del conjunto de normas de que se compone en torno a un determinado núcleo axiológico o sistema de valores —el orden público—, lo que contribuye a la realización de los principios de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico. Estas técnicas, manifestadas como excepciones, cláusulas o limitaciones por razón de orden público, operan como limitadoras del ejercicio de derechos subjetivos y se encuentran tanto en las relaciones de la persona con los poderes públicos como en las relaciones jurídico-privadas.

En la esfera pública, la limitación es impuesta por un instrumento jurídico de naturaleza constitucional, legal o reglamentaria o por las propias autoridades públicas. A este ámbito pertenecen los instrumentos de defensa de orden público propios del Derecho administrativo (funciones de policía) o del Derecho penal (delitos contra el orden público). En esta dimensión también debemos ubicar las referencias al orden público de la Constitución española (arts. 16.1 y 21.2), así como la seguridad jurídica, considerada por MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ²⁴² como la consecuencia de la efectividad de las

²⁴⁰ Es lo que LLOPIS GINER califica como «orden público material», que haría referencia a una situación de hecho. LLOPIS GINER, J. M., *op. cit.*, p. 286.

²⁴¹ Por ello, no podemos estar de acuerdo con GONZÁLEZ CAMPOS y FERNÁNDEZ ROZAS cuando se refieren al «orden público en sentido material» como una «situación de paz social y jurídica en una comunidad estatal». GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *op. cit.*, p. 905.

²⁴² MARTÍNEZ ROLDÁN, L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J. A., *Curso de teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 199.

técnicas de defensa del orden público: según estos autores, la seguridad jurídica es el resultado de la protección y amparo de toda una serie de valores que, en cada momento histórico, se entienden como indispensables y que figuran recogidos en nuestra Constitución. La seguridad jurídica que confiere el orden público permite, así, la anticipación de las decisiones judiciales y las políticas de los poderes públicos.

Pese a su naturaleza pública —expresiva del sistema axiológico de una sociedad concreta y orientadora de la acción de los poderes públicos—, el orden público interviene, también, en la esfera privada. En cuanto que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales²⁴³ implica su «conversión» en valores y principios básicos del sistema constitucional, aquéllos (y, por extensión, el orden público) producen un «efecto irradiación» que supone, según DE CABO MARTÍN,

no sólo su «eficacia horizontal» en las relaciones entre los particulares superando su reducción a la relación Estado-ciudadano, sino, en general, su extensión a todos los ámbitos del Derecho sirviendo

²⁴³ La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, también conocida como dimensión institucional, implicaría la obligación positiva de los poderes públicos de contribuir a la realización de los mismos: «Los derechos fundamentales no son sólo derechos públicos subjetivos, sino también instituciones cuya vigencia social efectiva precisa de la intervención del legislador, en primer lugar, pero también del resto de los poderes públicos. De la dimensión institucional u objetiva resultan así obligaciones para los poderes públicos: no se trata sólo de proteger al individuo de la intervención del Estado en su esfera subjetiva, sino también de generar condiciones para que los derechos fundamentales puedan desplegar su máxima efectividad [...]». Los poderes públicos vinculados por la dimensión objetiva de los derechos serían, particularmente, los poderes legislativo y judicial: «El legislador es el principal responsable de hacer efectiva la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Principal, que no único, porque el deber de protección que dimana de esa dimensión también incumbe a los jueces [...]. Los jueces deben, pues, aplicar las normas infraconstitucionales de conformidad con los derechos fundamentales. Esto es lo que demanda para aquéllos la fuerza expansiva de estos». CIDONCHA MARTÍN, A., «Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 23, 2009, pp. 158, 162 y 163.

La dimensión objetiva de los derechos vincularía, como afirma HÄBERLE, los derechos fundamentales con la actividad de los poderes públicos: «Llama la atención la creciente interrelación e intercambiabilidad entre los derechos fundamentales y las tareas del Estado, pues los derechos fundamentales se presentan como tales, pero también con el “ropaje” de tareas del Estado. Inversamente, éstas se manifiestan como contenidos objetivados de los derechos fundamentales». HÄBERLE, P. (2001a), *op. cit.*, p. 99.

Esta dimensión institucional de los derechos debe ser diferenciada de la clásica categoría de «garantía institucional», construida por Carl Schmitt en su *Teoría de la Constitución*, que «confiere a una organización o institución social su aseguramiento, pero no en la forma de un poder de excluir la intervención estatal, como en los derechos fundamentales (de libertad), sino tan sólo de limitar esa injerencia, de manera que el legislador no pueda en absoluto desconocer su existencia». BAÑO LEÓN, J. M., «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, n.º 24, septiembre-diciembre de 1988, p. 157. La garantía institucional permitiría de este modo asegurar la supervivencia de una institución jurídica mediante su reconocimiento en el texto constitucional, impidiendo así que un desarrollo legislativo la desnaturalizara o, incluso, la hiciera desaparecer.

de pautas interpretativas en el orden privado (lo que determina nuevas conexiones entre el Derecho público y el privado y la posibilidad de una amplísima «constitucionalización» de la vida social)²⁴⁴.

Por ello, el principio de autonomía de la voluntad, y todas sus posibles variantes (libertad de pactos, de contratación, principio procesal dispositivo, etc.), encuentra también un límite en el orden público. La necesidad de salvaguardar el orden público se manifiesta tanto desde una perspectiva puramente individual como en las relaciones entre particulares. En el primer caso, la persona no puede renunciar al ejercicio de derechos si con ello se considera contrariado el orden público (art. 6.2 CC); en el segundo caso, se excluye la incorporación a un contrato de pactos, cláusulas o condiciones contrarios al orden público (art. 1255 CC).

En el Capítulo 2 analizaremos detalladamente las principales técnicas de la vertiente interna de la dimensión negativa del orden público existentes en el ordenamiento jurídico español.

2.2.2. Vertiente externa.

A la vertiente externa de la dimensión negativa del orden público pertenecen las cláusulas de orden público en sentido estricto, tal y como son caracterizadas por el Derecho internacional privado. A través de estas cláusulas se excluye, por motivos de orden público, la posible aplicación en España de una disposición normativa extranjera o el reconocimiento, la aplicación o la ejecución en España de sentencias judiciales, resoluciones administrativas o de otra índole dictadas en un Estado extranjero.

Desde esta vertiente externa, el orden público contribuye, junto con la interna, a la coherencia, uniformidad y homogeneidad del ordenamiento jurídico, pues evita la inclusión en él de actos jurídicos distorsionadores de su sistema de valores. Asimismo,

²⁴⁴ CABO MARTÍN, C. DE (2001), *op. cit.*, pp. 125-126. Según este autor, la comprensión de la realidad jurídico-política del constitucionalismo contemporáneo occidental debe realizarse desde la perspectiva de una distinción entre un ámbito público y otro privado que ya procede del art. 16 DDHC de 1789: al establecer como requisitos de la constitución la separación de poderes y la garantía de los derechos, la Declaración estaría delimitando una esfera pública —los poderes del Estado, la igualdad formal— y una privada —los derechos, la sociedad, la diferencia—. Esto permitiría confinar el conflicto y las desigualdades al ámbito privado —ajeno a la intervención del Estado—, al tiempo que en la esfera jurídico pública «los sujetos desiguales de las relaciones económicas devienen sujetos iguales, abstractamente titulares de todos los derechos y destinatarios de todas las normas». CABO MARTÍN, C. DE (2001), *op. cit.*, pp. 121-123. En nuestra construcción, el orden público permitiría, según lo expuesto, una fractura a esta división «público-privado».

permite la identificación de aquellos elementos del orden público que se consideran absolutamente irrenunciables.

La vertiente externa se manifiesta en las relaciones internacionales, tanto de carácter privado (Derecho internacional privado) como de carácter público (Derecho internacional público; en especial, el régimen de nacionalidad y extranjería), y en ella aparece la fórmula de «orden público internacional». Respecto a esta cuestión, se ha afirmado en líneas anteriores que el concepto de orden público es un concepto esencialmente estatal, dada su vinculación a un ordenamiento jurídico determinado. En consecuencia, el orden público español es distinto, en mayor o menor medida del, por ejemplo, orden público italiano o del peruano.

El orden público internacional, en consecuencia, debería comprender el sistema de valores, principios y derechos de un ordenamiento jurídico internacional; ordenamiento jurídico inexistente. Algún autor ha intentado salvar este obstáculo mediante la identificación del orden público internacional con el *ius cogens*²⁴⁵, pero ello implicaría desvirtuar los caracteres que se han ofrecido acerca del concepto de orden público. En efecto, las normas de *ius cogens*²⁴⁶ son normas que los Estados han decidido calificar de imperativas, no proclamadas uniformemente en ningún catálogo internacional y enunciadas en forma de reglas, generalmente prohibitivas (v. gr., prohibición del genocidio, de la tortura o del uso de la fuerza). A diferencia del orden público, las normas de *ius cogens* no dependen de las concepciones sociales vigentes en un ámbito espacio-temporal determinado y no son cambiantes ni dinámicas. Son, simplemente, normas mínimas consensuadas de necesaria observancia con independencia de la voluntad de los Estados. La mayor diferencia, no obstante, entre el *ius cogens* y el orden público radica en que las normas de *ius cogens* no se fundamentan en la centralidad de la persona, sino en las pacíficas relaciones entre Estados.

²⁴⁵ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 153.

²⁴⁶ Según el art. 53 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, la norma imperativa de Derecho internacional general o *ius cogens*, es «una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter».

Por el contrario, consideramos que la diferencia entre orden público y orden público internacional se limita al distinto ámbito, interno o internacional, en el que se produce su aplicación²⁴⁷. El orden público internacional comprende los instrumentos de Derecho internacional privado (fundamentalmente, la cláusula de excepcionalidad) cuyo objeto es la salvaguarda de la dimensión positiva del orden público en las relaciones internacionales.

Por otra parte, dado que no existe un orden jurídico internacional del que predicar un orden público internacional, debemos rechazar también la existencia de dos contenidos distintos de orden público en un mismo ordenamiento jurídico: el orden público interno, nacional, singular o doméstico y el orden público internacional. Como se ha expuesto, la única diferencia entre ambos es la naturaleza de los problemas implicados²⁴⁸: el orden público interno se activará ante posibles lesiones al sistema de valores desde el propio ámbito espacial de aplicación del ordenamiento jurídico, mientras que el orden público internacional se referirá a lesiones procedentes de relaciones transfronterizas, en el que se encuentren implicados diferentes ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, en el informe emitido por la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid en diciembre de 2018 con motivo de la exhumación de Francisco Franco del Valle de los Caídos se alegó que su inhumación en la Catedral de La Almudena de Madrid podría alterar la seguridad y el orden público (interno), pues

[I]a sepultura de Francisco Franco genera problemas de conflictividad social y política y la ubicación de sus restos en un lugar emblemático y de relevancia simbólica como la Catedral de Madrid podría espolear a la extrema derecha al tiempo que ofendería a sus víctimas y a muchos sectores sociales y políticos²⁴⁹.

Se trata de un problema de ámbito interno español en el que se invoca el orden público de este país.

²⁴⁷ En sentido contrario, CALVO CARAVACA considera que el orden público interno es el «conjunto de normas imperativas de un ordenamiento jurídico» y el orden público internacional «aquel sector del Derecho imperativo del foro absolutamente irrenunciable», por lo que tiene un contenido más restringido que aquél. CALVO CARAVACA, A. L., «Tema VI. Problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado (II)», en ABARCA JUNCO, P., CALVO CARAVACA, A. L., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., PÉREZ VERA, E. y VIRGOS SORIANO, M., *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1989, p. 149.

²⁴⁸ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, pp. 151-152.

²⁴⁹ Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid (2018). Problemas de seguridad y orden público derivados de la inhumación de Francisco Franco en la cripta de la Catedral de La Almudena. Recuperado de: <<https://ep00.epimg.net/descargables/2018/12/27/017b60f6afea88f3a9c0829ea902762f.pdf>>, pp. 6-7.

Por su parte, en la muy conocida sentencia STS 247/2014, de 6 de febrero de 2014²⁵⁰, el Tribunal Supremo constató que era contrario al «orden público internacional español» la inscripción en el Registro Civil consular de Los Ángeles (California, Estados Unidos) de dos menores nacidos en dicho Estado por medio de gestación por sustitución, caso que será analizado detalladamente más adelante. Este «orden público internacional español» no debe entenderse como un orden público distinto al que opera en el caso de la exhumación del dictador Franco, aunque sí como un contenido distinto (la primacía de la evitación de provocación social y política frente al derecho de la familia a elegir el lugar de entierro de unos de sus miembros, en el primer caso, y la primacía de la dignidad de la mujer gestante, la integridad moral y la protección de la infancia frente a la libre autonomía de la voluntad, en el segundo caso). Por el contrario, el «orden público internacional español» debe entenderse simplemente como la aplicación de ese mismo orden público a un supuesto con implicaciones internacionales (en este caso, la inscripción en España de un nacimiento producido en Estados Unidos mediante gestación subrogada).

Sin embargo, la frecuente utilización de los términos «orden público» y «orden público internacional», especialmente por la doctrina *iusinternacionalista*²⁵¹, viene acompañada de la atribución de diferentes contenidos a cada uno de los mismos. Generalmente se ha atribuido al orden público internacional un contenido más reducido o una aplicación más flexible, denominándose en ocasiones «orden público atenuado». Se arguye que, en buena lógica, no puede exigírsele a un ordenamiento jurídico extranjero las mismas normas que el ordenamiento jurídico requerido. Esta visión, no obstante, se funda en una —en nuestra opinión errónea— identificación del orden público con el ordenamiento jurídico. Es cierto que no puede exigírsele a una sentencia francesa, desde

²⁵⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia 247/2014, de 6 de febrero, ECLI:ES:TS:2014:247.

²⁵¹ Así, por ejemplo, además de las obras analizadas en este trabajo pueden citarse: BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., «El Derecho sucesorio islámico: principios informadores y excepción de orden público internacional», en *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 61 (2), 2009; CORRIENTE CÓRDOBA, J. A., «La excepción de orden público en el Derecho Internacional Privado español», en *Anuario Español de Derecho Internacional*, n.º 2, 1975; GONZALO QUIROGA, M., *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial (arbitrariedad y derecho aplicable al fondo de la controversia internacional)*, Dykinson, Madrid, 2003; LÓPEZ ZAMORA, L. A., «Comentario sobre el Orden Público Internacional en sede arbitral internacional, su funcionalidad y su interrelación con el Derecho Internacional Público», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 10 (2), 2018; RUCHELLI, H. F., *El orden público: general y en derecho internacional privado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991; SOPEÑA MONSALVE, A., «Las “excepciones” de “orden público” y de “fraude a la ley”. Una aproximación crítica», en *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 34 (2-3), 1982.

España, la misma decisión que un juez español habría adoptado, pero sí la misma decisión que un juez español podría haber adoptado de existir las condiciones (legales) para ello.

El parámetro de referencia no lo constituye, por tanto, la norma y su coincidencia en los dos ordenamientos jurídicos, sino el sistema de valores en que se fundamenta: la ponderación de valores manifestada en la norma debe coincidir en ambos ordenamientos. Depende, en definitiva, de la concepción que se adopte respecto a la amplitud del contenido del orden público. Si optamos por un contenido amplio del orden público, en el que insertemos un extenso elenco de valores, principios y derechos, devendrá necesaria la existencia de un orden público internacional más atenuado, porque no todos los valores, principios y derechos ostentan la misma importancia y trascendencia en todas las situaciones. Se hablará entonces de un orden público en sentido estricto (un núcleo duro del orden público) y de un orden público internacional (atenuado).

Por el contrario, si optamos por un contenido reducido del orden público, comprensivo en exclusiva de los valores, principios y derechos que realmente otorguen coherencia, fundamenten el ordenamiento jurídico y se consideren absolutamente irrenunciables, no cabrá una distinción entre un orden público interno o internacional; la diferencia se reducirá al carácter interno o internacional del problema que genera la activación de la cláusula de orden público. Consideramos que ésta es la opción más acertada: carece de sentido afirmar que forman parte del orden público los valores básicos, esenciales e irrechazables de una comunidad y que, sin embargo, admitamos su exclusión en la esfera internacional. La vulneración de la dimensión positiva del orden público se produce con independencia del origen, interno o internacional, del acto vulnerador. Admitir un doble contenido del orden público²⁵² en función de la naturaleza del problema implicado haría perder al orden público del significado que le hemos atribuido²⁵³.

²⁵² Esta teoría, sin embargo, sería más acorde con la planteada por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, según los cuales existiría en la estructura de todo concepto jurídico indeterminado un núcleo fijo o «zona de certeza», una zona intermedia o de incertidumbre y una zona de certeza negativa, radicando la mayor dificultad en la dotación de contenido a la zona intermedia. GARCÍA DE ENTERRÍA, F. y FERNÁNDEZ T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1974, p. 296.

²⁵³ La autora italiana ANGELINI soluciona este problema atribuyendo al orden público un contenido único pero distintas concreciones en función de la perspectiva, interna o internacional, adoptada. Desde una visión interna, el orden público coincide con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, pero desde un ordenamiento extranjero no puede mostrarse a través de la normatividad del «deber ser» propia de los principios, porque su eficacia no se extiende a aquél: el orden público (internacional) se concretará en valores,

3. El contenido del orden público.

La labor de concreción de un concepto jurídico indeterminado no puede resultar en la exposición de un contenido concreto y perfectamente delimitado. Este tipo de conceptos se caracteriza precisamente por la vaguedad de sus notas identitarias, de modo que invitan al aplicador del Derecho a su concreción en función de las circunstancias específicas en que aquellos deben ser aplicados. En consecuencia, no es posible ofrecer un contenido específico al concepto de orden público²⁵⁴.

El orden público se caracteriza por su mutabilidad, por un contenido cambiante y dinámico en función de las concepciones imperantes en una sociedad, sus creencias y sus exigencias. Por ello, el intento de conceptualización del orden público a partir de una enumeración de elementos (el rechazo a la pena de muerte, la tolerancia al uso de armas, la poligamia, la amplitud de la libertad de expresión en colisión con el derecho al honor,

cuya mayor indeterminación respecto de los principios es la que puede conducir a su concepción como institución de contenido «atenuado». ANGELINI, F., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, CEDAM, Padua, 2007, p. 13.

²⁵⁴ Sin embargo, la doctrina sí ha intentado concretar el contenido del orden público. GUZMÁN ZAPATER lo identifica con los derechos fundamentales de los Capítulos II y III del Título I de la Constitución, en especial, los derechos de igualdad (art. 14 CE), al honor y a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), a la libertad religiosa (art. 16 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), así como las libertades comunitarias básicas. GUZMÁN ZAPATER, M., «Tema VII. Problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado (II)», en PÉREZ VERA, E. (dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 3.ª ed., Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p. 164. Para ÁLVAREZ ORTEGA el contenido del orden público se compondría de los derechos fundamentales y valores constitucionales y aquella parte del Derecho internacional o comunitario que participa en un núcleo axiológico inderogable y se halla incorporado en el derecho nacional (principalmente, las libertades comunitarias, los derechos de defensa y las normas sobre derechos humanos). ÁLVAREZ ORTEGA, M., «Orden público: unidad axiológica, espacio europeo», en *Anuario de Derecho europeo*, n.º 3, 2003, p. 43. Según ALONSO GARCÍA, «[L]os derechos fundamentales y libertades públicas de la sección primera [del capítulo II del título I de la Constitución, pero también, apunta el autor, los arts. 14 y 30.2 CE] constituyen por excelencia este orden público constitucional, dado que ningún otro grupo de preceptos afirma sus pretensiones de vigencia con tanta intensidad, pretensiones que constituyen la esencia misma del “pacto constitucional”». ALONSO GARCÍA, E., *op. cit.*, p. 353. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado, BOUZA VIDAL ha definido el orden público como el conjunto de principios y valores sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico en un momento dado, identificándolo, en el ordenamiento español, con los valores y principios fundamentales proclamados en la Constitución y en textos internacionales como los convenios internacionales de derechos humanos, así como por los intereses públicos o generales expresados en la Constitución o en las leyes. BOUZA VIDAL, N., *op. cit.*, p. 73. BAREL y ARMELLINI consideran que las fuentes del orden público internacional español son la Constitución española (entre otros, los arts. 14, 33, 38 y 39.2), las normas españolas de producción interna como los arts. 44 y 175.3 CC, normas de Derecho de la Unión Europea como el art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO C 202 de 7.6.2016, p. 1), la protección de los consumidores, la libre circulación de ciudadanos, trabajadores, capital y mercancías, y las normas internacionales de derechos humanos. BAREL, B. y ARMELLINI, S., *Diritto internazionale privato: tutto il programma d’esame con domande e risposte commentate*, Giuffrè, Milán, 2006, p. 89.

etc.) daría como resultado, metafóricamente, la foto fija de un determinado momento: un instante después los fotografiados habrán modificado su postura, unos quedarán fuera del encuadre y otros se incorporarán. La labor de identificación del contenido del orden público, por tanto, no consiste en determinar los elementos del mismo, sino en la formulación de la regla o criterio a partir del cual dotar de contenido al concepto. Siguiendo el anterior símil, consistiría en formular la regla según la cual se determinan las personas que serán fotografiadas.

Debe establecerse, pues, el tipo de elementos (valores, intereses, decisiones políticas, derechos fundamentales, etc.) que puede formar parte del contenido del orden público y los requisitos que deben reunir los mismos. Esta propuesta metodológica para abordar el contenido del orden público coincide, en esencia, con la planteada en la década de 1930 por el autor francés TEITGEN, quien consideraba que el orden público se componía de elementos abstractos fijos y que era el entendimiento concreto de estos elementos lo que variaba en cada caso práctico planteado²⁵⁵.

3.1. Elementos constitutivos del orden público.

La ambigüedad y vaguedad del concepto de orden público ha generado la formulación de multitud de teorías acerca del tipo de elementos que deben constituir el contenido del orden público. En particular, estas teorías han articulado el concepto fundamentalmente alrededor de las normas imperativas, los ideales éticos o morales, el ordenamiento constitucional o los valores.

En primer lugar, se ha intentado definir el orden público como una selección de normas imperativas especialmente importantes o de disposiciones consideradas indispensables en un determinado ordenamiento jurídico²⁵⁶. En nuestra opinión, esta tesis debe ser descartada, pues, por un lado, es fruto de la errónea identificación del orden público con el Derecho positivo y, por otro lado, no aporta ningún contenido propio y diferente al de norma imperativa. Las normas imperativas son aquéllas consideradas de

²⁵⁵ TEITGEN, P.-H., *La police municipale générale. L'ordre public et les pouvoirs du maire*, Sirey, París, 1934, p. 44.

²⁵⁶ En este sentido, DORAL afirma que el orden público es «una especie dentro del género de las leyes imperativas». DORAL, J. A., *La noción de orden público en el Derecho civil español*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1967, p. 39, nt. 35.

inexcusable cumplimiento y necesaria observancia con independencia de la voluntad de los actores implicados. Una norma imperativa de orden público presenta esas mismas características; el calificativo de orden público no le añade ningún estatuto jurídico diferente salvo, en todo caso, una función meramente simbólica o enfática: atribuir a determinadas normas imperativas la nota de la especial trascendencia en un ordenamiento jurídico. Como afirma CALVO ÁLVAREZ, «identificar el orden público con la ley imperativa hace inútil la noción de orden público, porque entonces el orden público acaba siendo ley y nada más que ley»²⁵⁷. La invocación al orden público se produce precisamente en aquellas situaciones en las que al concreto problema planteado no puede aplicársele una norma jurídica imperativa, por lo que el contenido del orden público debe tener un carácter metapositivo²⁵⁸ y ser más amplio que el del Derecho positivo²⁵⁹.

En segundo lugar, algunos autores han adoptado una perspectiva histórico-sociológica al desligar el orden público del ámbito del Derecho, definiéndolo como el conjunto de costumbres, concepciones éticas o morales o intereses superiores de la comunidad²⁶⁰ o como «ética considerada indispensable para la supervivencia y la cohesión del grupo social»²⁶¹. Para esta concepción el orden público es un conjunto de valores éticos y morales que varían en el tiempo y el espacio y que, por ello, pertenecen a un ámbito metajurídico²⁶². Debemos rechazar también esta tesis porque, como se ha afirmado previamente, si bien es cierto que el orden público constituye un punto de conexión entre el Derecho y la realidad social, ello no debe conducirnos a la eliminación de todo rasgo jurídico del concepto. El orden público es un concepto jurídico, metapositivo pero no meta o extra jurídico, del mismo modo que los valores, aun con un componente marcadamente ético-moral, también pertenecen al ámbito del Derecho.

En tercer lugar, se ha llegado a identificar el orden público con el ordenamiento constitucional²⁶³. Al respecto se aduce que un acto contrario al orden público atenta contra

²⁵⁷ CALVO ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 102.

²⁵⁸ DORAL, J. A., *op. cit.*, p. 42.

²⁵⁹ Para LLOPIS GINER, «[l]a moral y el orden público actuarán cuando al supuesto planteado no pueda aplicársele norma jurídica de carácter imperativo, por lo tanto su contenido ha de ser necesariamente más amplio que el del Derecho». LLOPIS GINER, J. M., *op. cit.*, p. 296.

²⁶⁰ SUDRE, F., *op. cit.*, p. 41.

²⁶¹ DUPUY, P.-M., *Droit international public*, Précis Dalloz, París, 1992, p. 195 (traducción propia).

²⁶² DELGADO AGUADO, J., «El orden público: proceso evolutivo», en DELGADO AGUADO, J. y IGLESIAS MACHADO, S. (coord.), *La noción de orden público en el constitucionalismo español*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 20-21.

²⁶³ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 12.ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, p. 132.

el orden constitucional, en cuanto tensiona los valores consagrados en la Constitución. Es cierto que el orden público es un elemento medular de todo ordenamiento jurídico-constitucional, pues constituye su dimensión dogmática y, en este sentido, garantiza la coherencia axiológica del mismo. No obstante, esta tesis no puede ser admitida por suponer una identificación indiscriminada entre ambos conceptos: el orden público debe dotarse de un contenido propio y más restringido que el de un sistema normativo coherente conforme a determinados valores y principios constitucionales.

En cuarto lugar, la teoría más extendida en cuanto a la determinación del contenido del orden público aboga por una dimensión axiológica: el orden público sería el «núcleo axiológico inderogable»²⁶⁴, un «orden axiológico»²⁶⁵ compuesto por los «principios, valores y criterios básicos que derivan del sentir y convicción común de la colectividad»²⁶⁶. Ésta es la concepción del orden público que consideramos más correcta: el orden público como conjunto de valores que se erige en sustrato y fundamento axiológico del ordenamiento jurídico²⁶⁷.

La composición del orden público sólo por valores, sin embargo, plantea el problema de la indeterminación: los valores son conceptos jurídicos indeterminados, imprescriptibles²⁶⁸, de los cuales se puede deducir una pluralidad de opciones jurídicas válidas. Un orden público operativo requiere, además de los valores, de las dos principales instituciones que concretan y en las que se manifiesta el sistema de valores: principios y derechos. Los principios permiten un mayor grado de concreción que los valores: son

²⁶⁴ ÁLVAREZ ORTEGA, M., *op. cit.*, p. 24.

²⁶⁵ PÉREZ LUÑO, A.-E., «Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, 2007, p. 500.

²⁶⁶ ARNALDO ALCUBILLA, E., «El orden público y la seguridad ciudadana en la Constitución española de 1978», en DELGADO AGUADO, J. y IGLESIAS MACHADO, S. (coord.), *La noción de orden público en el constitucionalismo español*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 222.

²⁶⁷ Según PÉREZ LUÑO los valores constituyen el núcleo básico e informador de todo el ordenamiento y, como tal, desempeñan una función fundadora. *Cfr.* PÉREZ LUÑO, A.-E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.

²⁶⁸ STICK, J., «Can Nihilism be Pragmatic?», en *Harvard Law Review*, vol. 100, núm. 2, diciembre de 1986, pp. 352-360.

indeterminados²⁶⁹, pero predictibles²⁷⁰. Por su parte, los derechos constituyen la primera y principal fuente de determinación a partir de la cual construir el concepto de orden público. Como afirma BERRAMDANE, el orden público, tanto si se entiende como *imperium* o como *instrumentum*, siempre se topa con los derechos fundamentales²⁷¹.

Los derechos fundamentales —definidor del estatuto jurídico de la persona²⁷² y pieza nuclear del moderno Estado de Derecho²⁷³ y del ordenamiento jurídico, en el que contribuyen a su homogeneización²⁷⁴— representan la base o el fundamento del orden público, de los que extraer una formulación concreta de los valores y principios que, junto con aquellos, compondrán el contenido del orden público²⁷⁵. La construcción del orden

²⁶⁹ Según STICK, dado que los principios son «indeterminados», es labor del aplicador del Derecho su concreción. STICK, J., *op. cit.*, pp. 352-360. Para ALEXY, los principios son normas «que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes [...]. [S]on mandatos de optimización». En cambio, los valores, a diferencia de los principios, no serían reconducibles a un «deber ser»; sólo indicarían aquello que es bueno o mejor. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86 y 138 y ss.

²⁷⁰ FREIXES SANJUÁN, T. y REMOTTI CARBONELL, J. C., *op. cit.*, p. 103. Para un análisis de la delimitación entre valores y principios en la doctrina, *vid.* ORZA LINARES, R. N., *Fundamentos de la democracia constitucional: Los valores superiores del ordenamiento jurídico*, Comares, Albolote (Granada), 2003, pp. 194-208; y DÍAZ REVORIO, F. J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 101-110. Para este autor «los valores, desde el punto de vista jurídico-constitucional, son las ideas o ideales que el Poder constituyente establece como propios de la comunidad». DÍAZ REVORIO, F. J., *op. cit.*, p. 556.

²⁷¹ BERRAMDANE, A., «L'ordre public et les droits fondamentaux en droit communautaire et de l'Union européenne», en VV. AA., *Territoires et liberté, Mélanges en hommage au Doyen Yves Madiot*, Bruylant, Bruselas, 2000, p. 159.

²⁷² Para PEROTTO BIAGI, «los derechos fundamentales, más que integrar una especie de moral jurídica universal propia de la concepción en torno a los derechos humanos, se presentan, desde una perspectiva jurídico-constitucional, como el conjunto de preceptos normativos que definen el estatuto fundamental de las personas en cuanto miembros de un ente político concreto». PEROTTO BIAGI, C., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea: En busca de un significado (la aplicación de la CDFUE en la transición de las libertades económicas a los derechos fundamentales. Una labor conjunta de instancias nacionales y europeas)*. (Tesis doctoral inédita), Universidad de Granada, 2017, p. 379.

²⁷³ Según MAXIME ST-HILAIRE, el Estado de Derecho, los derechos humanos y la democracia son frecuentemente presentados como los tres grandes principios del patrimonio constitucional global, pero una reconstrucción coherente hace posible situarlos como aspectos de un Estado de Derecho democrático moderno fundado en los derechos humanos. La democracia representativa moderna, así, puede derivarse de los derechos humanos (en particular, de los derechos políticos y las libertades civiles de pensamiento, opinión y expresión). Estos derechos añadirían un componente sustantivo al concepto formal de Estado de Derecho. ST-HILAIRE, M., *Global Standards of Constitutional Law: Epistemology and Methodology*, abril de 2015, disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2598489>.

²⁷⁴ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 71, enero-marzo 1991, p. 88.

²⁷⁵ Para DE BARTOLOMÉ CENZANO, «[e]l orden público es un concepto normativo caracterizado precisamente por la manifestación de acuerdo a Derecho del pleno y efectivo ejercicio de los derechos y libertades fundamentales». BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. DE, *op. cit.*, p. 146. La importancia del orden público en relación con los derechos fundamentales fue puesta ya de manifiesto en los Pactos de la Moncloa de octubre de 1977: el segundo apartado del punto VIII del Acuerdo sobre el Programa de actuación jurídica y política, aprobado el 27 de octubre de 1977, apostaba por una «[n]ueva definición del concepto de orden público, depurándolo

público a partir de los derechos exige un análisis de los derechos reconocidos en los textos constitucionales, su respeto y promoción por los poderes públicos, las demandas sociales respecto a la amplitud de su contenido y, especialmente, la vigencia y eficacia del derecho según las decisiones judiciales. Los derechos son los elementos que se encuentran en mayor conexión con la realidad social, en cuanto constituyen el instituto jurídico aplicado en el nivel más básico del Derecho: el de la interpretación y aplicación por parte de las autoridades judiciales.

Esta elaboración del orden público a partir de la «vida» de los derechos fundamentales en la realidad social se vincula, en cierta medida, a la teoría de la «sociedad abierta de los intérpretes constitucionales» formulada por HÄBERLE²⁷⁶. Según esta teoría, la interpretación de la constitución —en su concepción como instrumento para la representación del pueblo²⁷⁷— no constituye una función limitada a la jurisdicción constitucional o a determinados actores jurídico-políticos, sino que, por el contrario, la ciudadanía —el ámbito público— también interviene en la determinación de las orientaciones de la dogmática constitucional²⁷⁸:

[U]n examen realista del surgimiento de la interpretación constitucional puede requerir un concepto de interpretación más amplio, para el cual los ciudadanos y los grupos, los órganos del Estado y la opinión pública (*Öffentlichkeit*), son «fuerzas productivas de la interpretación», es decir, intérpretes

de contenidos no democráticos y asentando su fundamento esencial en el libre, pacífico y armónico disfrute de las libertades públicas y el respeto de los derechos humanos». *Los Pactos de la Moncloa. Texto completo del acuerdo económico y del acuerdo político. Madrid, 8-27 octubre 1977*. Servicio Central de Publicaciones / Secretaría General Técnica. Presidencia del Gobierno. Disponible en: <<http://www.mpr.gob.es/servicios2/publicaciones/vol17/descarga/Coleccion-Informe-17-Los-Pactos-de-la-Moncloa.pdf>>.

²⁷⁶ Para una explicación *in extenso* de esta teoría, que en realidad impregna parte importante de la obra global de HÄBERLE, *vid.* HÄBERLE, P., «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y «procesal» de la Constitución», en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, n.º 11, 2008a.

²⁷⁷ La concepción de la constitución como cultura y de la teoría constitucional como ciencia de la cultura constituye una idea central de la tesis de HÄBERLE, para quien «la Constitución no es sólo un ordenamiento jurídico para los juristas, los que tienen que interpretarla conforme a las antiguas y las nuevas reglas de la profesión, sino que actúa esencialmente también como guía para los no juristas: para el ciudadano *la Constitución* no es sólo un texto jurídico o un “*mecanismo normativo*”, sino también expresión de un estadio de desarrollo cultural, medio para la representación cultural del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas». HÄBERLE, P. (2001a), *op. cit.*, p. 5.

²⁷⁸ En este sentido, HÄBERLE apunta que «[l]a “sociedad abierta de intérpretes constitucionales” significa que tanto el ámbito de lo público como la opinión pública y la totalidad de las teorías pluralistas existentes en su seno actúan como intereses de direccionamiento epistemológico en el ámbito de todo un desarrollo progresivo propio de una Constitución “polifacética” ya de por sí». HÄBERLE, P., *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta* (estudio preliminar y traducción de Emilio Mikunda-Franco), Tecnos, Madrid, 2002, p. 112.

de la Constitución en sentido amplio. Estos intérpretes actúan al menos como «intérpretes previos» («*Vorinterpreteten*»); la responsabilidad permanece en la jurisdicción constitucional como intérprete de «última instancia»²⁷⁹.

Esta operación permite que la constitución sea, además de un programa de convivencia, un reflejo de la sociedad:

[L]a exégesis constitucional como proceso público significa, en parte, «programa» y, en parte, también «realidad y actualidad» de los intérpretes constitucionales de toda sociedad abierta, independientemente del hecho de disponer o no de jurisdicción constitucional. Esta forma de comprensión normativa procesal y pluralista de dicha exégesis permite un derecho relativo que se completa con un espectro mucho más rico y con todo un instrumento de exégesis pública orientada al bien común y a la pluralidad de opciones sociales²⁸⁰.

En esta teoría de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales ocupan un lugar destacado los derechos fundamentales, lo que nos permite vincular esta tesis con nuestra propuesta: «[L]os derechos fundamentales son una pieza de la base legitimadora democrática para la interpretación constitucional que está abierta no sólo en cuanto a sus resultados sino también respecto del círculo de los que participan en ella»²⁸¹.

Regresando al tema de la conformación del orden público a partir de los derechos fundamentales, debe partirse de la idea de que, desde una concepción de los derechos como derechos subjetivos, esto es, del derecho como pretensión invocable y objeto de protección, es posible deducir una dimensión objetiva de los mismos: los derechos como portadores de valores²⁸². En este sentido, SMEND afirmaba que «los derechos

²⁷⁹ HÄBERLE, P. (2001a), *op. cit.*, pp. 150-151.

²⁸⁰ HÄBERLE, P. (2002), *op. cit.*, p. 102.

²⁸¹ HÄBERLE, P. (2001a), *op. cit.*, pp. 158-159.

²⁸² Se ha considerado tradicionalmente que los orígenes de la doble dimensión de los derechos fundamentales —subjetiva y objetiva— se encuentran en el conocido caso *Lüth* del Tribunal Constitucional Federal alemán: «Sin duda los derechos fundamentales tienen por objeto, en primer lugar, asegurar la esfera de libertad de los particulares frente a intervenciones del poder público; son derechos de defensa (*Abwehrrechte*) del ciudadano frente al Estado. [...] No obstante, es igualmente cierto que la GG [*Grundgesetz*: Ley Fundamental de la República Federal de Alemania], que no quiere ser neutral frente a los valores, en su título referente a los derechos fundamentales también ha instituido un orden objetivo de valores y ha expresado un fortalecimiento principal de los derechos fundamentales. Este *sistema de valores*, que tiene su centro en el libre desarrollo de la personalidad humana y su dignidad en el interior de la comunidad social, debe regir como decisión constitucional básica en todos los ámbitos del derecho; de él reciben directrices e impulso la legislación, la administración y la jurisdicción». Bundesverfassungsgericht, sentencia BVerfGE 7, 198, de 15 de enero de 1958. Traducción extraída de GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 28-29.

fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución»²⁸³.

Pues bien, la elaboración del concepto de orden público debe partir de la dimensión objetiva o axiológica de los derechos fundamentales, de los que será posible extraer todo un conjunto de principios y valores objetivos²⁸⁴. Así se pronuncia PÉREZ LUÑO:

[S]e desprende de la CE que nuestros derechos fundamentales constituyen un sistema de valores objetivos dotados de una unidad de sentido y que representan la suprema expresión del orden axiológico de nuestra sociedad, así como también de la comunidad internacional a la que pertenecemos²⁸⁵.

No obstante, si bien el orden público se construye a partir de los derechos fundamentales —que, desde una perspectiva «ascendente», fundamentan y concretan los valores y principios de los que también se compone—, desde una perspectiva «descendente» esos mismos valores y principios determinan la orientación y el sentido de los derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de un concepto cuyos componentes se retroalimentan en una dialéctica permanente: los derechos constituyen tanto la primera fuente del orden público —de la que derivar su contenido— como su concreción a la realidad práctica —derivada de esos principios y valores y de su articulación en torno a la centralidad de la persona—. En cierta medida, esta construcción, propia del constitucionalismo social en cuanto los principios en los que se inspira se trasladarían al estatuto de derechos fundamentales, se conectaría con la siguiente propuesta realizada por DE CABO MARTÍN:

[L]a objetivación [de los derechos] [...] conduce a construir los «principios» del sistema constitucional a partir de los Derechos fundamentales, lo que, dada la naturaleza e impronta individualista y antiestatalista del constitucionalismo liberal, implica difundirla por todo el sistema constitucional y subconstitucional. Por ello habría que intentar desarrollar una propuesta distinta y aún contraria, acorde con el constitucionalismo del Estado social: no ya obtener los principios constitucionales a partir de los derechos sino «deducir» (naturalmente, en lo constitucionalmente posible) los Derechos a partir de los principios, de manera que se invierta el resultado. Se trataría de realizar en

²⁸³ SMEND, R., *op. cit.*, p. 232.

²⁸⁴ En este sentido, el TC afirmó que «los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que [...] han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico». Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia 21/1981, de 15 de junio, BOE núm. 161, de 7 de julio de 1981, ECLI:ES:TC:1981:21; FJ 10.

²⁸⁵ PÉREZ LUÑO, A.-E. (2007), *op. cit.*, p. 500.

el campo concreto de los derechos los supuestos del constitucionalismo del Estado social y contribuir a resolver de manera más eficaz la debilidad garantista de los derechos sociales²⁸⁶.

La conexión del concepto de orden público con la realidad social se fundamenta, por tanto, en esta interacción dinámica y bidireccional entre los derechos fundamentales (su dimensión objetiva), los principios y los valores. En este sentido, el orden público actuaría así como una especie de mecanismo de acomodación entre lo que GARCÍA-PELAYO consideraba constitución real o sociológica y la constitución jurídico-política. Esto es, un instrumento que permitiría la impregnación en la constitución material de aquella «infraestructura social» que dicho autor definía como concepto sociológico de constitución²⁸⁷: la constitución como forma de *ser* —y no de *deber ser*—, inmanencia de las situaciones y estructuras sociales del presente, no sustentada en una norma trascendente y articulada en torno a la idea de *vigencia*, no a la de *validez* (propia del concepto racional normativo de constitución) ni a la de *legitimidad* (propia del concepto histórico tradicional de constitución)²⁸⁸. El orden público permitiría de este modo que la normatividad jurídico-constitucional fuera expresión y sistematización de la realidad social subyacente²⁸⁹.

²⁸⁶ CABO MARTÍN, C. DE (2001), *op. cit.*, p. 130.

²⁸⁷ GARCÍA-PELAYO, M., *op. cit.*, pp. 48-49.

²⁸⁸ GARCÍA-PELAYO, M., *op. cit.*, pp. 46-47.

²⁸⁹ GARCÍA-PELAYO, M., *op. cit.*, pp. 48-49. Junto a este concepto sociológico de constitución, GARCÍA-PELAYO diferenciaba, como es sabido, un concepto racional normativo y un concepto histórico tradicional. El primero, sobre el que la doctrina dominante se habría construido en exclusividad (p. 55), «[c]oncibe la constitución como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. La constitución es, pues, un sistema de normas» (p. 34). A diferencia del expuesto concepto sociológico, en el que se afirma que la estructura política real de un pueblo no es creada por la normatividad (p. 48), en este concepto se entiende que es posible estructurar toda la vida estatal con arreglo a unas normas predeterminadas y predeterminadoras, lo que supone la máxima expresión del racionalismo (p. 36). No obstante, no debe identificarse el concepto racional normativo de constitución con el positivismo jurídico, con el que el autor se muestra, como se ha visto, muy crítico. Para GARCÍA-PELAYO, la constitución racional normativa es «algo perfectamente vinculado con una situación social concreta, que adquiere sentido dentro de esa realidad y que, por tanto, lo pierde cuando aquélla se transforma» (p. 38). Por ello, «en tal concepto de constitución se vinculan, por una parte, una relativización de la ordenación y actividad del Estado a las normas jurídicas legales, y, por otra, unas exigencias axiológicas y unas actitudes políticas», pero el positivismo jurídico ha conducido al abandono de las consideraciones axiológicas y políticas y a un predominio del aspecto normativo (p. 55): «Se opera [...] con un concepto racional de constitución, pero despojado en general [...] de toda referencia axiológica de índole política o moral, y resaltando la pura normatividad formal; de modo que no sólo el Derecho constitucional, sino, en general, el Derecho político, se convierte en pura nomología que no se hace problema del contenido ni de la finalidad, sino de la forma» (p. 56). Frente a este concepto racional normativo, que representa el predominio de la razón, surge, como reacción a él, el concepto histórico tradicional, que la concibe como una «estructura resultado de una lenta transformación histórica, en la que intervienen frecuentes motivos irracionales y fortuitos irreductibles a un esquema. [...] [L]a constitución de un país no es creación de un acto único y total, sino de actos parciales reflejos de situaciones concretas y, frecuentemente, de usos y costumbres formados lentamente y cuya fecha de nacimiento es imprecisa» (p. 42). A diferencia de la constitución racional normativa, y dado el importante

Considerado el orden público como un conjunto de valores, principios y derechos, el siguiente estadio del proceso de construcción conceptual consiste, no en determinar los mismos en concreto, sino en la formulación del criterio por el que un determinado valor, principio o derecho debe considerarse incluido en el concepto de orden público.

3.2. La determinación de los elementos constitutivos del orden público.

La formulación del criterio o regla que permita calificar a un determinado valor, principio o derecho como de orden público debe partir de una formulación de las características o los requisitos que todo elemento ha de reunir para considerarse incluido en dicho concepto y que pueden extraerse, en cierta medida, de las diferentes teorías formuladas sobre el contenido del orden público, descritas anteriormente. Adicionalmente, el conjunto de elementos que dota de contenido al orden público debe presentar, como tal, una serie de características.

En primer lugar, pueden señalarse dos exigencias básicas que cualquier elemento de orden público debe reunir: la *fundamentalidad* y la necesidad social. La *fundamentalidad* se identifica con el carácter esencial, trascendente o importante del valor, principio o derecho: sólo los más elementales pueden conformar el orden público, aquellos que sean inderogables e irrenunciables bajo cualquier circunstancia²⁹⁰. Debe adoptarse, en consecuencia, una postura restrictiva respecto al contenido del orden público²⁹¹, pues su operatividad como núcleo axiológico depende de la selección de los elementos que identifiquen, *strictu sensu*, al ordenamiento jurídico y lo diferencien de otros. El parámetro que determina la *fundamentalidad* del elemento viene determinado, a su vez, por la necesidad social: sólo los valores, principios y derechos que se consideren socialmente esenciales, por razones éticas, morales o de otra índole, pueden formar parte del orden público. Estos elementos deben expresar el sentir social de cada momento, esto

papel que le otorga a la costumbre, la constitución histórica no necesita ser escrita (p. 44).

²⁹⁰ En este sentido, para ANGELINI, «*la clausola di ordine pubblico [...] contribuisce a portare a evidenza l'insieme di valori, principi e diritti inviolabili sui quali si costruisce l'intero sistema ordinamentale, giungendo così a coincidire con il nucleo di concezioni fondamentali che, riconosciuti come fondanti dalla comunità giuridica, per la stessa risultano irrinunciabili*». ANGELINI, F., *op. cit.*, p. 216.

²⁹¹ En opinión de CALVO ÁLVAREZ, los «bienes protegibles por el orden público, cuya certeza en la necesidad de su protección es manifiesta, son restringidos y trascendentes». CALVO ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 143.

es, las concepciones dominantes de una sociedad ubicable en un área espacio-temporal determinada.

En segundo lugar, respecto a las cualidades predicables del orden público como conjunto, debemos citar la excepcionalidad y la orientación teleológica. El orden público es una categoría excepcional, tanto por el número restringido de elementos que lo componen como por su, necesariamente, escasa aplicabilidad en la práctica. El orden público, desde su dimensión positiva, explica, justifica y legitima axiológicamente el ordenamiento jurídico: representa la quintaesencia de un orden jurídico, por lo que debe evitarse toda utilización injustificada del concepto que pueda llegar a desvirtuarlo. Desde su dimensión negativa, las excepciones o cláusulas de orden público sólo pueden utilizarse en casos realmente excepcionales en los que las normas jurídicas positivas no ofrezcan solución alguna²⁹². A ello obedece la exigencia que, en numerosas ocasiones, impone el legislador a la activación de la cláusula del orden público: la contrariedad o la incompatibilidad *manifiesta*.

Por otra parte, el orden público no es una categoría neutra, axiológicamente indiferente, sino un concepto que, como se ha reiterado, gravita alrededor del concepto central de la dignidad de la persona. El orden público debe actuar como garante de que el ordenamiento jurídico, en su aplicación práctica por los operadores jurídicos — principalmente a través de la producción legislativa y la aplicación judicial—, asuma como premisa fundamental la protección de la persona, de su dignidad y de sus derechos en contraposición a intereses de otra naturaleza.

Llegados a este estadio del proceso de construcción conceptual, debemos aunar lo expuesto hasta este momento en una definición global de orden público que, a su vez, nos permita posteriormente analizar más dimensiones del mismo: el orden público puede ser definido como una categoría jurídica compuesta por valores, principios y derechos fundamentales —irrenunciables y caracterizadores de un determinado ordenamiento constitucional—, que trata de garantizar la mayor protección, promoción y efectividad de la igual dignidad humana en la creación, interpretación y aplicación del Derecho. Aplicando

²⁹² CORTHAUT considera que la cláusula de orden público, como *ultimum remedium*, sólo debe aplicarse en caso de «fallos sistémicos» para evitar situaciones inaceptables cuando no hay otros medios alternativos. CORTHAUT, T., *EU Ordre Public*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn (Países Bajos), 2012, p. 184.

la estructura aristotélica de definición analítica según la cual la definición (*definiendum*) requiere de un *genus* (la identificación del género al que pertenece lo definido) y unas *differentiae* (aquello que lo especifica dentro del género)²⁹³, el orden público constituiría una categoría jurídico-axiológica (*genus*, como los valores, principios o derechos) que, específicamente, procura la centralidad de la dignidad humana en el ordenamiento jurídico-político (*differentiae*: lo que lo diferencia de los valores, principios o derechos es su capacidad para articular el ordenamiento jurídico-político en torno a la centralidad de la persona).

3.3. El orden público y la seguridad pública o ciudadana.

Antes de proceder a completar la construcción conceptual del orden público en lo que se refiere a su operatividad y funciones, resulta necesario realizar un último apunte sobre su contenido. La entrada en vigor de la Constitución española de 1978 produjo una sensible disminución en la utilización del concepto de orden público por parte de la legislación y la doctrina científica. En primer lugar, ello se debe, en parte, a la apropiación del término efectuada por el régimen franquista, no tanto en lo que se refiere a la Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público —que reproduce, en términos generales, la republicana Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933, cuya regulación se centraba en las facultades de las autoridades gubernativas y los estados excepcionales (excepción y guerra en la de 1959; prevención, alarma y guerra en la de 1933)—, sino especialmente en relación a la Ley 154/1963, de 2 de diciembre, sobre creación del Juzgado y Tribunales de Orden Público. El Tribunal de Orden Público actuó, hasta su supresión en 1977²⁹⁴, como instrumento de represión del régimen franquista contra los delitos políticos²⁹⁵ y, así, como limitador del ejercicio de derechos y libertades. En la apertura del proceso constituyente, el orden público había quedado identificado con el orden social según su concepción procedente de los ideales franquistas²⁹⁶.

²⁹³ ARISTÓTELES, *Metafísica*, libro VII, capítulo 12, El Cid Editor, Santa Fe (Argentina), 2003, p. 243-246.

²⁹⁴ Real Decreto-Ley 2/1977, de 4 de enero, por el que se suprimen el Tribunal y Juzgados de Orden Público y se crean en Madrid dos nuevos Juzgados de Instrucción.

²⁹⁵ Cfr. DEL ÁGUILA, J. J., *El TOP: la represión de la libertad (1963-1977)*, Planeta, Barcelona, 2001.

²⁹⁶ Por ello, Tierno Galván abogaba en 1977 por una redefinición del orden público: «El orden público basado en criterios autoritarios debe dar paso a una teoría y práctica de una nueva concepción del orden público democrático», que «no consiste sólo y exclusivamente en un proceso que venga de abajo arriba, en virtud del cual el Estado garantice sólo la libre espontaneidad del ciudadano; consiste también en una acción que

En segundo lugar, a la infrautilización del concepto también contribuyó la progresiva vinculación que el Derecho administrativo efectuó del mismo hacia la seguridad pública o ciudadana²⁹⁷. El orden público, en este sentido, es considerado exclusivamente desde la vertiente interna de su dimensión negativa, esto es, como situación de hecho caracterizada por la ausencia de conflicto (normal funcionamiento de las instituciones y libre ejercicio de los derechos y libertades), para lo que es necesario un determinado nivel de seguridad²⁹⁸. Desde el Derecho administrativo, por tanto, se aprueban una serie de medidas de policía que tienen por objeto garantizar la seguridad pública o ciudadana. Orden público, como fin, y seguridad pública, como medio, quedan, así, confundidos²⁹⁹.

Resulta necesario, en consecuencia, desligar el concepto de seguridad pública del de orden público³⁰⁰. Mientras que el concepto de orden público, en el Estado contemporáneo, debe relacionarse con la garantía de los derechos y libertades fundamentales³⁰¹, la seguridad pública —u orden social— debe considerarse como el

viene de arriba abajo que da al Estado, y debe darle, fuerza suficiente para poder sostener y defender los intereses generales», apuntando así a la función orientadora que, en cuanto guía axiológica, desempeña el orden público (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 8, de 14 de septiembre de 1977, p. 190). En cualquier caso, la contaminación del concepto por connotaciones autoritarias no es un fenómeno exclusivo de la dictadura española. Durante el régimen fascista italiano, por ejemplo, el orden público sirvió también como fundamento de poderes implícitos extralegales. CORSO, G., «Ordine pubblico (dir. pubbl.)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXX, Giuffrè Editore, Varese (Italia), 1980, p. 1060.

²⁹⁷ CALVO ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 37. Para un análisis de la evolución del concepto de orden público desde la perspectiva del Derecho administrativo *vid.* MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *op. cit.*, p. 407 y ss.

²⁹⁸ Todavía hoy es predominante esta concepción del orden público como ausencia de conflicto o incluso como el medio o instrumento que ha de garantizar dicha situación de paz social. Así, por ejemplo, una de las exigencias del partido *Candidatura d'Unitat Popular* (CUP) en las negociaciones para la formación del gobierno catalán tras las elecciones al *Parlament* del 14 de febrero de 2021 fue, precisamente, una revisión del modelo de orden público entendido como todas aquellas funciones de seguridad pública a cargo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado —en concreto, los *Mossos d'Esquadra*—, exigencia motivada por los disturbios ocasionados tras la entrada en prisión del rapero Pablo Hasél el 16 de febrero de 2021. QUITIAN, S., «ERC y CUP se comprometen a “transformar” el modelo orden público de los Mossos», en *La Vanguardia*, 26 de febrero de 2021. Recuperado de: <<https://www.lavanguardia.com/politica/20210226/6260311/erc-cup-acuerdan-transformar-modelo-orden-publico-mossos-tercera-reunion.html>>.

²⁹⁹ Para DELGADO AGUADO, «[e]l concepto de orden público, que pone el acento en la intervención represiva del Estado dirigida a imponer el respeto al ordenamiento legal, respecto al cual ha de conformarse la sociedad, estaba completamente desfasado. Fue progresivamente sustituido por el de seguridad ciudadana que, sin dejar de valorar la importancia de la actuación represiva, la integra dentro de una estrategia más general, cuyo punto de inicio es el derecho de los ciudadanos al ejercicio de las libertades públicas». DELGADO AGUADO, J., *op. cit.*, p. 36. Para un análisis de esta concepción del orden público desde una perspectiva histórica *vid.* BALLBÉ, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Universidad, Madrid, 1985.

³⁰⁰ Para un análisis detallado de la diferenciación del concepto de «orden público» con los de «seguridad pública» y «paz pública», *vid.* MARTÍN PARDO, A., *op. cit.*, pp. 400-408.

³⁰¹ De acuerdo con ARNALDO ALCUBILLA, «[e]n el Estado contemporáneo [...], el orden público se desliga necesariamente de las connotaciones derivadas del mantenimiento de determinada normalidad de la paz social para relacionarse directamente con la garantía de los derechos y libertades fundamentales que la

resultado de la efectividad de un conjunto de medidas atribuidas a determinados cuerpos administrativos que tienen por objeto garantizar una situación de ausencia de conflicto que garantice la protección personal, en el sentido del art. 17.1 CE, y la ausencia de riesgos en el ejercicio de los derechos.

Pese a que el art. 104.1 CE³⁰² se refiere a esta concepción de seguridad pública y no incluye el concepto de orden público, los artículos equivalentes de los Estatutos de Autonomía sí lo recuperaron³⁰³. De esta manera, el art. 17.1 del Estatuto de Autonomía del País Vasco establece que «corresponderá a las Instituciones del País Vasco [...] el régimen de la Policía Autónoma para la protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público dentro del territorio autónomo»; el art. 164.5.a) del Estatuto de Autonomía de Cataluña establece que «[l]a Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra tiene como ámbito de actuación el conjunto del territorio de Cataluña y ejerce todas las funciones propias de un cuerpo de policía, en los siguientes ámbitos: a) La seguridad ciudadana y el orden público»; finalmente, el art. 67.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía establece que «[c]orresponden a la Comunidad Autónoma competencias de ejecución en materia de seguridad ciudadana y orden público en los términos que establezca la legislación del Estado».

En definitiva, debe evitarse la identificación del orden público con la seguridad pública, esto es, con el efecto o consecuencia fáctica de la vigencia del sistema de valores que constituye aquél. La confusión de ambos conceptos, frecuente en el franquismo con su consideración del orden público como instrumento de control y represión social, no es compatible con la distinción efectuada entre la dimensión positiva del concepto (su definición como núcleo axiológico del ordenamiento) y la dimensión negativa (los instrumentos articulados por dicho ordenamiento en garantía de aquel núcleo axiológico).

Constitución reconoce a todos los ciudadanos que nacen libres y son iguales ante la ley». ARNALDO ALCUBILLA, E., *op. cit.*, p. 222.

³⁰² El art. 104.1 CE establece que «[l]as Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana».

³⁰³ Dicha confusión ha llevado al TC, en ocasiones, a considerar el orden público como sinónimo de seguridad pública. La STC 172/2013, de 10 de octubre, estableció que, «[p]ara que una Comunidad Autónoma pueda autorizar el acuerdo de colaboración entre municipios limítrofes para la prestación de servicios de policía local [...] resulta necesario que esa Comunidad Autónoma haya asumido en su Estatuto de Autonomía competencias en materia de protección de personas y bienes y de mantenimiento del orden público; es decir, en materia de “seguridad pública”». Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 172/2013, de 10 de octubre, BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2013, ECLI:ES:TC:2013:172, FJ 3.

4. El orden público en su aplicación práctica: la operatividad del concepto.

La construcción conceptual del orden público se ha realizado, hasta este momento, en términos esencialmente teóricos. No obstante, una comprensión global del término requiere asimismo una aproximación a la vertiente práctica u operativa del orden público, esto es, a su efectivo funcionamiento en la realidad de un determinado ordenamiento.

El orden público es el núcleo axiológico del ordenamiento constitucional, que articula, en un concepto unitario, la esencia del sistema de valores, principios y derechos que derivan de la constitución. Esto es, constituye el núcleo axiológico mínimo, condensado, a partir del cual se despliega el conjunto de valores, principios y derechos. Por ello, aunque el orden público esté dotado de valores, principios y derechos, la una y las otras constituyen categorías jurídicas distintas.

El orden público puede ser considerado como una categoría en cierto modo «superpuesta» al propio sistema de valores, pues su función es articular y dotar de una unidad de sentido al mismo. Concebido como principio de principios³⁰⁴, el orden público pondera y prioriza los diferentes valores, principios y derechos implicados en cada caso en función de un objetivo: la máxima protección de la persona. Esta operatividad —ponderación entre valores y/o intereses en torno a la máxima de la dignidad— se manifiesta en cada uno de los tres poderes del Estado, de modo que el orden público vendría a desempeñar una función informadora, inspiradora u orientadora³⁰⁵ del ordenamiento jurídico y de sus operadores.

³⁰⁴ CALVO ÁLVAREZ considera que, «[s]i los principios jurídicos dan unidad al orden jurídico, el orden público —principio de principios— armoniza y jerarquiza esos principios». CALVO ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 124.

³⁰⁵ CALVO ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 125. Para CHUECA RODRÍGUEZ, esta función orientadora es desempeñada por el núcleo del orden público, la dignidad, que «posee la fuerza magnética para reorientar los preceptos jurídicos y condicionar los procesos de decisión de los operadores jurídicos». CHUECA RODRÍGUEZ, R., *op. cit.*, p. 30. Esta perspectiva es compartida por VERONESI, quien considera que la dignidad puede utilizarse para coordinar los principios y derechos enunciados en la constitución a modo de guía del movimiento y la armonización recíproca respecto al caso implicado. VERONESI, P., «La dignidad humana: una idea aparentemente clara. Entre la tópica y la hermenéutica constitucional italiana», en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 157-158.

En efecto, si los principios orientan los desarrollos legales y jurisprudenciales de un ordenamiento, el orden público, como portador de esos principios, dirige al ordenamiento hacia la centralidad de la posición de la persona, indicando cómo deben ser aplicados los valores jurídicos presentes en la sociedad y exigiendo la impregnación de los mismos en todo el ordenamiento jurídico. CALVO ÁLVAREZ³⁰⁶ considera que esa cualidad del orden público permitiría diferenciarlo del concepto de ordenamiento jurídico: el orden jurídico puede ser contemplado en un sentido pasivo (en cuanto ordenado) o en un sentido activo (en cuanto ordenador). En su sentido pasivo, el orden jurídico es el resultado de la función orientadora del Derecho; función que desempeñaría el orden jurídico en su sentido activo. Pues bien, mientras que en el primer sentido hablaríamos de ordenamiento, en el segundo, de orden público. El orden público sería así la fuerza conformadora del Derecho, cuya vigencia efectiva custodiaría activamente.

En primer lugar, desde una óptica político-legislativa, el orden público determina las directrices de actuación de los poderes públicos, que de este modo deberán procurar en su actividad la efectiva protección de los derechos de las personas y la máxima vigencia de los valores y principios constitucionales. Desde esta dimensión política, la manifestación del orden público se produciría, en concreto, en la fase de producción normativa: por un lado, los agentes públicos deben adoptar normativa que contribuya a la plena eficacia del orden público; por otro lado, han de evitar que toda norma que pretenda ser aprobada vulnere, de forma directa o indirecta, el orden público. El objetivo de la protección y promoción de la dignidad humana condujo al legislador, por ejemplo, a reconocer, guiado por los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad, el derecho a rectificar la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil en caso de discordancia con su identidad de género (Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas).

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, el poder ejecutivo es el primer garante del respeto y protección del orden público en la aplicación del ordenamiento jurídico. Su función está mediada por el papel de los otros dos poderes: las normas jurídicas a aplicar han de velar por la promoción de la dignidad de la persona, que constituye el eje del orden público (poder legislativo), y su vulneración puede ser reparada

³⁰⁶ CALVO ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 137.

mediante la intervención judicial (poder judicial). Por ello, si bien es cierto que la presencia del orden público en el poder ejecutivo es más reducida que en el legislativo y judicial, la Administración es la responsable en primera instancia de interpretar el ordenamiento jurídico de conformidad con el orden público, así como de concretar el concepto en la realidad práctica. La manifestación del orden público en el ejercicio del poder ejecutivo se produjo, por ejemplo, en la denegación por la Dirección General de Asuntos Religiosos de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas de una confesión —la Iglesia Evangélica del Buen Pastor— que, por no permitir el abandono voluntario de sus miembros sino supeditarlos a la decisión de la autoridad eclesiástica, se entendió que sobrepasaba los límites del orden público³⁰⁷.

En tercer lugar, el orden público se convierte en el marco de referencia del poder judicial en la aplicación del Derecho positivo a los concretos casos planteados. Sobre la máxima de la centralidad de la dignidad y la persona, el operador judicial ha de emplear el orden público como un criterio de ponderación y priorización de los valores, principios o derechos que se encuentran en colisión. De esta manera, cuando el Derecho positivo, impregnado en sí mismo de las exigencias de orden público, no es sin embargo capaz de dar una respuesta acorde con el mismo al caso enjuiciado, el órgano judicial debe llevar a cabo una operación de identificación de los valores, principios y derechos implicados y articular a partir de ellos una solución que, sin renunciar a ninguno, priorice a aquéllos que permitan la máxima satisfacción de la dignidad humana. El orden público en la vertiente judicial se manifiesta, por ejemplo, cuando las autoridades judiciales rechazan apreciar el requisito del suficiente grado de integración en la sociedad española de una persona cónyuge en un matrimonio polígamo por vulneración del orden público español³⁰⁸.

El recurso judicial al orden público sólo procede, como corresponde a la nota de la excepcionalidad antes referenciada, en caso de falta de respuesta en el Derecho positivo. En principio, el orden público, en cuanto también vincula al poder legislativo, ha de inspirar

³⁰⁷ Resolución de 10 de septiembre de 1987, citada en: ALDANONDO SALAVERRÍA, I., «Nuevos movimientos religiosos y Registro de Entidades Religiosas», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 17, 2013, pp. 382-383. Sobre el orden público como causa de denegación de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas *vid.* HERRERO CEBALLOS, E., *El registro de entidades religiosas. Estudio global y sistemático*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2012, pp. 253-297.

³⁰⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia de 19 de junio de 2008, RJ\2008\6478.

el Derecho positivo, por lo que la aplicación —administrativa o judicial— de una norma supone también la aplicación *concretada* del orden público. La celebración de un matrimonio entre personas del mismo sexo supone la simple aplicación por los sujetos legitimados del art. 44 CC; en sí mismo, este artículo es expresivo del orden público, concretado aquí en la elevación moral del valor igualdad sobre el principio de conservación de las tradiciones (en este caso, la institución del matrimonio —heterosexual—), por lo que no es necesario acudir —ni por parte del oficiante ni del eventual revisor judicial— al «orden público» —o, si se prefiere, al concepto «puro» de orden público—. Esto mismo sucede con el art. 217 CP, que, al castigar con pena de prisión de seis meses a un año al que contrajere segundo o ulterior matrimonio a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, expresa el rechazo del orden público español a la poligamia. Por el contrario, sólo cuando una aplicación de las normas positivas que produzca una alteración del sistema de valores que constituye el orden público no pueda resolverse en el Derecho positivo —como se verá en el caso de la gestación por sustitución en la STS 247/2014, de 6 de febrero de 2014³⁰⁹—, o bien cuando la propia norma remite al mismo —como sucede en el art. 16.1 CE y los muchos ejemplos presentes en la legislación positiva, que se estudiarán más adelante—, es posible acudir directamente a la cláusula de orden público.

5. Orden público y fundamentación constitucional. Las funciones del orden público.

Una vez construido el concepto de orden público a partir de las dos dimensiones de que se compone, establecida la pauta por la que dotar de contenido al mismo y explicada su operatividad en el ámbito de su aplicación práctica, disponemos ya de elementos de juicio para poder afirmar que el orden público constituye el fundamento dogmático del ordenamiento constitucional.

³⁰⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia 247/2014, *cit.*

5.1. El orden público como fundamento dogmático del ordenamiento constitucional.

El orden público es una institución jurídica que articula los valores, principios y derechos de un determinado ordenamiento jurídico en torno a la centralidad de la persona, lo que se traduce en la obligatoriedad de los poderes públicos de promover la máxima realización de la igual dignidad humana en la actividad legislativa, ejecutiva y judicial. El orden público, pues, desempeña la función a la que está llamado el constitucionalismo del Estado social: la ordenación, limitación y racionalización del poder en garantía de la máxima realización de la igual dignidad humana. En este sentido, puede afirmarse que el orden público representa el mecanismo jurídico a través del cual se realizan los fines propios del constitucionalismo social.

En este concreto sentido expuesto, el orden público, esto es, la máxima realización de la igual dignidad humana, constituye la razón de ser del ordenamiento constitucional. Por ello, este concepto puede ser también analizado metodológicamente desde la perspectiva de la teoría del Estado. El orden público es el elemento simbiótico del Estado constitucional, presupuesto y fin del mismo. Como presupuesto, soporta o sustenta la organización política³¹⁰ y el ordenamiento jurídico. Como fin, orienta al Estado y al ordenamiento jurídico hacia una concepción del orden público como, ahora sí, situación de hecho, orden material o social: el Estado como medio para alcanzar el orden social³¹¹.

Esta función del orden público se relaciona con lo que SMEND denominó «integración material». Según este autor, «[e]l Estado no es un fenómeno natural que deba ser simplemente constatado, sino una realización cultural que como tal realidad de la vida del espíritu es fluida, necesitada continuamente de renovación y desarrollo, puesta continuamente en duda»³¹², proceso que denominaba «integración»: «El Estado existe únicamente a causa de, y en la medida en que se halla inmerso en este proceso de auto-integración que se desarrolla a partir del individuo y en el propio individuo»³¹³. La

³¹⁰ MONTALVO ABIOL, J. C., *op. cit.*, p. 206.

³¹¹ MONTALVO ABIOL, J. C., *op. cit.*, p. 205.

³¹² SMEND, R., *op. cit.*, p. 61.

³¹³ SMEND, R., *op. cit.*, p. 65.

centralidad de la dignidad humana, elemento clave en la conformación del concepto de orden público, aparece así como el eje de la teoría de SMEND.

La existencia del Estado dependía, según SMEND, de una triple integración: personal, funcional y material. La primera se generaba alrededor de personas que, como la que ocupa la jefatura del Estado, están llamadas a representar y encarnar la unidad política del pueblo³¹⁴. La segunda se producía en torno a formas de vidas tendentes a generar un sentido colectivo de comunidad³¹⁵; por ejemplo, una manifestación pública³¹⁶ o la dialéctica parlamentaria³¹⁷. Finalmente, la existencia del Estado también dependía de una integración material, esto es, de una comunidad de valores no cuestionada por las luchas políticas que proporcionara pautas normativas³¹⁸. Estos valores eran concretados, como ya se ha afirmado, a través de los derechos³¹⁹:

[L]os derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución. Desde el punto de vista político, esto significa una voluntad de integración material; desde el punto de vista jurídico, la legitimación del orden positivo estatal y jurídico. Este orden positivo es válido sólo en cuanto que representa este sistema de valores y precisamente por él se convierte en legítimo³²⁰.

El orden público, de esta manera, fundamenta políticamente el Estado, en cuanto éste «es real únicamente en la medida en que es realización de un significado material»³²¹, así como confiere legitimación al ordenamiento jurídico.

³¹⁴ SMEND, R., *op. cit.*, p. 73.

³¹⁵ SMEND, R., *op. cit.*, p. 78.

³¹⁶ SMEND, R., *op. cit.*, p. 79.

³¹⁷ SMEND, R., *op. cit.*, p. 86.

³¹⁸ SMEND, R., *op. cit.*, p. 87.

³¹⁹ Para SMEND, los derechos fundamentales desempeñan una doble función: fundamentación del sistema cultural o axiológico e integración de la comunidad: el «catálogo de los derechos fundamentales [...] pretende regular, por una parte, una serie material autónoma, es decir, un sistema de valores, de bienes, un sistema cultural, y por otra, lo regula en tanto que sistema nacional, es decir, el sistema de todos los alemanes, el cual afirma el carácter nacional de valores más generales, y confiere con ello a los miembros de ese Estado de distintas nacionalidades un status material único. Gracias a este status se convierten en un pueblo, con respecto a sí mismo y frente a otros pueblos. En estos dos sentidos, en el de la fundamentación de un sistema cultural y en el de la integración popular, radica la orientación positiva de los derechos fundamentales». SMEND, R., *op. cit.*, pp. 230-231.

³²⁰ SMEND, R., *op. cit.*, p. 232.

³²¹ SMEND, R., *op. cit.*, pp. 93-94.

5.2. Orden público y legitimidad democrática.

El orden público, como fundamento dogmático del ordenamiento constitucional, le proporciona al mismo una legitimidad democrática que radica en la articulación del ordenamiento hacia la máxima realización de la igual dignidad humana.

La vigencia y eficacia del ordenamiento jurídico depende de que sea investido de una autoridad que justifique su respeto por parte de la ciudadanía destinataria del mismo; esto es, de legitimidad. En los ordenamientos constitucionales no cabe otra legitimidad que la legitimidad democrática, en el sentido de que el fundamento y eje central del ordenamiento jurídico debe ser la persona. La centralidad de la persona debe manifestarse tanto en el ejercicio del poder público (participación ciudadana, directa o indirecta, en la adopción de decisiones) como en el resultado de dicho ejercicio (normativa orientada a la protección de la persona)³²².

En la conformación de la legitimidad democrática desempeña una importante función, por tanto, el orden público. Como indicó BOBBIO³²³, la legitimidad de la norma jurídica depende de su concordancia con un concreto sistema de valores. Del mismo modo, para SMEND la legitimidad, como se ha expuesto, era una consecuencia de la integración material del Estado: «[L]egitimidad significa sobre todo integración a través de unos ciertos valores materiales»³²⁴.

El orden público, como núcleo axiológico, legitima la propia existencia del ordenamiento jurídico porque le otorga una coherencia basada en la centralidad de la persona³²⁵, que exige al legislador la orientación de su política hacia la máxima efectividad

³²² Se trata de la clásica distinción entre democracia formal y democracia material a la que alude SADURSKI cuando afirma que «[i]t is often said that a democratic state, in order to be fully legitimate, must not only issue its laws in a procedurally correct way but must also ensure that they comply with certain substantive values. Democracy, it is said, not only requires designing and following the correct procedures but its laws must in addition comply with certain values, such as human dignity, liberty, equal concern for all etc., in order to be fully legitimate». SADURSKI, W., «Law's Legitimacy and "Democracy-Plus"», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n.º 2, 2006a, p. 377.

³²³ BOBBIO, N., *Teoría de la norma jurídica*, G. Giappichelli, Turín, 1958, p. 35.

³²⁴ SMEND, R., *op. cit.*, p. 180. De este modo, «[s]in legitimidad, es decir, sin un fundamento válido, justificativo de la existencia del Estado, basado en unos valores históricamente válidos y que trasciendan al propio Estado y a su ordenamiento jurídico, no puede hablarse de una validez del orden constitucional y jurídico [sic]». SMEND, R., *op. cit.*, p. 166.

³²⁵ PASCUAL MEDRANO vincula la legitimidad del ordenamiento jurídico con la dignidad humana (núcleo del orden público): el hecho de que la dignidad sea fundamento del orden político «irradia un efecto o proyección legitimadora [...] del sistema político fundado». PASCUAL MEDRANO, A., *op. cit.*, p. 330.

de los derechos fundamentales de la persona y al aplicador del Derecho la garantía de los mismos. En este sentido, KRIELE afirmó que «los derechos fundamentales y la democracia se hallan en una relación de condicionamiento mutuo: la democracia presupone libertad individual protegida jurídicamente para todos; la libertad para todos presupone democracia»³²⁶.

La coherencia que proporciona el orden público al ordenamiento jurídico —su orientación en torno a la máxima realización del concreto valor dignidad— constituye el elemento medular de su contribución a la legitimidad democrática del ordenamiento. Al constituir el fundamento axiológico de cada elemento normativo y también del conjunto, el orden público evita las contradicciones axiológicas que pudieran producirse, dando lugar a un ordenamiento armónico³²⁷ u homogeneizado³²⁸ cuyos componentes se encuentran interrelacionados.

A esta legitimidad democrática basada en la coherencia del ordenamiento es posible añadir otra fundamentada, en concreto, en los derechos fundamentales —sobre los cuales se construye el orden público—:

Los derechos fundamentales son fuente de legitimación del sistema democrático y del proceso constituyente europeo. Esa dimensión social de la democracia se añade a la formal propia del Estado de Derecho clásico, y permite condicionar las decisiones formalmente democráticas al obligado respeto a los contenidos que se impone deducir de los derechos fundamentales. De este modo, se introduce una [sic] principio de legitimidad material sobreañadido a la estricta legitimidad formal y procedimental del Estado democrático. La garantía de los derechos fundamentales es inherente al Estado democrático contemporáneo, existiendo una relación de condicionamiento mutuo entre los derechos fundamentales y la democracia³²⁹.

Por otra parte, el orden público legitima el ordenamiento jurídico en atención a la función que desempeña la persona en la construcción del concepto: el orden público expresa, en forma de valores, principios y derechos, las necesidades, las concepciones y los sentires sociales. Es la propia voluntad de la sociedad la que modula la aplicación de los mismos, empoderando a la persona y confiriendo al ordenamiento jurídico la justificación

³²⁶ KRIELE, M., *Introducción a la teoría del estado: fundamentos históricos de la legitimidad del estado constitucional democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 470-474.

³²⁷ CALVO ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 24.

³²⁸ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Derecho internacional privado*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1983, p. 282.

³²⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., *op. cit.*, pp. 155-156.

necesaria para su adecuado y eficaz cumplimiento. Son la ciudadanía, mediante el ejercicio con una determinada amplitud de los derechos fundamentales, y el grado de respeto del mismo por parte de la sociedad, los factores que contribuyen a la modulación de los valores y principios que componen el orden público, por lo que puede afirmarse que esa intervención en el sistema axiológico contribuye a la legitimación del ordenamiento jurídico.

5.3. Orden público e identidad constitucional.

El orden público, finalmente, desempeña también una cierta función identitaria, en cuanto su contenido está constituido por los valores, principios y derechos que caracterizan a una determinada sociedad en un concreto momento histórico. Analizado desde la vertiente externa de su dimensión positiva, el orden público permite caracterizar y singularizar el ordenamiento jurídico del que se predica. Ello produce, por un lado, que la ciudadanía pueda desarrollar un sentimiento de pertenencia, identificación o adherencia a dicho sistema de valores, y, por otro lado, que ese mismo sistema pueda configurarse como un proyecto político en sí mismo, en los términos propios de la identidad constitucional.

La «identidad constitucional» puede ser considerada como una categoría específica de la más amplia «identidad política», entendida como aquella conciencia colectiva que, descansando en un fundamento histórico-cultural compartido, postula un proyecto de convivencia u organización social³³⁰ (un determinado modelo de ordenación de los

³³⁰ Sobre el doble componente —cultural y político— de la identidad nacional, se ha apuntado que «*the concept of national identity includes not only the specific culture, language, custom and religion, but also the identity of the state, which manifests itself in the behaviour of the basic state institutions and functions that determine the existence of the state as a separate political identity*». CERN, K. M. y WOJCIECHOWSKI, B., «The holy grail as the heritage of the future on the search for a common legal culture in presources of the EU law», en HAUSER, R., ZIRK-SADOWSKI, M. y WOJCIECHOWSKI, B. (eds.), *The Common European Constitutional Culture. Its Sources, Limits and Identity*, Dia-Logos, Schriften zu Philosophie und Sozialwissenschaften / Studies in Philosophy and Social Sciences, Bd./vol. 21, Peter Lang Edition, Nueva York, 2016, p. 38. Del mismo modo, BRUTER propone analizar la identidad distinguiendo entre una identidad cultural, donde la pertenencia se percibe sobre la base de la cultura, los valores, la religión y la etnia, y una identidad cívica, basada en la identificación con una estructura política, instituciones, derechos y reglas de la comunidad política: «*I derive two interpretations of the notion of identity of individual citizens to existing political communities. The first, a “cultural” perspective, would analyse political identities as the sense of belonging an individual citizen feels towards a particular political group. This group can be perceived by him to be defined by a certain culture, social similarities, values, religion, ethics or even ethnicity. The second, a “civic” perspective, would see political identities as the identification of citizens with a political structure, such as a State, which can be defined as the set of institutions, rights, and rules that preside over the political life of a community*». BRUTER, M., *Citizens of Europe? The Emergence of a Mass European Identity*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2005,

poderes, de gestión de la economía o de participación ciudadana en las decisiones políticas). Este proyecto ha sido identificado como la «experiencia compartida»³³¹, las instituciones³³² o, en lo que nos interesa, la constitución, en lo que ha venido a denominarse «identidad constitucional».

La identidad constitucional³³³ o patriotismo constitucional³³⁴ fundamenta su proyecto político en la adhesión a los valores y los principios propios del

p. 12.

³³¹ Para CASTELLS, «la etnicidad, la religión, la lengua, el territorio, *per se*, no son suficientes para construir naciones e inducir el nacionalismo. Sí lo es la experiencia compartida: tanto los Estados Unidos como Japón son países con una fuerte identidad nacional y la mayoría de sus ciudadanos nacionales experimentan y expresan fuertes sentimientos patrióticos. No obstante, Japón es una de las naciones más homogéneas desde el punto de vista étnico de la tierra, mientras que los Estados Unidos es una de las más heterogéneas. Pero en ambos casos, existe una historia y un proyecto compartidos y sus narrativas históricas se construyeron sobre una experiencia social, étnica, territorial y de género diversificada, pero común a la gente de cada país por muchas razones». CASTELLS, M., *La era de la información: economía, sociedad y cultura. Volumen II: El poder de la identidad*, 2.ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2003, p. 60.

³³² Según MASON «a person has a sense of belonging to a polity if and only if she identifies with most of its major institutions and some of its central practices and feels at home in them». MASON, A., «Political Community, Liberal-Nationalism, and the Ethics of Assimilation», en *Ethics*, n.º 109 (2), enero 1999, p. 272.

³³³ SADURSKI define la identidad constitucional como un conjunto de valores, principios y pautas que definen «meta-políticas», es decir, los límites observados e impuestos dentro de los cuales tiene lugar la política diaria. SADURSKI, W., *European Constitutional Identity?*, EU LAW Working Papers, n.º 2006/33, 2006b, recuperado de: <<http://hdl.handle.net/1814/6391>>, p. 1. La capacidad de la constitución de generar identidad se producía, según VON BOGDANDY, tanto directa como indirectamente: «Una Constitución tiene efectos directos o inmediatos en la construcción de la identidad cuando ella *misma* [...] opera como *criterio rector* en los procesos decisivos de identificación, lo cual requiere que una amplia mayoría de ciudadanos vea en la Constitución como tal, o en principios constitucionales concretos, el fundamento de su pertenencia al grupo o sus disposiciones de actuación», pero cuando no existe una previa base popular culturalmente homogénea (un «pueblo» o una «nación» claramente delimitados), la constitución también puede generar una identidad colectiva de manera mediata: «El derecho constitucional, por el contrario, colabora de manera *mediata* en la construcción de la identidad, cuando crea o configura criterios determinantes del comportamiento humano, como por ejemplo cuando el derecho constitucional determina y cambia normas jurídicas que influyen en ciertos roles» o como resultado «de su contribución a la operatividad de la democracia, la transparencia, el Estado de Derecho y la eficiencia de un sistema político, que en razón de “estas cualidades” forma la identidad social». VON BOGDANDY, A., «Identidad constitucional. Exploración de un fenómeno ambiguo con ocasión de la política de identidad europea de *lege lata* y *lege ferenda*», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 75, septiembre-diciembre 2005, pp. 18-19. Sobre la identidad constitucional *vid.*, además de las anteriores referencias: JACOBSON, G. J., *Constitutional identity*, Harvard University Press, Cambridge – Londres, 2010 y ROSENFELD, M., *The Identity of the Constitutional Subject Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, Routledge, Londres, 2009.

³³⁴ El patriotismo constitucional es una formulación específica de la teoría de la identidad constitucional que ha arraigado especialmente en ámbitos extrajurídicos. El autor de este concepto —el *Verfassungspatriotismus*— fue el politólogo DOLF STERNBERGER (STERNBERGER, D., *Patriotismo constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001), quien lo acuñó en el contexto del trigésimo aniversario de la Ley Fundamental de Bonn. Según su teoría, la Constitución alemana, nacida en un clima de desilusión, habría conseguido sin embargo generar un nuevo tipo de adhesión hacia el texto constitucional derivada de sus éxitos en la reconstrucción política de la Alemania de la postguerra; modelo de patriotismo que se contraponía a la identidad étnica que había dominado durante el régimen nazi. El término fue popularizado por HABERMAS, que lo articuló en torno a la universalidad de los valores democráticos y los derechos humanos, a un modelo postnacional y racional de patriotismo que sustituía la «identificación con el Estado» por la

constitucionalismo. En este sentido, el orden público puede erigirse en un medio jurídico idóneo para generar una identidad constitucional: en cuanto núcleo axiológico inderogable, refleja los sentires sociales, los valores esenciales de la sociedad en un momento dado³³⁵, «recoge su eticidad específica y concreta»³³⁶ y representa la quintaesencia de su ordenamiento jurídico³³⁷. Frente a la mera enumeración de los valores —o de los valores, principios y derechos— que caracterizan a un determinado ordenamiento jurídico-político, el orden público permite una caracterización y singularización más apurada de dicho ordenamiento, pues se construye a partir de la manera en que se ejercen los derechos fundamentales por parte de sus titulares, del grado de tolerancia de sus sujetos pasivos, de la eficaz protección de los derechos como criterio implicado en la producción normativa o de su respeto, control y garantía por parte del aplicador del Derecho.

«orientación por la Constitución». Este autor justifica su propuesta mediante un argumento histórico y un argumento empírico: en el primer sentido señala que el patriotismo clásico —estatal-nacional—, no es un modelo válido para los alemanes, pues la unidad de su vida cultural, lingüística e histórica no ha coincidido nunca con un Estado; en el segundo sentido, apela al propio éxito de un modelo constitucional que ha sido capaz de superar el fascismo, establecer el Estado de Derecho y configurar una cultura política liberal. HABERMAS, J., *Identidades nacionales y postnacionales*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 115-116.

El patriotismo constitucional habermasiano apuesta por un patriotismo «abstracto, que no se refiera ya al todo concreto de una nación, sino a procedimientos y principios abstractos»: «[L]a idea abstracta de universalización de la democracia y de los derechos humanos constituye la materia dura en que se refractan los rayos de las tradiciones nacionales —del lenguaje, la literatura y la historia— de la propia nación». HABERMAS, J. (1989), *op. cit.*, pp. 101-102. Estos principios se encarnarían en la Constitución, por lo que sería necesario un «cambio en la carga afectiva del Estado y la Constitución»: «Al transformarse la *identificación con el Estado* en una *orientación por la Constitución* [es decir, por los valores constitucionales], los principios constitucionales universalistas adquieren en cierto modo la primacía sobre los contextos particulares en los que en cada caso se inscribe la historia nacional del Estado. Este cambio de una identidad centrada en el Estado a una orientación por la Constitución pone de manifiesto, ya en el marco del Estado nacional, la estructura de una “solidaridad entre extraños” que en su mismo origen es abstracta y está mediada jurídicamente. Y esta estructura es manifiestamente favorable a una ampliación transnacional de la solidaridad del Estado nacional». HABERMAS, J., *El Occidente escindido*, Trotta, Madrid, 2006, p. 81. De este modo, sólo un patriotismo racional como el constitucional hará posible, según HABERMAS, la solidaridad en el interior de Estados en que coexisten diferentes identidades nacionales así como entre diferentes Estados — en modelos como, por ejemplo, el de la UE—.

Un estudio sobre la evolución posterior a HABERMAS del patriotismo constitucional puede consultarse en MÜLLER, J-W., *Constitutional Patriotism*, Princeton University Press, Princeton, 2007.

³³⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 7.ª ed., Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 156.

³³⁶ FROSINI, V., *La estructura del derecho*, Real Colegio de España, Bolonia, 1974, p. 216. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado, se ha apuntado que la cláusula de orden público actúa como protector de la «identidad cultural del Estado». CAMPIGLIO, C., «Los conflictos normo-culturales en el ámbito familiar», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n.º 2, octubre de 2012, p. 21.

³³⁷ CALVO ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 127.

Esta función del orden público se refleja en las palabras de BÖCKENFÖRDE cuando afirma que en la formación de conciencia nacional no debe subestimarse

*a firmly established cultural heritage connected with a particular way of life or concept of order, accepted as a common basis for identity and preserved as such. The content of this common ground may vary and is not confined to a particular type. It may be characterized, say, by a conscious deference to diversity and plurality on the basis of the recognition of fundamental human rights. The result is a mentally internalized, conscious culture of tolerance as the commonly accepted form of living in community*³³⁸.

La labor de singularización de un determinado ordenamiento jurídico-político, si bien puede articularse a partir de su sistema axiológico, se construye necesariamente por contraposición a otros³³⁹. Esta contraposición no sólo puede actuar como un factor excluyente —de distinción respecto de aquellos otros ordenamientos cuyo orden público no se asemeja al propio—, sino también como un elemento inclusivo o integrador³⁴⁰: un análisis comparado de órdenes públicos puede revelar la proximidad de los órdenes jurídicos y, por tanto, la posibilidad de cooperación o, incluso, de integración.

De este modo, puede considerarse que la compartición de un mismo sistema de valores, trazado en términos generales y al margen de las especificidades concretas, ha permitido la integración de Estados ubicados en el continente europeo en una UE no ceñida a una cooperación meramente económica. Ello nos haría preguntarnos si sería posible la adhesión a la UE de un Estado cuyo sistema de valores no se asimilara al de los ya Estados miembros, esto es, cuyo orden público fuera rechazado por los órdenes públicos estatales o, incluso, por un hipotético orden público de la Unión. A la existencia real o potencial de un orden público propio de la UE, asimilable en su contenido y funciones al orden público estatal y, por tanto, legitimador del proyecto que constituye la UE, nos dedicaremos en la Parte II.

³³⁸ BÖCKENFÖRDE, E.-W., «Conditions for European Solidarity», en MICHALSKI, K. (ed.), *What holds Europe together?*, Central European University Press, Budapest, 2013, en OpenEdition Books: <<http://books.openedition.org/ceup/1784>>, apdo. 21.

³³⁹ Como señala KOHLI, «[o]n an abstract level, it is evident that the assertion of an identity is always the assertion of a difference». KOHLI, M., «The battlegrounds of European identity», en *European Societies*, n.º 2 (2), 2000, p. 127.

³⁴⁰ HÄBERLE apunta que esta operación, que actúa al modo de delimitación de fronteras, contribuye a la autoconciencia colectiva: «Toda frontera, toda vecindad, tiene siempre un doble carácter dialéctico: las fronteras separan, pero al mismo tiempo abren la posibilidad de crear puentes sobre la conciencia de la propia identidad». HÄBERLE, P., «Discurso del profesor Peter Häberle en su investidura como doctor honoris causa. El jurista europeo», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 761.

CAPÍTULO 2. El orden público en el ordenamiento jurídico español.

1. Antecedentes históricos.

De la mera lectura de los diferentes textos constitucionales españoles se desprende que el término «orden público» se refiere a una situación de hecho caracterizada por la ausencia de conflicto y que, por ello, permite el normal funcionamiento de las instituciones, la correcta aplicación de las normas y el libre ejercicio de los derechos fundamentales. Las cartas constitucionales históricas, de este modo, habrían utilizado un concepto de orden público como resultado del empleo eficaz de las técnicas propias de la dimensión negativa del orden público.

No obstante, como explica ASENSI SABATER, un análisis más profundo revela que, en realidad, la cláusula de orden público del constitucionalismo histórico español —como la de otros ordenamientos liberales— operaba como un instrumento que permitía un ejercicio discrecional del poder ejecutivo en sus tareas de policía³⁴¹ —una «caja negra donde se actúa con impunidad»³⁴²—: «Teóricamente el orden público es para el

³⁴¹ ASENSI SABATER, J., «Constitución, ley y orden público en las Cortes de Cádiz», en GARCÍA TROBAT, P. y SÁNCHEZ FERRI, R. (coord.), *El legado de las Cortes de Cádiz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 137.

³⁴² ASENSI SABATER, J. (2011), *op. cit.*, p. 136. En apoyo de esta tesis se refiere el autor a los debates constitucionales de las Cortes de Cádiz, en los que, frente a aquellos que propusieron añadir, junto a la «obligación de la Nación de proteger y conservar la libertad civil», la de «proteger y conservar el orden público», se impuso la idea de que «el orden público es cosa del Gobierno, no de la Nación», configurando así una noción que «va mucho más lejos que la consideración del orden público como “el mero resultado de las leyes que sancionamos”, como intentó explicar sin mayor fortuna D. Agustín de Argüelles». ASENSI SABATER, J. (2011), *op. cit.*, p. 135.

constitucionalismo liberal una consecuencia necesaria del funcionamiento de las instituciones, no el instrumento a utilizar para que las instituciones funcionen»³⁴³. No obstante, «[d]esde Cádiz, el “orden público” se configura como una esfera totalmente independiente de la competencia de los tribunales»³⁴⁴ que «autorizaba intervenciones arbitrarias para restringir y, en su caso, reprimir su ejercicio [el de derechos políticos como el sufragio, el derecho de reunión o el derecho de asociación, que debían así ajustarse a una triple delimitación: la ley (poder legislativo), los tribunales (poder judicial) y el orden público (poder ejecutivo)]»³⁴⁵.

De este modo, la Constitución de 1812 establecía en su art. 170 que «[l]a potestad de hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior, y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes»³⁴⁶; fórmula que se repetirá en los sucesivos textos constitucionales³⁴⁷: art. 45 de la Constitución de 1837, art. 43 de la de 1845, art. 69 de la de 1869 y art. 50 de la de 1876. Esta configuración del orden público refleja, como señala ASENSI SABATER, una contradicción:

La Constitución [de Cádiz] dibujaba, en abstracto, una suerte de coordinación de competencias (el Rey tenía la autoridad en el marco de la Constitución y las Leyes), lo que suponía un consenso básico sobre el significado del orden público, mientras que la realidad mostraba la figura de un Rey, Fernando VII, con la resuelta voluntad de destruirlo³⁴⁸.

³⁴³ ASENSI SABATER, J. (2011), *op. cit.*, p. 136.

³⁴⁴ ASENSI SABATER, J. (2011), *op. cit.*, p. 137.

³⁴⁵ ASENSI SABATER, J. (2011), *op. cit.*, p. 134.

³⁴⁶ En un sentido similar, el segundo apartado del art. 321 establecía que «[e]stará a cargo de los ayuntamientos: [...] [a]uxiliar al alcalde en todo lo que pertenezca a la seguridad de las personas y bienes de los vecinos, y a la conservación del orden público». La fórmula empleada en el art. 170 de la Constitución de Cádiz toma como ejemplo el art. 1 del capítulo IV del título III de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791: «*Le roi est le chef suprême de l'administration générale du royaume: le soin de veiller au maintien de l'ordre et de la tranquillité publique lui est confié*».

³⁴⁷ En concreto, la fórmula empleada por todos ellos era: «La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado con lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes». La Constitución de 1931, excepto las referencias a la ley de orden público (art. 42.VI y art. 95.III), sólo utiliza el concepto de orden público en una ocasión, en el art. 114, que establece que «[l]os créditos consignados en el estado de gastos representan las cantidades máximas asignadas a cada servicio, que no podrán ser alteradas ni rebasadas por el Gobierno. Por excepción, cuando las Cortes no estuvieren reunidas, podrá el Gobierno conceder, bajo su responsabilidad, créditos o suplementos de crédito para cualquiera de los siguientes casos: [...] b) Perturbaciones graves de orden público o inminente peligro de ellas».

³⁴⁸ ASENSI SABATER, J. (2011), *op. cit.*, p. 136.

Esta concepción del orden público se reflejará igualmente en la normativa de rango legal. La primera Ley de Orden Público, de 20 de marzo de 1867, fue aprobada durante los últimos años del reinado de Isabel II y en ella se aprecia la impronta represiva del presidente del Consejo de Ministros Ramón María Narváez. Su exposición de motivos señalaba que

el orden público es la primera necesidad de los pueblos, la garantía más segura de los derechos y de los intereses sociales. Cuando falta el orden público, la Administración de justicia y la ley carecen de importancia; la vida, el honor y la propiedad de los ciudadanos quedan a merced de la fuerza; el derecho y la dignidad del individuo son meras ilusiones.

Esta ley, cuyo objeto será la regulación del «estado normal» y de los excepcionales estados de alarma y de guerra, utiliza un concepto de orden público vinculado a los límites del ejercicio de la libertad de expresión y a la alteración, en general, de la tranquilidad pública:

Es delito o falta contra el orden público, además de lo que pueda envolver en otro concepto, toda manifestación pública que ofenda a la Religión, a la moral, a la Monarquía, a la Constitución, a la dinastía reinante, a los Cuerpos Colegisladores y al respeto debido a las leyes, o que considerados el lugar y las circunstancias en que se realice, produzca escándalo, agitación, bullicio, tumulto, asonada o conato de motín, o que pueda ocasionar relajación de la disciplina del ejército.

Tres años después, tras el triunfo de la Gloriosa³⁴⁹, se aprobó la Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870, cuyo objeto era también la seguridad pública como cuestión de Estado, por lo que regulaba los estados de prevención, alarma y guerra, aunque sin aportar una definición concreta de orden público.

La Segunda República española (1931-1939) representará un punto de inflexión en el tratamiento del orden público, pues, aunque sigue entendiéndose principalmente como ausencia de conflicto, por primera vez se intenta dotar de contenido, desde una dimensión positiva, al concepto. La Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933³⁵⁰ realiza una

³⁴⁹ Se conoce como «La Gloriosa», la Revolución de 1868, la Revolución de Septiembre o la Septembrina a la sublevación acaecida en septiembre de 1868 a partir del alzamiento militar en Cádiz del almirante Juan Bautista Topete y los generales Juan Prim y Francisco Serrano, y que, de una forma relativamente pacífica — de ahí su nombre— y con un amplio respaldo popular consiguió el destronamiento de Isabel II, dando lugar a un periodo de gobiernos de carácter liberal-democrático conocido como «Sexenio Democrático» (1868-1874).

³⁵⁰ En virtud de su Disposición Final Tercera, esta ley derogaba implícitamente la Ley de Defensa de la República de 21 de octubre de 1931, en la que el orden público se entendía como sistema de valores. Según su art. 1.III, «[l]a difusión de noticias que puedan quebrantar el crédito o perturbar la paz o el orden público» constituía un acto de agresión a la República, sometiéndose a las consecuencias fijadas en dicha ley.

clarificación, positiva y negativa, del mismo. Según su art. 1, «[e]l normal funcionamiento de las instituciones del Estado y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales definidos en la Constitución son fundamento del orden público»³⁵¹. La mención explícita a los derechos fundamentales, incluidos los sociales, sitúa a la Ley de Orden Público en la órbita propia del espíritu rupturista que supuso el constitucionalismo europeo de entreguerras frente a los regímenes autoritarios anteriores. Aquel precepto se complementaba con el régimen de identificación de los actos contrarios al orden público establecido en los arts. 2 y 3. El art. 2 concreta, en primer lugar, qué tipo de actos son susceptibles de lesionar el orden público:



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

³⁵¹ A continuación, el propio art. 1 define las funciones de las instituciones respecto a la dimensión negativa del orden público: «La autoridad a quien compete mantenerlo [el orden público] tendrá por fin de sus actos asegurar las condiciones necesarias para que ninguna acción externa perturbe la función de aquellas instituciones y para que tales derechos se ejerciten normalmente en la forma y con los límites que prevengan las leyes».

- 1.º Los realizados con ocasión del ejercicio de los derechos garantizados en los artículos 27³⁵², 31³⁵³, 33³⁵⁴, 34³⁵⁵, 35³⁵⁶, 38³⁵⁷, 39³⁵⁸ y 41³⁵⁹ de la Constitución³⁶⁰.
- 2.º Los realizados por colectividades cuando trasciendan a la vida pública ciudadana.

³⁵² Libertad de conciencia y derecho a profesar y practicar libremente cualquier religión: «La libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública. Los cementerios estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción civil. No podrá haber en ellos separación de recintos por motivos religiosos. Todas las confesiones podrán ejercer sus cultos privadamente. Las manifestaciones públicas del culto habrán de ser, en cada caso, autorizadas por el Gobierno. Nadie podrá ser compelido a declarar oficialmente sus creencias religiosas. La condición religiosa no constituirá circunstancia modificativa de la personalidad civil ni política, salvo lo dispuesto en esta Constitución para el nombramiento de Presidente de la República y para ser Presidente del Consejo de Ministros».

³⁵³ Derecho a circular libremente por el territorio nacional, a elegir la residencia y el domicilio y a la inviolabilidad del domicilio: «Todo español podrá circular libremente por el territorio nacional y elegir en él su residencia y domicilio, sin que pueda ser compelido a mudarlos a no ser en virtud de sentencia ejecutoria. El derecho a emigrar o inmigrar queda reconocido y no está sujeto a más limitaciones que las que la ley establezca. Una ley especial determinará las garantías para la expulsión de los extranjeros del territorio español. El domicilio de todo español o extranjero residente en España es inviolable. Nadie podrá entrar en él sino en virtud de mandamiento de juez competente. El registro de papeles y efectos se practicará siempre a presencia del interesado o de una persona de su familia, y, en su defecto, de dos vecinos del mismo pueblo».

³⁵⁴ Libertad de elección de profesión y libertad de industria y comercio: «Toda persona es libre de elegir profesión. Se reconoce la libertad de industria y comercio, salvo las limitaciones que, por motivos económicos y sociales de interés general, impongan las leyes».

³⁵⁵ Libertad de expresión: «Toda persona tiene derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, valiéndose de cualquier medio de difusión, sin sujetarse a la previa censura. En ningún caso podrá recogerse la edición de libros y periódicos sino en virtud de mandamiento de juez competente. No podrá decretarse la suspensión de ningún periódico, sino por sentencia firme».

³⁵⁶ Derecho de petición: «Todo español podrá dirigir peticiones, individual y colectivamente, a los Poderes públicos y a las autoridades. Este derecho no podrá ejercerse por ninguna clase de fuerza armada».

³⁵⁷ Derecho de reunión y manifestación: «Queda reconocido el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas. Una ley especial regulará el derecho de reunión al aire libre y el de manifestación».

³⁵⁸ Derecho de asociación y sindicación: «Los españoles podrán asociarse o sindicarse libremente para los distintos fines de la vida humana, conforme a las leyes del Estado. Los Sindicatos y Asociaciones están obligados a inscribirse en el Registro público correspondiente, con arreglo a la ley».

³⁵⁹ Estatuto del funcionariado público: «Los nombramientos, excedencias y jubilaciones de los funcionarios públicos se harán conforme a las leyes. Su inamovilidad se garantiza por la Constitución. La separación del servicio, las suspensiones y los traslados sólo tendrán lugar por causas justificadas previstas en la ley. No se podrá molestar ni perseguir a ningún funcionario público por sus opiniones políticas, sociales o religiosas. Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirva serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes, conforme determine la ley. Los funcionarios civiles podrán constituir Asociaciones profesionales que no impliquen injerencia en el servicio público que les estuviere encomendado. Las Asociaciones profesionales de funcionarios se regularán por una ley. Estas Asociaciones podrán recurrir ante los Tribunales contra los acuerdos de la superioridad que vulneren los derechos de los funcionarios».

³⁶⁰ La extensión del concepto, en el que se incluye el derecho de petición y el estatuto del funcionariado público, denota una concepción del orden público como conjunto de normas de especial trascendencia. No obstante, extraña la exclusión de preceptos habitualmente incluidos por la doctrina en el concepto de orden público, cuya pertenencia al mismo debería justificarse en mayor medida ante una interpretación extensa como la llevada a cabo por el legislador republicano: el principio de igualdad (art. 25), la laicidad del Estado (art. 26), el principio de legalidad penal (art. 28), la prohibición de detención y prisión salvo delito (art. 29), la prohibición de extradición de delincuentes político-sociales (art. 30), la inviolabilidad de la correspondencia (art. 32), el sufragio universal (art. 36) o los principios de mérito y capacidad para el acceso a empleos y cargos públicos (art. 40).

3.º Los que, aun realizados individualmente, tengan por objeto una actividad, exhibición o influencia en la vía pública.

En segundo lugar, el art. 3 señala en qué circunstancias los anteriores actos (individuales, colectivos o individuales con trascendencia colectiva) pueden reputarse contrarios al orden público:

1. Los que perturben o intenten perturbar el ejercicio de los derechos expresados en el párrafo primero del artículo anterior.
2. Los que se cometan o intenten cometer con armas o explosivos.
3. Aquellos en que se emplee pública coacción, amenaza o fuerza.
4. Los que no realizados por virtud de un derecho taxativamente reconocido por las leyes, o no ejecutados con sujeción a las mismas, se dirijan a perturbar el funcionamiento de las instituciones del Estado, la regularidad de los servicios públicos o el abastecimiento y servicios necesarios de las poblaciones.
5. La huelga y la suspensión de industrias, ilegales.
6. Los que de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores, alteren materialmente la paz pública.
7. Aquellos en que se recomienden, propaguen o enaltezcan los medios violentos para alterar el orden legalmente establecido.

El anterior precepto incluye dos concepciones del orden público. Por un lado, el entendimiento tradicional según el cual el orden público es una situación de hecho asimilable a la paz pública, esto es, a la tranquilidad social como ausencia de disturbios. A ello responden las prohibiciones de atentados con explosivos, las coacciones o las huelgas ilegales. No obstante, el art. 3.1 establece que, además, son contrarias al orden público las perturbaciones al ejercicio de determinados derechos fundamentales. El orden público ya no se concibe como paz o seguridad pública (el impedimento a la libre elección de profesión u oficio no altera la tranquilidad social, por ejemplo), sino como conjunto de derechos expresivo de determinados valores esenciales para la comunidad. Ello corresponde, como se ha apuntado, a una concepción del orden público propia del constitucionalismo social en la que la progresista Constitución de 1931, en cuanto que constitución de entreguerras, se inserta; un constitucionalismo donde la dignidad humana, eje principal del orden público, se eleva a valor supremo del ordenamiento y razón de ser del Estado.

El constitucionalismo social y, en consecuencia, la primacía de la dignidad en el Derecho —con su consiguiente reflejo en la concepción del orden público como sistema de

valores articulado en torno a la centralidad de la persona—, desaparece con la victoria fascista en la Guerra Civil española (1933-1936). La dictadura franquista diseñó un sistema donde la protección y promoción de la dignidad humana no tenían cabida: supresión de los derechos fundamentales, eliminación de la participación política democrática o punición de las ideologías no afines, a lo que se añade los crímenes perpetrados por las autoridades del régimen durante sus cuarenta años de existencia. La dignidad dejó de ser el valor supremo del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, el núcleo del orden público. Por el contrario, la legislación franquista recuperó e intensificó la vinculación entre orden público y seguridad pública. De este modo, el art. 1 de la Ley 45/1959, de 30 de julio, de orden público, establece que «[e]l normal funcionamiento de las Instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales, reconocidos en las Leyes constituyen el fundamento del orden público». A la definición de la ley de 1933 se añade, como novedad, el «mantenimiento de la paz interior», lo cual no contribuye sino a la idea de que el orden público se concibe como orden social o ausencia de conflicto.

La ley de orden público de 1959 no contiene un equivalente al art. 2 de la ley de 1933, pero sí al art. 3 (en su art. 2):

Son actos contrarios al orden público:

- a) Los que perturben o intenten perturbar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Fuero de los Españoles y demás Leyes fundamentales de la Nación, o que atenten a la unidad espiritual, nacional, política y social de España.
- b) Los que alteren o intenten alterar la seguridad pública, el normal funcionamiento de los servicios públicos y la regularidad de los abastecimientos o de los precios prevaliéndose abusivamente de las circunstancias.
- c) Los paros colectivos y los cierres o suspensiones ilegales de Empresas, así como provocar o dar ocasión a que se produzcan unos y otros.
- d) Los que originen tumultos en la vía pública y cualesquiera otros en que se emplee coacción, amenaza o fuerza o se cometan o intenten cometer con armas o explosivos.
- e) Las manifestaciones y las reuniones públicas ilegales o que produzcan desórdenes o violencias, y la celebración de espectáculos públicos en iguales circunstancias.
- f) Todos aquellos por los cuales se propague, recomiende o provoque la subversión o se haga la apología de la violencia o de cualquier otro medio para llegar a ella.
- g) Los atentados contra la salubridad pública y la transgresión de las disposiciones sanitarias dictadas para evitar las epidemias y contagios colectivos.

- h) Excitar al incumplimiento de las normas relativas al orden público y la desobediencia a las decisiones que la Autoridad o sus Agentes tomaren para conservarlo o restablecerlo.
- i) Los que de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores faltaren a lo dispuesto en la presente Ley o alterasen la paz pública o la convivencia social.

El orden público franquista, como se puede apreciar, quedaba concretado fundamentalmente en técnicas de protección de la seguridad ciudadana (prohibición de paros colectivos, tumultos, apología de la violencia, etc.), si bien el primer apartado introduce el elemento axiológico mediante el cual se determina el sentido o la finalidad con la que debe entenderse el orden público en este período: la «unidad espiritual, nacional, política y social de España»³⁶¹.

2. El orden público en la Constitución de 1978.

Con la muerte del dictador Francisco Franco el 20 de noviembre de 1975 se inicia un período de transición a la democracia que conjuga la continuidad de las instituciones y autoridades franquistas con la legalización de los partidos y la amnistía de los presos políticos, en un contexto de tensión marcado por numerosas movilizaciones populares, las reticencias mostradas por ciertos sectores de la clase dominante del régimen, la Iglesia católica y el ejército y los asesinatos perpetrados por movimientos terroristas, entre los que destaca por su virulencia el terrorismo etarra. Creadas por la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, las Cortes Generales surgidas de las elecciones del 15 de junio de 1977 aprobaron la Constitución española que, ratificada popularmente el 6 de diciembre de 1978, entró en vigor el 29 de diciembre del mismo año.

Tras la utilización indiscriminada y represiva que el franquismo había realizado del concepto de orden público, la Constitución de 1978 reduce su presencia a dos preceptos, en los cuales aparece como límite al ejercicio de derechos. Además, como se verá a continuación, estos dos artículos aportan dos significados diferentes del orden público: como sistema de valores (art. 16.1 CE) y como ausencia de conflicto (art. 21.2 CE). Se trata, en cualquier caso, de una utilización del concepto muy acotada: la cláusula de orden

³⁶¹ Asimismo, una de las leyes fundamentales del franquismo, la Ley Orgánica del Estado, número 1/1967, de 10 de enero, pretende mimetizar, en su art. 6, la cláusula de orden público tradicional de las constituciones precedentes: «El Jefe del Estado es el representante supremo de la Nación; [...] vela por la conservación del orden público en el interior y de la seguridad del Estado en el exterior [...]».

público limita sólo las manifestaciones *externas* de dos derechos fundamentales y la limitación se sujeta, además, a ciertas cautelas (el «orden público *protegido por la ley*» en el art. 16.1 CE y las «razones *fundadas* de alteración del orden público» en el art. 21.2 CE). Procedemos a continuar a profundizar en el sentido que debe atribuírsele al orden público en relación con los derechos de libertad ideológica, religiosa y de culto y de concentración y manifestación.

2.1. El orden público y la libertad ideológica, religiosa y de culto.

Según el art. 16.1 CE, «[s]e garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley»³⁶². El orden público, pues, sólo actúa como cláusula limitadora de las *manifestaciones* de la libertad ideológica (libertades de expresión, educación, asociación, reunión o manifestación) y la libertad religiosa (libertad de culto)³⁶³.

³⁶² La referencia al orden público se encontraba ya en el art. 16.1 del anteproyecto de Constitución: «Se garantiza la libertad religiosa y de cultos de los individuos y de las comunidades, así como la de profesión filosófica o ideológica, con la única limitación del orden público protegido por las leyes» (Boletín Oficial de Las Cortes, núm. 44, de 5 de enero de 1978, p. 672). La referencia a las «manifestaciones externas» de estas libertades fue introducida en el informe de la ponencia (Boletín Oficial de Las Cortes, núm. 82, de 17 de abril de 1978, p. 1531). La formulación definitiva del precepto procede de una enmienda, complementada por otra *in voce*, del senador Camilo José Cela (Diario de Sesiones del Senado, núm. 43, de 24 de agosto de 1978, p. 1816). Algunos autores han advertido que la utilización del término «mantenimiento» podría hacer pensar en un orden público de tipo clásico o policial, y no a los principios generales inspiradores del ordenamiento. BENEYTO PÉREZ, J. M., «Artículo 16. Libertad ideológica y religiosa», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo II. Artículos 10 a 23*, Cortes Generales. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, p. 323.

³⁶³ El art. 10 DDHC de 1789 ya establecía que «[n]adie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, siempre y cuando su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley», si bien de la tramitación parlamentaria del texto constitucional español de 1978 se infiere que la inclusión del orden público en el art. 16.1 CE se inspira en su empleo en la Declaración *Dignitatis Humanae* sobre la libertad religiosa adoptada en el Concilio Vaticano II (1965). Así lo demuestran las palabras de Fraga Iribarne: «Aquí se dice con toda claridad —y yo como cristiano tengo que decir que de acuerdo con la doctrina claramente expuesta en la declaración histórica del Concilio Vaticano II— que no hay religión de Estado, que hay plena libertad religiosa. Se añade, para que no haya duda alguna, de cualquier tipo de creencia, y finalmente se dice dentro del orden público. ¿Por qué se toma esta palabra que está, precisamente, en esa declaración? Porque ante un sector muy importante, formado por una gran mayoría de españoles, esa palabra, tomada igual que las otras de la famosa declaración del Concilio Vaticano II, tiene un valor especial. Ahora bien, este valor especial, ¿cómo se define en esa declaración y de qué forma encaja en un texto constitucional? En esa admirable declaración (que en sectores conservadores del catolicismo no ha encajado bien) se habla claramente de la libertad religiosa, perfectamente compatible con el principio de una religión verdadera, pero vista desde el ángulo de los derechos humanos y de la dignidad de la persona, y se define el orden público dentro del cual se mueve esa libertad religiosa, justamente como un orden público —creo que la frase es genial— creado a base de libertad». Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 69, de 18 de mayo de 1978, pp. 2470-2471.

A diferencia del art. 21.2 CE, que se analizará a continuación, en el que el orden público se identifica con la seguridad pública (fáctica), la expresión «orden público protegido por la ley» del art. 16.1 CE parece aproximar el concepto a una dimensión jurídico-axiológica: no se está refiriendo a desórdenes, disturbios o conflictos, sino a atentados a los valores fundamentales del ordenamiento constitucional³⁶⁴. Así se desprende de la intervención del diputado conservador Fraga Iribarne durante los debates constituyentes:

Ese orden público no es un concepto ambiguo ni se refiere directa ni exclusivamente al concepto restrictivo de las legislaciones de orden público, entendido como orden de la calle. El orden público, desde las numerosas tradiciones que se remontan al siglo XVIII, define esa forma de vida que está dentro del conjunto de la Constitución y de las leyes, y que es el que una sociedad considera aceptable básicamente como conducta. Esto, por ejemplo, pone un límite a una religión, por muy practicada que sea dentro de la fe, que impusiera el suicidio de las viudas o el sacrificio humano u otras semejantes³⁶⁵.

³⁶⁴ Desde su primer (tímido) reconocimiento en la Constitución de 1856, los textos constitucionales españoles han impuesto límites de tipo moral a la libertad religiosa. Así, el art. 14 de la Constitución de 1856 establecía que «la Nación se obliga a mantener y proteger el culto y los ministros de la religión católica que profesan los españoles; pero ningún español ni extranjero podrá ser perseguido por sus opiniones o creencias religiosas, *mientras no los manifieste por actos públicos contrarios a la religión* [católica, se entiende; cursiva nuestra]». La referencia a la religión es sustituida por la moral y el Derecho en la Constitución de 1869: «La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la Religión Católica. El ejercicio público o privado de cualquier otro queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, *sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho* [cursiva nuestra]. Si algunos españoles profesaran otra religión que la Católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior» (art. 21). La conservadora Constitución de 1876, en cambio, recuperó el cristianismo como límite a la libertad religiosa: «La Religión Católica, Apostólica y Romana es la del Estado. La Nación se obliga a mantener el culto y sus ministros. Nadie será molestado en territorio español por sus opiniones religiosas, ni por el ejercicio de su respectivo culto, *salvo el respeto debido a la moral cristiana* [cursiva nuestra]. No se permitirán, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la Religión del Estado» (art. 11). El art. 27 de la Constitución de 1931 vuelve a recuperar la moral como único límite a la práctica religiosa: «La libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, *salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública* [cursiva nuestra]». Durante el tardofranquismo aparece por primera vez una referencia al orden público como límite a este derecho: «La profesión y práctica de la Religión Católica, que es la del Estado español, gozará de la protección oficial. El Estado asumirá la protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que, a la vez, *salvaguarde la moral y el orden público* [cursiva nuestra]» (art. 6 del Fuero de los Españoles, modificado por la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica del Estado, número 1/1967, de 10 de enero).

³⁶⁵ Debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 69, de 18 de mayo de 1978, p. 2471. El diputado centrista Alzaga Villamil también contribuyó a clarificar el concepto: «[E]s verdad que hay una acepción estricta a la que aquí no se hace referencia, que es la tarea de acción de la policía, a la que se refiere una parcela del Derecho Administrativo. Hay una acepción amplia que se llega a confundir con el orden jurídico o la condición de desarrollo armónico de todas las energías humanas en el seno del Estado, y es una acepción que es la que tiene acuñada en concreto el Derecho Político a estos efectos y que comparte con otras parcelas del Derecho, como por ejemplo con el Derecho internacional privado. Así, cuando en Derecho internacional privado se habla de orden público, se refiere a la acepción según la cual [...] una ley extranjera en principio aplicable deja de serlo en cuanto lesiona los intereses morales o materiales del país. Es decir, los principios

La intención del constituyente al incorporar el orden público en el art. 16.1 CE no fue, por tanto, limitar las manifestaciones colectivas de una confesión religiosa (desde una procesión católica hasta el *adhán* o llamada a la oración del islamismo) porque pudieran suponer un peligro para la seguridad pública. Por el contrario, la Constitución pretendía la protección de valores fundamentales como la dignidad humana y la protección de la persona o los derechos fundamentales. Como afirmaba Fraga, las situaciones a las que podría aplicarse la cláusula limitadora del ejercicio de derechos estarían vinculadas, por ejemplo, a la salvaguardia de la persona frente a los riesgos que pudieran derivar de las sectas religiosas.

Éste es el sentido que también parece deducirse de la principal referencia al orden público como límite al ejercicio de la libertad ideológica, religiosa y de culto que encontramos en la jurisprudencia constitucional, la STC 46/2001, de 15 de febrero³⁶⁶. Aunque en otro apartado se estudiará específicamente la jurisprudencia del TC que se ha pronunciado sobre el concepto de orden público en general, anticipamos aquí el análisis de esta sentencia, única del TC que se ha dictado hasta la fecha en relación con el Registro de Entidades Religiosas, por su relevancia en un doble sentido. Por un lado, contribuye a esclarecer cómo debe entenderse el orden público en relación con este concreto derecho fundamental. Por otro lado, determina la naturaleza —preventiva o represiva— de la cláusula de orden público en este ámbito y el órgano —ejecutivo o judicial—encargado de aplicarla.

El TC estima en esta sentencia el recurso de amparo interpuesto contra la denegación de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas de la Iglesia de la Unificación Universal —o «secta Moon»³⁶⁷— con base en una aplicación preventiva, no

morales y jurídicos esenciales para el Estado son los que se describen con el concepto de orden público. Estos son unos principios algo más amplios que [...] sólo a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución». Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 69, de 18 de mayo de 1978, p. 2472.

³⁶⁶ Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 46/2001, de 15 de febrero, BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2001, ECLI:ES:TC:2001:46.

³⁶⁷ Así llamada en honor a su fundador, Sun Myung Moon, la Iglesia de la Unificación Universal es conocida por sus polémicos métodos de captación de fieles, que incluyen el ayuno, la falta de sueño y, finalmente, la separación del entorno social y familiar. LLONA, G., «Moon, la secta cuyo “Mesías” ha muerto sin salvar al mundo», en ABC, 24 de septiembre de 2012. Recuperado de: <<https://www.abc.es/20120922/sociedad/abci-secta-moon-unificacion-201209191713.html>>.

fundamentada en actuaciones concretas³⁶⁸, de la cláusula del orden público³⁶⁹. El TC rechaza tajantemente que un órgano administrativo pueda llevar a cabo la aplicación de la cláusula de orden público, único límite a las libertades del art. 16.1 CE: el Estado no está habilitado

para realizar una actividad de control de la legitimidad de las creencias religiosas de las entidades o comunidades religiosas, o sobre las distintas modalidades de expresión de las mismas, sino tan solo la de comprobar, emanando a tal efecto un acto de mera constatación que no de calificación³⁷⁰, que la entidad solicitante no es alguna de las excluidas por el art. 3.2 L.O.L.R. [Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa] y que las actividades o conductas que se desarrollan para su práctica no atentan al derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, ni son contrarias a la seguridad, salud o moralidad pública, como elementos en que se concreta el orden público protegido por la ley en una sociedad democrática, al que se refiere el art. 16.2 C.E. [FJ 8].

La prohibición de valorar cuestiones sustantivas se intensifica en el caso particular del orden público, cuya apreciación de vulneración, dado su carácter excepcional y su función limitadora de derechos, queda reservada al poder judicial:

[E]l carácter excepcional del orden público como único límite al ejercicio de los [derechos del art. 16.1 CE] [...] jurídicamente, se traduce en la imposibilidad de ser aplicado por los poderes públicos como una cláusula abierta que pueda servir de asiento a meras sospechas sobre posibles comportamientos de futuro y sus hipotéticas consecuencias[.]

pues en tal caso «ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad» (FJ 11).

Por el contrario,

[u]n entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro

³⁶⁸ La Audiencia Nacional apoyó su calificación como «secta destructiva» en la Resolución del Parlamento Europeo de 22 de mayo de 1984 (Resolution on a common approach by the Member States of the European Community towards various infringements of the law by the new organizations operating under the protection afforded to religious bodies. DO C 172 de 2.7.1984, p. 41), así como en un informe policial que alertaba de las peculiaridades de la secta, aunque éste fue completado tres años después por otro en el que se declaraba que no había constancia de procesos judiciales abiertos contra la secta ni contra ninguno de sus integrantes.

³⁶⁹ La Resolución de la Dirección General de Asuntos Religiosos de 22 de diciembre de 1992 también fundamentó la denegación en la ausencia de naturaleza religiosa de la organización, aunque este motivo fue ya descartado en la Audiencia Nacional.

³⁷⁰ Sobre la naturaleza de la actividad de comprobación de la Dirección General de Asuntos Religiosos al frente del Registro de Entidades Religiosas y la confusión generada por la STC 46/2001, *vid.* ALENDA SALINAS, M., *El Registro de Entidades Religiosas. La praxis administrativa tras la STC 46/2001*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 139-189.

cierto para «la seguridad, la salud y la moralidad pública», tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto [ibídem].

En ese sentido, con carácter general,

sólo mediante Sentencia firme, y por referencia a las prácticas o actividades del grupo, podrá estimarse acreditada la existencia de conductas contrarias al orden público que faculten para limitar lícitamente el ejercicio de la libertad religiosa y de culto, en el sentido de denegarles el acceso al Registro o, en su caso, proceder a la cancelación de la inscripción ya existente (art. 5.3 L.O.L.R.) [ibídem].

Esta regla sólo puede ceder en situaciones excepcionales:

[N]o se puede ignorar el peligro que para las personas puede derivarse de eventuales actuaciones concretas de determinadas sectas o grupos que, amparándose en la libertad religiosa y de creencias, utilizan métodos de captación que pueden menoscabar el libre desarrollo de la personalidad de sus adeptos, con vulneración del art. 10.1 de la Constitución. Por ello mismo, en este muy singular contexto, no puede considerarse contraria a la Constitución la excepcional utilización preventiva de la citada cláusula de orden público, siempre que se oriente directamente a la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad públicas propias de una sociedad democrática, que queden debidamente acreditados los elementos de riesgo y que, además, la medida adoptada sea proporcionada y adecuada a los fines perseguidos [ibídem].

Circunstancias excepcionales que no concurren en el caso de la Iglesia de la Unificación, que, por ello, vio vulnerado su derecho de libertad religiosa al denegársele su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas —la cual, conviene recordar, tiene carácter constitutivo de la personalidad jurídica de la confesión—.

En esta sentencia, en definitiva, se establece que la cláusula de orden público del art. 16.1 CE debe ser aplicada, normalmente, sin carácter preventivo y por el poder judicial, pero ello sin cuestionar una concepción del orden público como canon axiológico orientado a evaluar el atentado contra el sistema de valores (la dignidad humana, la libertad o el libre desarrollo de la personalidad) —no contra la seguridad pública— de determinadas prácticas religiosas o sectarias.

2.2. El orden público y los derechos de concentración y manifestación.

De acuerdo con el art. 21.2 CE, «[e]n los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas

cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes». De una mera lectura del precepto se desprende que la limitación de la prohibición por razón de orden público a las manifestaciones externas de los derechos reconocidos en el art. 21 CE (reuniones en lugares de tránsito público —es decir, concentraciones— y manifestaciones), pero no a las reuniones privadas del art. 21.1 CE, aproxima el concepto a una dimensión fáctica, como situación de hecho caracterizada por la ausencia de conflicto. Así se desprende también del proceso de elaboración de precepto, que, por iniciativa del diputado Solé Tura, acabó inspirándose en el art. 17 de la Constitución italiana de 1947³⁷¹, según el cual *«I cittadini hanno diritto di riunirsi pacificamente e senz'armi. Per le riunioni, anche in luogo aperto al pubblico, non è richiesto preavviso. Delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso alle autorità, che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica»*³⁷².

El análisis de este precepto debe articularse a través de un triple enfoque: en primer lugar, debemos preguntarnos por la concepción de orden público utilizada en el mismo; en segundo lugar, debe decidirse si en dicho concepto de orden público el «peligro para personas o bienes» es un requisito adicional a las «razones fundadas de alteración del

³⁷¹ El art. 11.2 de la Constitución griega establece una regulación similar: «La policía solo puede estar presente en las reuniones públicas al aire libre. Las reuniones al aire libre pueden ser prohibidas por una decisión motivada de la autoridad policial, en general si fuera inminente una amenaza grave a la seguridad pública, y en una zona específica, en caso de amenaza de perturbación grave de la vida social y económica, tal y como esté especificado por la ley». Traducción propia a partir de la traducción inglesa de Xenophon Paparrigopoulos y Stavroula Vassilouni en: *The Constitution of Greece. As revised by the parliamentary resolution of April 6th 2001 of the VIIth Revisionary Parliament*. Hellenic Parliament, 2004, recuperado de: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/gr/gr220en.pdf>.

³⁷² La redacción del art. 21.2 CE en el anteproyecto de Constitución establecía que «[l]a ley regulará el derecho de reunión que no necesitará autorización previa, salvo en los casos de reuniones al aire libre y de manifestaciones» (Boletín Oficial de Las Cortes, núm. 44, de 5 de enero de 1978, p. 673). El informe de la ponencia sustituyó la referencia a las «reuniones al aire libre» por las «reuniones en lugares de tránsito público» (Boletín Oficial de Las Cortes, núm. 82, de 17 de abril de 1978, p. 1535), pero no fue hasta el debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas cuando apareció el concepto de orden público. En ella, el diputado Solé Tura realizó una enmienda *in voce* en la que citó el art. 17 de la Constitución italiana, aunque ligeramente versionado —como puede comprobarse en el texto de dicho precepto, transcrito *supra*—: «El ejercicio del derecho de reunión no necesitará autorización previa. En los casos de reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito público se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público con peligro para personas y bienes». Durante un receso de esa misma sesión los diputados asumieron esta propuesta y alcanzaron por consenso un texto de integración que, finalmente, se plasmaría en el vigente art. 21.2 CE (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 70, de 19 de mayo de 1978, pp. 2558-2560). Este precepto ya no sería discutido más durante el proceso constituyente, ni en el Congreso ni en el Senado. Previamente, el orden público también aparecía en el art. 11.1.d) de la Ley 17/1976, de 29 de mayo, reguladora del Derecho de reunión, que autorizaba a la autoridad gubernativa y sus delegados a suspender y disolver las reuniones en caso de que perturbaran gravemente el orden público.

orden público» o si, por el contrario, forma parte de su contenido, de modo que no existan otras «razones fundadas de orden público» que el «peligro para personas o bienes»; en tercer lugar, ha de buscarse el parámetro de referencia que justifique el carácter «fundado» de las razones de alteración del orden público. Utilizaremos, para ello, los criterios hermenéuticos ofrecidos por el TC.

El TC contesta a las dos primeras cuestiones en el undécimo fundamento jurídico de la STC 66/1995, de 8 de mayo³⁷³, en el que afirma que «no resulta ni necesario en la práctica ni correcto en el plano teórico, entrar a definir de modo abstracto y general el concepto de orden público», porque el art. 21.2 CE

no se refiere genéricamente al orden público sin más, sino al orden público con peligro para personas o bienes y esta situación de peligro [...] no es un elemento adjetivo que simplemente modula o califica externamente un concepto previo de orden público, sino un elemento sustantivo que define el contenido de ese concepto.

Por ello,

interpretado ese concepto de orden público con peligro para personas y bienes a la luz de los principios del Estado social y democrático de Derecho consagrado por la Constitución, debe entenderse que esa noción de orden se refiere a una situación de hecho, el mantenimiento del orden en sentido material en lugares de tránsito público, no al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político.

Para el TC, por tanto, existen dos concepciones del orden público: como situación de hecho y como valores y principios fundamentales, si bien el orden público del art. 21.2 CE se refiere a la primera categoría, definiéndose, además, a partir de la existencia de un peligro para personas o bienes. Esta argumentación encuentra fundamento en el interés que el tribunal muestra en evitar que el precepto pueda interpretarse como la exigencia de que el propósito, la finalidad o la reivindicación de la concentración o manifestación sea coherente con los valores y principios fundamentales:

El contenido de las ideas o las reivindicaciones que pretenden expresarse y defenderse mediante el ejercicio del derecho de manifestación y concentración pública no puede ser sometido a controles de oportunidad política ni a juicios en los que se emplee como canon el sistema de valores que cimientan y dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado.

³⁷³ Tribunal Constitucional (Sala Segunda), sentencia 66/1995, de 8 de mayo, BOE núm. 140, de 13 de junio de 1995, ECLI:ES:TC:1995:66.

Dado que, según su razonamiento, el art. 21.2 CE sólo se refiere a la dimensión material o fáctica,

las concentraciones tan sólo pueden prohibirse [...] cuando existan razones fundadas para concluir que de llevarse a cabo se producirá una situación de desorden material en el lugar de tránsito público afectado, entendiéndose por tal desorden material el que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de personas o a la integridad de bienes públicos o privados[.]

siendo éstos «los dos elementos que configuran el concepto de orden público con peligro para personas y bienes consagrado en este precepto constitucional».

El orden público se relaciona, según esta concepción, con

el normal funcionamiento de la vida colectiva, las pautas que ordenan el habitual discurrir de la convivencia social, [que] puede verse alterado por múltiples factores, que a su vez pueden afectar a cuestiones o bienes tan diversos como la tranquilidad, la paz, la seguridad de los ciudadanos, el ejercicio de sus derechos o el normal funcionamiento de los servicios esenciales para el desarrollo de la vida ciudadana[.]

aunque la activación de la cláusula de orden público del art. 21.2 CE sólo procederá «cuando el desorden externo en la calle ponga en peligro la integridad de personas o de bienes».

Respecto al parámetro de referencia que debe utilizarse para entender «fundadas» las razones de alteración del orden público, la STC 59/1990, de 29 de marzo³⁷⁴ señala que «los conceptos de “paz pública” y de “orden público” no son los mismos en un sistema político autocrático que en un Estado social y democrático de Derecho» (FJ 4) y, con cita en la STC 101/1985³⁷⁵, recuerda que «el ejercicio del derecho de reunión y de manifestación forma parte de aquellos derechos que, según el art. 10 de la norma fundamental, son el fundamento del orden político y de la paz social», por lo que «el principio de libertad del que es una manifestación exige que las limitaciones que a él se establezcan respondan a supuestos derivados de la Constitución y que en cada caso resulte indubitablemente probado que se ha traspasado efectivamente el ámbito de libertad constitucional fijado» (FJ 4).

³⁷⁴ Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia 59/1990, de 29 de marzo, BOE núm. 107, de 4 de mayo de 1990, ECLI:ES:TC:1990:59.

³⁷⁵ Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia 101/1985, de 4 de octubre, BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 1985, ECLI:ES:TC:1985:101; FJ 3.

En relación con los «supuestos derivados de la Constitución», fija, a continuación, que

no toda noción del orden público puede justificar restricciones del derecho de manifestación, especialmente mediante sanciones penales, sino tan sólo aquellos que tengan tal entidad que atenten contra los principios básicos de convivencia en una sociedad democrática, como pueden serlo aquellas manifestaciones tendentes a alterar la seguridad del Estado o de los demás ciudadanos o que pongan en peligro sus vidas o sus bienes [FJ 3].

El criterio a tener en cuenta por el aplicador del Derecho debe ser, pues, los «principios básicos de convivencia en una sociedad democrática», lo que nos conduce a una concepción del orden público como conjunto de valores, principios y derechos que reflejan el fundamento axiológico del ordenamiento constitucional³⁷⁶.

3. El orden público en la legislación española vigente.

Una vez analizado el empleo que el texto constitucional realiza del concepto de orden público en los arts. 16.1 y 21.2 y la interpretación que sobre el mismo ha realizado el TC, procedemos a continuación a realizar un breve recorrido por las principales ramas del Derecho con el objetivo de analizar cómo un mismo concepto ha sido modulado, interpretado y aplicado de diferentes maneras. Se realizará a tal efecto un análisis de la utilización que la legislación española vigente ha realizado del orden público, destacando únicamente los ejemplos más significativos. Con carácter previo, estudiaremos los intentos por dotar de contenido al orden público realizados en la legislación de desarrollo de los derechos fundamentales.

³⁷⁶ Aplicando el razonamiento expuesto, el TC considera que «las dificultades circulatorias o de tránsito público derivadas de la ocupación instrumental de las calzadas por el ejercicio de este derecho de reunión solo en supuestos muy concretos —como los que provoquen colapsos circulatorios que imposibiliten la prestación de servicios esenciales con incidencia en la seguridad de personas o bienes— podrá concluirse que conllevan una alteración del orden público con peligro para personas o bienes». Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 172/2020, de 19 de noviembre, BOE núm. 332, de 22 de diciembre de 2020, ECLI:ES:TC:2020:172; FJ 6.B.e). Del mismo modo, el TC ha rechazado el argumento de que «la reiteración en el ejercicio del derecho de reunión supone, en sí misma, una alteración del orden público porque rompe el equilibrio de todos los derechos afectados» (Tribunal Constitucional (Sala Segunda), sentencia 193/2011, de 12 de diciembre, BOE núm. 9, de 11 de enero de 2012, ECLI:ES:TC:2011:193; FJ 5), pues «solamente si la reiteración en el ejercicio del derecho fundamental provoca estos problemas de orden público, como puede suceder si se pretende la ocupación indefinida o excesivamente prolongada en el tiempo de un espacio de una manera que se ponga en peligro los bienes y derechos que a las autoridades corresponde proteger, es admisible la medida de la prohibición». Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia 284/2005, de 7 de noviembre, BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 2005, ECLI:ES:TC:2005:284; FJ 6.

3.1. La dimensión constitucional. La búsqueda de una definición al orden público.

La concreción del concepto jurídico indeterminado de orden público en el ordenamiento jurídico español la encontramos, fundamentalmente, en las leyes orgánicas de libertad religiosa y de los estados de alarma, excepción y sitio. Así, el art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, señala que

[e]l ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática.

Por su parte, el art. 13.1 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, afirma que

[c]uando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado tres del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción³⁷⁷.

Por tanto, según los anteriores preceptos, forman parte del orden público (aunque su contenido parece no agotarse en él a tenor de las expresiones «elementos constitutivos del orden público» y «o cualquier otro aspecto del orden público») los derechos fundamentales y las libertades públicas; la seguridad, la salud y la moralidad pública³⁷⁸; el normal funcionamiento de las instituciones democráticas; y el normal funcionamiento de los servicios públicos esenciales para la comunidad. Debe advertirse, además, que la Ley de

³⁷⁷ Otras referencias al orden público en esta ley las encontramos en los arts. 22.4, 24.2, 28, 29 y 30.1. Esta definición se inspira en el art. 1 de la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933.

³⁷⁸ Para BENEYTO PÉREZ, «[e]l recurso [del art. 3.1 de la Ley de Libertad Religiosa] a “la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública” como elementos constitutivos de la cláusula de orden público recuerda más bien a la noción “policial” de orden público y es de todo punto inadmisibles, tanto desde una técnica jurídica mínimamente preocupada por su propia operatividad como desde la propia óptica de un Estado democrático. Habrá que inclinarse más bien por una interpretación del artículo 3.1 que resalte su primer inciso, insistiendo sobre el carácter de “único límite” que se le atribuyen a los derechos de los demás, en consonancia con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el “contenido esencial” de los derechos fundamentales y la naturaleza de los “servicios esenciales”». BENEYTO PÉREZ, J. M., *op. cit.*, p. 329.

Libertad Religiosa establece como parámetro interpretativo para concretar el contenido del orden público el criterio de la «sociedad democrática», como efectúa el TC y, como se verá, el TEDH. En definitiva, el legislador español ha optado por una concepción del orden público como la situación social, fáctica o de hecho que deriva de la no alteración del sistema de valores del ordenamiento constitucional español.

3.2. El orden público en la legislación civil y mercantil.

La naturaleza del orden público como concepto jurídico indeterminado exige un análisis casuístico a partir de su interpretación —jurisprudencial y doctrinal—, en cada una de las ramas del Derecho. Iniciaremos nuestro recorrido en la legislación civil, pues es en el Código civil napoleónico donde se inicia la utilización del concepto de orden público³⁷⁹.

El respeto al orden público es, en primer lugar, un requisito para la eficacia de la costumbre como fuente del Derecho: «La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada» (art. 1.3 CC)³⁸⁰. Esta cláusula constituye una técnica de Derecho interno cuyo objetivo es evitar la obtención de resultados contrarios a un núcleo axiológico compuesto por la moral y la costumbre. La referencia al orden público se realiza al mismo nivel que la moral porque la intención del precepto es evitar la obtención de cualquier resultado contrario al sistema de valores de una sociedad determinada, con independencia del calificativo (moral u orden público) que reciba. Así, por ejemplo, podría ser contrario al orden público español la permisión de la ingesta de sustancias estupefacientes a menores de edad, aunque dicho comportamiento no fuera contrario a la moral (consideraciones sobre el bien y el mal), sino a la salud (tanto la salud del menor como la salud pública), a la protección de la infancia y del interés superior del menor y a la lucha contra el vandalismo y, por tanto, a la seguridad pública, es decir, a un conjunto de valores que conforman el orden público español.

³⁷⁹ Vid. nota a pie de página 191. Para un análisis del concepto, funciones y aplicación práctica del orden público desde una perspectiva civilista, vid. ACEDO PENCO, A., «El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, n.º 14-15, 1996-1997.

³⁸⁰ Relacionado con este precepto se encuentra el art. 281.2 LEC, que señala que «[l]a prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público».

La identificación del orden público con el núcleo axiológico del ordenamiento parece también ser el sentido que se deduce del art. 6.2 CC cuando señala que «[l]a exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

Desde el punto de vista del Derecho de obligaciones y contratos³⁸¹, el art. 1255 CC reza que «[l]os contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público». La utilización independiente de estos tres términos obliga a rechazar la identificación del orden público con consideraciones morales o con determinadas normas legales especialmente importantes.

Fuera del Código civil encontramos numerosas referencias en Derecho privado al orden público como técnica jurídica de preservación del núcleo básico de valores. Así, el art. 56.1.e) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, señala que, una vez inscrita una sociedad, la acción de nulidad sólo puede ejercitarse, entre otras causas, por no expresarse en los estatutos el objeto social o ser éste ilícito o contrario al orden público. A su vez, el art. 66 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, afirma que «[l]a explotación del objeto de una patente no podrá llevarse a cabo en forma abusiva o contraria a la Ley, la moral, el orden público o la salud públicas». De nuevo, encontramos aquí las referencias, en términos independientes que hacen imposible su identificación, a la ley, la moral, el orden público y la salud pública. Finalmente, el art. 12 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, establece que «[n]o se registrarán los diseños contrarios al orden público o a las buenas costumbres».

La protección del conjunto de valores que compone el orden público también se despliega en la legislación procesal. El art. 138.2 LEC permite excepcionar la audiencia pública

cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de

³⁸¹ El art. 594 CC utiliza el concepto de orden público de una manera confusa, al establecer que «[t]odo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público». El orden público parece identificarse aquí con los usos sociales y no tanto con consideraciones axiológicas o morales.

las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia.

Un requisito procesal de general aplicabilidad como es el principio de publicidad debe ceder ante la concurrencia de determinados valores como la protección del menor o la intimidad personal y familiar. Motivos de orden público justifican la privacidad en la celebración del juicio, pues el beneficio a obtener, el control ciudadano sobre la imparcialidad de la justicia, es cualitativamente inferior a la protección de dichos valores.

Finalmente, en el ámbito de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, el art. 41.1.f) de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, establece que el laudo definitivo sólo podrá ser anulado judicialmente cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe, entre otros motivos, que el laudo es contrario al orden público³⁸².

3.3. El orden público en la legislación administrativa.

En el campo del Derecho administrativo encontramos, desde diferentes perspectivas, el mayor número de referencias al término «orden público». Según el art. 84 bis.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, «podrá exigirse una licencia u otro medio de control preventivo respecto a aquellas actividades económicas [...] [c]uando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad». El orden

³⁸² Sobre este precepto se pronunciará el TC en la STC 17/2021, en la que, acogiendo la definición de orden público realizada en la STC 46/2020, a la que se hará referencia posteriormente, estableció que «si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público» (FJ 2). Es más, «resulta vulnerador del art. 24 CE, por manifiesta irrazonabilidad, extender la noción de orden público como motivo de anulación del laudo, más allá de los límites definidos por los derechos fundamentales». En concreto, «resulta manifiestamente irrazonable y claramente arbitrario pretender incluir en la noción de orden público ex art. 41.1 f) LA [Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje] lo que simplemente constituye una pura revisión de la valoración de la prueba realizada motivadamente por el árbitro, porque a través de esta revisión probatoria lo que se está operando es una auténtica mutación de la acción de anulación, que es un remedio extremo y excepcional que no puede fundarse en infracciones puramente formales, sino que debe servir únicamente para remediar situaciones de indefensión efectiva y real o vulneraciones de derechos fundamentales o salvaguardar el orden público español, lo que excluye que las infracciones de procedimiento, sin afectación material de los derechos o situación jurídica de las partes, puedan servir de excusa para lograr la anulación de laudos» (FJ 3). Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia 17/2021, de 5 de febrero, BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021, ECLI:ES:TC:2021:17.

público actúa en este caso como un requisito administrativo: el orden público, que no puede confundirse con la seguridad y salud públicas ni con la protección del medio ambiente, pues son requisitos distintos, exige la obtención de una licencia para ejercer determinadas actividades económicas.

El orden público también es concebido como fin de la propia norma. En este sentido, el art. 1 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, establece que esta ley tiene por objeto

la regulación de la actividad de juego, en sus distintas modalidades, que se desarrolle con ámbito estatal con el fin de garantizar la protección del orden público, luchar contra el fraude, prevenir las conductas adictivas, proteger los derechos de los menores y salvaguardar los derechos de los participantes en los juegos, sin perjuicio de lo establecido en los Estatutos de Autonomía.

Desde una dimensión axiológica, la regulación del juego, en el que se encuentran implicados valores como la libertad, la salud mental o la economía familiar, es uno de los aspectos que contribuye en mayor medida a la identificación y distinción de los ordenamientos jurídicos.

Por otra parte, dado que fue en el Derecho administrativo donde se produjo la confusión entre orden público y seguridad pública, aún es posible encontrar dicha identificación en esta disciplina. El art. 4 bis.4 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, establece que «[e]l mantenimiento de la seguridad y el orden público en los aeropuertos y aeródromos civiles de uso público y demás instalaciones de la aviación civil corresponderá al Ministerio del Interior». Por su parte, el art. 1.1.b) de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, señala como objetivo, entre otros, «[m]antener la seguridad ciudadana y el orden público en los espectáculos deportivos con ocasión de la celebración de competiciones y espectáculos deportivos»³⁸³. Igualmente, como equivalente a disturbios y enfrentamientos cívicos debe entenderse la referencia al orden público que efectúa el art. 239.2.c) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo

³⁸³ También en esa ley el art. 7.1.a) establece que «[e]s condición de permanencia de las personas espectadoras en el recinto deportivo, en las celebraciones deportivas, el no practicar actos violentos, racistas, xenófobos o intolerantes, o que inciten a ellos, conforme a lo definido en los apartados primero y segundo del artículo 2 de la presente Ley; en particular: a) No agredir ni alterar el orden público».

2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, según el cual se considera fuerza mayor, a efectos de la determinación del derecho del contratista a una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados en la ejecución de un contrato de obras del sector público, «[l]os destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público».

Asimismo, el art. 6 del Real Decreto-Ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones³⁸⁴, modificó el art. 4.6 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones para permitir la atribución a la Administración General del Estado, con carácter excepcional y transitorio, de la «gestión directa o la intervención de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas en determinados supuestos excepcionales que puedan afectar al orden público, la seguridad pública y la seguridad nacional». Esta norma, introducida con motivo de los altercados producidos en Cataluña del 14 al 20 de octubre de 2019 como respuesta a la sentencia del *procés*³⁸⁵, que se originaron tras las movilizaciones organizadas por la plataforma *Tsunami Democràtic*, vuelve a utilizar tres términos («orden público», «seguridad pública» y «seguridad nacional») para referirse a una misma idea: la ausencia de conflicto y disturbios.

En otro orden de cosas, aunque, a diferencia del Derecho de la Unión (que suele utilizar la expresión «orden público económico»³⁸⁶), no es habitual en la legislación

³⁸⁴ Convalidado el 27 de noviembre de 2019. Resolución de 27 de noviembre de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones. BOE núm. 291, de 4 de diciembre de 2019.

³⁸⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia de 14 de octubre de 2019, ECLI:ES:TS:2019:2997.

³⁸⁶ Una de las pocas referencias al orden público económico en la legislación estatal española lo encontramos en el preámbulo del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, y se efectúa, además, de una manera indirecta, estableciendo que el Tribunal Supremo calificó que la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo causaría grave trastorno al orden público económico. No obstante, el término es frecuentemente utilizado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia 54/2002, de 5 de febrero, ECLI: ES:TS:2002:709, FJ 2: «Respecto al orden público económico, un importante parecer doctrinal se refiere a esta figura como consecuencia de la intervención del Estado en la vida económica, la cual se manifiesta a través de normas imperativas y de los principios básicos del orden económico, aunque no se hayan traducido en normas de aquella categoría, que deben limitar la autonomía privada en el sentido de que no puede desenvolverse en contra de los mismos; se define así el orden público económico como el conjunto de reglas obligatorias en las relaciones contractuales concernientes a la organización económica, las relaciones sociales y la economía interna de los contratos». Para BARCELONA, aquello que pudiera incluirse en el concepto de orden público económico o bien forma parte del orden público sin ser necesaria otra calificación o bien son hipótesis particulares de una disciplina jurídica de

española la adición de adjetivos a los términos «orden público», la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual crea un «orden público audiovisual» que sirve de rúbrica al art. 26, el cual enumera determinadas personas físicas o jurídicas que en ningún caso pueden ser titulares de una licencia audiovisual. Por ejemplo, quienes hayan sido sancionados con su revocación o con la privación de sus efectos en los dos últimos años anteriores a la solicitud mediante resolución administrativa firme. Se trata, en nuestra opinión, de una tendencia a evitar, puesto que no aporta ningún dato jurídico significativo y constituye un elemento de confusión. No queda claro, en concreto, si el calificativo se refiere al contenido del orden público o a la naturaleza de la situación que motiva la aplicación del orden público.

3.4. El orden público en la legislación penal.

El Código penal realiza una tipificación de delitos contra el orden público, en el título XXII del libro II, que parte de una interpretación muy amplia del concepto. Es posible realizar una distinción entre dos tipos de delitos contra el orden público. Por un lado, aquéllos que operan desde la vertiente negativa de la dimensión interna: instrumentos jurídicos de protección del orden público que pretenden garantizar una situación de normalidad y libre ejercicio de los derechos que evoca a la seguridad pública. A este grupo pertenecen los delitos de sedición³⁸⁷ (capítulo I) o los de desórdenes públicos³⁸⁸ (capítulo III). No obstante, encontramos otra categoría de delitos, tipificados como «delitos contra el orden público», en los que la utilización de los términos «orden público» es tan extensa que se convierte en ineficaz; atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de resistencia y desobediencia (capítulo II); la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos (capítulo V); las organizaciones y grupos criminales (capítulo VI); las organizaciones y grupos terroristas y los delitos de terrorismo (capítulo VII).

relación económica. BARCELONA, P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milán, 1969, p. 207.

³⁸⁷ El art. 544 CP establece que «[s]on reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales».

³⁸⁸ Según el art. 557.1 CP, «[q]uienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, alteraren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, serán castigados con una pena de seis meses a tres años de prisión».

En el ámbito penal también encontramos otra referencia al orden público en relación con el estatuto de la víctima. El art. 3.1 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, establece que es posible la denegación de las ayudas públicas que se conceden a las víctimas de delitos dolosos y violentos en caso de que «su concesión total o parcial fuera contraria a la equidad o al orden público», aportando seguidamente dos circunstancias que, debiendo declararse por sentencia, contribuyen a dotar de contenido a dichas excepciones: en primer lugar, si el comportamiento del beneficiario «hubiera contribuido, directa o indirectamente, a la comisión del delito, o al agravamiento de sus perjuicios»; y, en segundo lugar, «[l]as relaciones del beneficiario con el autor del delito, o su pertenencia a una organización dedicada a las acciones delictivas violentas». El orden público se concreta en este caso a través de vulneraciones a la dignidad, pudiéndose concluir que nuestro sistema de valores impide la extracción de un beneficio a partir de un fraude o injusticia.

3.5. El orden público en la legislación *iusinternacionalprivatista*.

A la doctrina *iusinternacionalprivatista* debemos la denominación de «cláusula de orden público», utilizada para referirse a las excepciones que justifican la inaplicabilidad de la ley extranjera o el reconocimiento o la ejecución en España de resoluciones, sentencias o documentos extranjeros porque los mismos producen efectos, resultados o situaciones contrarios al orden público español.

En cuanto a la inaplicabilidad del Derecho extranjero, el art. 12.3 CC establece que «[e]n ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público». Del mismo modo, el art. 23 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, señala, bajo la rúbrica «orden público internacional español», que

[e]n ningún caso procederá la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español. A tal efecto se tendrá en cuenta el interés superior del menor y los vínculos sustanciales del supuesto con España. Los aspectos de la adopción que no puedan regirse por un Derecho extranjero al resultar éste contrario al orden público internacional español, se regirán por el Derecho sustantivo español.

El interés superior del menor, que también se incluye en el art. 138.2 LEC y el art. 1 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, deviene en un componente esencial

del orden público, esto es, en un valor superior que encuentra su fundamento en la propia centralidad de la dignidad de la persona.

Por otra parte, son numerosas las cláusulas de orden público que impiden el reconocimiento o la ejecución en España de resoluciones extranjeras. El art. 96.2.d) de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil establece que «[l]a inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar [...] [a]nte el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique», entre otros aspectos, «[q]ue la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español». También el art. 97.4º indica que «[u]n documento público extranjero no judicial es título para inscribir el hecho o acto de que da fe siempre que», entre otros requisitos, «la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español». En materia arbitral, por su parte, el art. V.2.b) de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958) establece que podrá denegarse el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide dicho reconocimiento y ejecución comprueba «[q]ue el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país».

Asimismo, el art. 26.1.2º de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, contempla que «la adopción constituida por autoridades extranjeras será reconocida en España como adopción si se cumplen», entre otros requisitos, «[q]ue la adopción no vulnere el orden público». En este caso, además, el legislador apuesta por dotar de contenido al orden público:

A estos efectos se considerará que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación.

Encontramos aquí de nuevo el interés superior del menor como valor nuclear del orden público. A este grupo también pertenece el art. 31 de la misma ley que, con el título de «orden público internacional», señala que «[e]n ningún caso procederá el reconocimiento de una decisión extranjera de adopción simple o no plena si produce efectos

manifiestamente³⁸⁹ contrarios al orden público internacional español. A tal efecto, se tendrá en cuenta el interés superior del menor».

Finalmente, el orden público también aparece, en Derecho internacional privado, en procesos transfronterizos. Así, el art. 14.1.a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, establece que «[l]as autoridades judiciales españolas denegarán las solicitudes de cooperación jurídica internacional cuando», entre otros motivos, «[e]l objeto o finalidad de la cooperación solicitada sea contrario al orden público»³⁹⁰. De la misma manera, el art. 46.1.a) establece que «[l]as resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán», entre otros, «[c]uando fueran contrarias al orden público». También se prevé en el art. 742.1.5º del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, según el cual «[l]as resoluciones extranjeras que declaren la apertura de un procedimiento de insolvencia se reconocerán en España mediante el procedimiento de exequátur regulado en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil» cuando, entre otros requisitos, «la resolución no sea contraria al orden público español».

Aunque no es objeto del presente trabajo realizar un análisis en profundidad de la efectiva utilización de la cláusula de orden público en su aplicación práctica, más allá de su mero examen en los textos positivos vigentes, no podemos finalizar este apartado sin exponer brevemente el muy conocido enfrentamiento entre las posturas mantenidas por la DGRN y el Tribunal Supremo con motivo de la gestación por sustitución o gestación subrogada.

³⁸⁹ La exigencia de que los efectos de una resolución sean *manifiestamente* contrarios al orden público encuentra íntima conexión con un instituto propio del Derecho internacional privado al que hemos aludido antes: el orden público atenuado. Se admitirá la ley o la resolución extranjera contraria al orden público (que actúa, así, de un modo atenuado), pero no si lo contradice manifiestamente (por afectar al núcleo esencial del orden público).

³⁹⁰ Aunque en sentido estricto no se trate de cooperación jurídica internacional, un empleo del concepto de orden público análogo al expuesto se efectúa en el apartado 2.a) de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que establece que el Banco de España solo podrá negarse a intercambiar información o a dar curso a una solicitud de cooperación emitida por las autoridades supervisoras competentes de otros Estados miembros de la UE en una actividad de investigación o supervisión cuando, entre otros casos, «la investigación, la verificación *in situ*, la actividad de supervisión o el intercambio de información puedan atentar contra la soberanía de España, la seguridad o el orden público».

En el año 2008, un matrimonio de dos varones solicitó en el Registro Civil consular de Los Ángeles (California, Estados Unidos), a donde se habían desplazado con la única finalidad de concertar un contrato de gestación por sustitución, la inscripción de nacimiento de dos menores nacidos en dicho Estado mediante este método. El encargado del Registro Civil consular rechazó la inscripción invocando el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que sanciona con nulidad de pleno derecho «el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero».

Frente a esta decisión los interesados recurrieron ante la DGRN, que dictó resolución estimatoria³⁹¹ en la cual se consideraba que la inscripción del menor no vulneraba el orden público internacional español, evitaba la discriminación por razón de sexo y protegía el interés superior del menor. Finalizada la vía administrativa, el Ministerio Fiscal inició la judicial, que conduciría a la ya citada STS 247/2014, de 6 de febrero de 2014³⁹², relevante a efectos de entender la caracterización y operatividad del orden público y que, por ello, analizamos en este momento en lugar del epígrafe dedicado a la jurisprudencia del Alto Tribunal. La importancia de esta sentencia radica en dos motivos: por un lado, sintetiza el contenido del orden público en valores, principios y derechos, esto es, vincula el concepto a la axiología y lo aleja del ámbito de la seguridad pública; por otro lado, concreta este concepto abstracto para determinar que la gestación por sustitución es contraria al orden público español.

En el primer sentido, el Tribunal Supremo reconoce que la ciudadanía y las empresas pueden elegir entre respuestas jurídicas diferentes en aquellas relaciones en que entren en contacto diversos ordenamientos jurídicos, pero dicha posibilidad de elección se encuentra limitada por, entre otros motivos, «el respeto al orden público entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan» (FJ 4). En el segundo sentido, afirma que

³⁹¹ Dirección General de los Registros y del Notariado. Resolución de 18 febrero de 2009, RJ 2009\1735.

³⁹² Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia 247/2014, *cit.*

la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de la dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia [FJ 10]³⁹³.

La cláusula de orden público prevista en la legislación del Registro Civil³⁹⁴ impidió de este modo el reconocimiento en España, por constituir una violación del orden público español, de las dos certificaciones registrales dictadas por el organismo californiano equivalente al Registro Civil español conforme a la legalidad y al orden público de California.

3.6. El orden público en la legislación *iusinternacionalpublicista*.

En Derecho internacional público el orden público encuentra especial atención en la normativa de extranjería. De acuerdo con el art. 21.2 CC, «[l]a nacionalidad española también se adquiere por residencia en España, [...] mediante la concesión otorgada por el Ministro de Justicia, que podrá denegarla por motivos razonados de orden público o interés nacional». En este mismo sentido, el art. 58.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece que «[e]xcepcionalmente, cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden

³⁹³ En concreto, afirma que «en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población» (FJ 6).

³⁹⁴ En particular, el segundo párrafo del art. 23 de la entonces vigente Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, establecía que «podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, *siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española* [cursiva nuestra]». La referencia a la legalidad española debe entenderse comprensiva del orden público, concepto no utilizado explícitamente por esta ley. Asimismo, en este caso también resultó aplicable el primer párrafo del art. 85 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil («Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española») en relación con el último inciso del art. 81 del mismo reglamento («El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, *con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales* [cursiva nuestra]»).

público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, podrá imponerse un período de prohibición de entrada de hasta diez años».

También en materia de extranjería destaca el art. 56 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Según su primer apartado,

[e]l que adquiere la nacionalidad española conservará los apellidos que ostente en forma distinta de la legal, siempre que así lo declare en el acto de adquirirla o dentro de los dos meses siguientes a la adquisición o a la mayoría de edad, y que los apellidos que se pretenden conservar no resulten contrarios al *orden público internacional* [cursiva nuestra].

Por su parte, el segundo apartado establece que

[e]n caso de ciudadanos españoles que tengan igualmente la nacionalidad de otro Estado miembro de la Unión Europea, los cambios de apellidos voluntarios realizados de conformidad con las reglas relativas a la determinación de apellidos aplicables en este último Estado serán reconocidos en España, salvo cuando dicho cambio sea contrario al *orden público español* [cursiva nuestra], o bien cuando habiendo sido dicho cambio resultado de una resolución judicial ésta no haya sido reconocida en España.

Con independencia de la decisión legislativa de considerar el cambio de apellidos como un problema de orden público, de la ley no parece deducirse una diferencia clara entre los términos de «orden público internacional» y «orden público español». De nuevo, el adjetivo parece depender del ámbito en que surge el conflicto, interno o internacional. El destinatario del primer apartado es el extranjero que adquiere la nacionalidad española, mientras que en el segundo es el ciudadano español el que adquiere la nacionalidad de otro Estado miembro de la UE. Si el adquirente de nacionalidad es extranjero, el parámetro de referencia para admitir el cambio de apellidos será el orden público internacional; si es español, el parámetro será el orden público español, aunque no exista ninguna diferencia de contenido entre ambos.

Junto a la materia de extranjería, podemos encontrar otras referencias al orden público en el ámbito del Derecho internacional público. Por ejemplo, la regulación del derecho de paso inocente de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, cuyo art. 37.2 establece que «el paso deberá ser rápido y sin interrupción, sin atentar contra la paz, el orden público o la seguridad de España». El legislador pretende dotar así al orden público de un contenido autónomo y desligado del de la paz y la seguridad, ambos frecuentemente utilizados como sinónimos de aquél.

4. La interpretación del orden público por el Tribunal Constitucional.

Tras analizar el concepto de orden público a partir de estudios doctrinales y de su utilización en el Derecho positivo vigente, a continuación analizaremos la interpretación realizada por el TC en algunas de sus sentencias más significativas al respecto. Interesa, en particular, sus intentos por desvincular el concepto de orden público del de seguridad pública y su progresiva aproximación a la acepción que lo identifica como la dimensión axiológica del ordenamiento jurídico.

4.1. Primeras aproximaciones al concepto de orden público. La relación entre orden público y seguridad pública.

El TC tuvo ocasión de pronunciarse sobre el concepto de orden público, por primera vez, en un conflicto de competencias entre el *Govern* de la Generalitat de Catalunya y el Gobierno de España (STC 33/1982, de 8 de junio³⁹⁵). En dicho procedimiento la Generalitat de Cataluña solicitó al TC una aclaración respecto a la delimitación de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia sanitaria, motivada por una orden de interceptación de partidas de mejillones en mal estado por parte del Gobernador Civil de Barcelona, considerándose la Generalitat invadida en sus competencias de sanidad. El TC se plantea si la actuación estaba justificada por razones de orden público, advirtiendo que «en la asignación de competencias establecida en la Constitución, el art. 149.1.29 de la misma atribuye con carácter exclusivo al Estado la “Seguridad Pública”, que supone una noción más precisa que la de “Orden Público”» (FJ 3).

En el concepto de orden público

pueden incluirse cuestiones como las referentes a la salubridad, para limitarse a lo que aquí interesa, que no entran en el concepto de seguridad, la cual se centra en la actividad, dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas [ibídem].

³⁹⁵ Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 33/1982, de 8 de junio, BOE núm. 153, de 28 de junio de 1982, ECLI:ES:TC:1982:33.

Existe, por tanto, un concepto amplio de orden público, en el cual se incluiría la seguridad pública en sentido estricto como actividad dirigida a la protección de las personas y los bienes, y, por otro lado, el resto de contenido del orden público —entre ellos, la salubridad—. Este concepto de orden público tiene como objetivo, en sentido amplio, el mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano, es decir, la ausencia de conflicto. El TC afirma que ambas concepciones son inseparables y mutuamente condicionadas: la seguridad pública contribuye a la consecución del orden social, aunque de manera no exclusiva.

La diferencia conceptual entre orden público y seguridad pública trasciende a un plano práctico, pues, por ejemplo, sólo los motivos de orden público «comprendidos en el concepto más estricto de seguridad pública» pueden justificar la constitucionalidad del ya derogado art. 421 del Decreto de 16 de diciembre de 1950 por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Régimen local, de 17 de julio de 1945, según el cual el Gobernador civil podía suspender en el ejercicio de sus funciones a los Presidentes y miembros de las Corporaciones locales «por motivos graves de orden público» (STC 117/1984, de 5 de diciembre³⁹⁶).

4.2. El contenido del orden público no identificable con la seguridad pública.

El TC configura inicialmente el orden público como un concepto descriptivo referente a una situación de hecho, no como un concepto jurídico de carácter prescriptivo o axiológico. El orden público es, así, el orden social, la ausencia de conflicto, la tranquilidad o la paz social, una normalidad en que se ejercen libremente los derechos fundamentales. Con dicho objetivo, el ordenamiento jurídico emplea un conjunto de técnicas o medidas que ha de garantizar la ausencia de conflicto, el equilibrio del sistema y, por tanto, el libre ejercicio de los derechos y el normal funcionamiento de las instituciones. Por ello, el TC afirma que el orden público puede ser entendido como el «normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos» (STC 6/1983, de 4 de febrero³⁹⁷).

³⁹⁶ Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 117/1984, de 5 de diciembre, BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984, ECLI:ES:TC:1984:117; FJ 4.

³⁹⁷ Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 6/1983, de 4 de febrero, BOE núm. 58, de 9 de marzo de 1983, ECLI:ES:TC:1983:6; FJ 5.

Desde esta concepción descriptiva, el TC evoluciona progresivamente hacia una visión más amplia del orden público, vinculada a una dimensión axiológica: ya no será una mera situación de hecho, sino primero, y ante todo, un instituto jurídico cuya efectiva aplicación permitirá un orden social. Dicho instituto, que se convertiría en parámetro de referencia de qué debe entenderse por orden social, estaría compuesto principalmente por derechos fundamentales: en la STC 19/1985, de 13 de febrero, afirmó que «es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público», por lo que «han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto»³⁹⁸.

Poco después, en la STC 132/1991, de 17 de junio, el TC consideraría que el orden público se compone, además de derechos fundamentales, de principios constitucionales:

[E]ste Tribunal ha tenido ocasión de señalar en diversas resoluciones que el concepto de orden público del foro, como límite al reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales extranjeras, ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978, en el que, sin discusión, penetra el conjunto de principios que inspira nuestro ordenamiento constitucional y, entre ellos, muy especialmente, los derechos fundamentales y libertades públicas³⁹⁹.

Entre estos principios constitutivos del orden público se incluye, particularmente, el interés superior del menor. En la STC 7/1994, de 17 de enero, el TC señala que

no hay duda de que, en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el art. 39.2 CE⁴⁰⁰.

En un sentido similar se pronuncia la STC 141/2000, de 29 de mayo, cuando afirma que el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores⁴⁰¹.

³⁹⁸ Tribunal Constitucional (Sala Segunda), sentencia 19/1985, de 13 de febrero, BOE núm. 55, de 5 de marzo de 1985, ECLI:ES:TC:1985:19; FJ 1.

³⁹⁹ Tribunal Constitucional (Sala Segunda), sentencia 132/1991, de 17 de junio, BOE núm. 162, de 08 de julio de 1991, ECLI:ES:TC:1991:132; FJ 4.

⁴⁰⁰ Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia 7/1994, de 17 de enero, BOE núm. 41, de 17 de febrero de 1994, ECLI:ES:TC:1994:7; FJ 2.

⁴⁰¹ Tribunal Constitucional (Sala Segunda), sentencia 141/2000, de 29 de mayo, BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000, ECLI:ES:TC:2000:141; FJ 5.

Por último, en la STC 178/2020, de 14 de diciembre, se afirmará que todos los poderes públicos deben velar, en virtud del art. 39 CE y por exigencia del orden público, por una efectiva e integral tutela de los hijos menores de edad:

Dicha protección debe regirse en todo caso por la prevalencia del interés del menor que debe inspirar cuanta actuación pueda concernirle, por tratarse de una materia de orden público sustraída al principio dispositivo y rogatorio que preside la legislación procesal⁴⁰².

Esta apertura del contenido del orden público desde una perspectiva axiológica se reflejará definitivamente en, por un lado, la STC 99/2019, de 18 de julio, según la cual «[e]n la forma de Estado que articula la Constitución de 1978, el reconocimiento y la protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos actúa precisamente como el núcleo principal del orden público»⁴⁰³. Los derechos fundamentales ya no serán, pues, un componente del orden público, sino su núcleo o razón de ser, y su reconocimiento y protección las finalidades que debe otorgársele en un Estado social y democrático de

⁴⁰² Tribunal Constitucional (Sala Segunda), sentencia 178/2020, de 14 de diciembre, BOE núm. 22, de 26 de enero de 2021, ECLI:ES:TC:2020:178; FJ 2. En concreto, en esta sentencia se estableció que la determinación del orden de los apellidos de los hijos, en cuanto integrante del derecho a la propia imagen del art. 18.1 CE y en virtud del principio de protección integral de los hijos del art. 39 CE y, por tanto, del orden público, no pertenece al poder de disposición de las partes y, en consecuencia, debe prevalecer sobre las exigencias procesales relativas al momento en que puede solicitarse un cambio en el orden de los mismos: «[L]os apellidos que debe ostentar la menor es [...] una materia de orden público necesariamente conectada a cualquier acción de filiación respecto de la cual no pueden disponer las partes», de modo que «en cualquier procedimiento de familia en el que se examinen cuestiones que afecten a bienes o derechos de los menores, sometidos a la tutela del orden público, ha de considerarse tempestivo u oportuno que el juez o el tribunal de oficio pueda adoptar las decisiones y medidas que estime justadas a los intereses tutelados, aunque no formen parte de las pretensiones deducidas en los escritos rectores del procedimiento o sean contrarias a las mismas y sin sujeción al principio de perpetuación de la jurisdicción. Porque al tratarse de una cuestión de orden público, no deben prevalecer las pretensiones de los progenitores, sino exclusivamente el real beneficio del hijo menor»; en definitiva, «los progenitores no están ejerciendo un derecho propio, sino un derecho del propio menor y, por consiguiente, deben ser los órganos judiciales los que se pronuncien ponderadamente sobre el orden de los mismos cuando hay conflicto, independientemente de cuáles sean los deseos de las partes enfrentadas y del momento procesal en los que los hayan manifestado». Tribunal Constitucional (Sala Segunda), sentencia 178/2020, *cit.*; FJ 2.

⁴⁰³ Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 99/2019, de 18 de julio, BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019, ECLI:ES:TC:2019:99; FJ 7. En esta sentencia el TC declara parcialmente la inconstitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que excluye a las personas menores de edad de la posibilidad de rectificar la mención registral de su sexo y su nombre, lo que resulta contrario a la cláusula de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y al derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE). En el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Supremo había señalado como posible objetivo constitucionalmente legítimo capaz de justificar la restricción legal, entre otras, consideraciones de orden público relacionadas con el carácter estable e indisponible del estado civil. Al respecto, el TC, tras señalar que el núcleo principal del orden público es el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales, afirma que «[o]tros aspectos que tradicionalmente han quedado incluidos en ese orden público, como la estabilidad e indisponibilidad del estado civil o la seguridad que este sin duda aporta a las relaciones jurídicas y sociales, aunque conservan una cierta virtualidad, presentan ahora una importancia secundaria en relación al ejercicio de los derechos fundamentales» (FJ 7).

Derecho. Por otro lado, en la STC 46/2020, de 15 de junio, se realizará, por primera vez, una definición global del concepto de orden público, a partir de la realizada por el Tribunal Supremo⁴⁰⁴:

[P]or orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio, y 54/1989, de 23 febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal[, de modo que] [p]uede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente⁴⁰⁵.

El orden público queda, de este modo, identificado con los principios esenciales del ordenamiento jurídico y, destacadamente, con los derechos fundamentales.

En otro orden de cosas, y atendiendo a las relaciones interordinamentales, el TC parece acoger la postura, defendida en este estudio, de que el contenido del orden público permanece invariable con independencia de la naturaleza de las relaciones —internas o internacionales— implicadas. Por eso, en 1986 el TC, tras afirmar que el «concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978», señaló que,

aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros.

De esta manera, «[e]l orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art. 24 de la Constitución» (STC 43/1986, de 15 de abril⁴⁰⁶). La entrada en vigor de la Constitución habría supuesto la inclusión con eficacia jurídica de los derechos fundamentales en el orden

⁴⁰⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 5 de abril de 1966, RJ\1966\1684.

⁴⁰⁵ Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia 46/2020, de 15 de junio, BOE núm. 196, de 18 de julio de 2020, ECLI:ES:TC:2020:46; FJ 4.

⁴⁰⁶ Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia 43/1986, de 15 de abril, BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986, ECLI:ES:TC:1986:43; FJ 1.

público español, impidiendo así la ejecución en España de resoluciones extranjeras que, aun conformes con el ordenamiento jurídico del Estado en que fueron dictadas, contraríen los derechos fundamentales proclamados en la Constitución española y, por extensión, el sistema de valores español.

4.3. El orden público procesal.

A esta evolución del concepto de orden público en la jurisprudencia del TC —desde su vinculación con la seguridad pública a una acepción más axiológica— se añade otra particular respecto a la relación entre el orden público y las normas de Derecho procesal⁴⁰⁷. Inicialmente, en la STC 90/1986, de 2 de julio, el TC establecerá que «el cumplimiento de los requisitos procesales es de orden público y de carácter imperativo y escapa del poder de disposición de las partes y del propio órgano judicial»⁴⁰⁸. Con esta afirmación el TC no añade ningún elemento al propio concepto de normas imperativas; a lo sumo, la consideración de normas imperativas de especial importancia, y, por tanto, de necesaria observancia por parte del juzgador, como se deduce de la STC 15/1987, de 11 de febrero:

⁴⁰⁷ En concreto, es frecuente la referencia al orden público como atributo preposicional del verbo ser (un elemento «es de orden público») cuando se pretende destacar la importancia (política, práctica o judicial) de una norma procesal: «[E]l juicio de relevancia [...] [constituye un] presupuesto formal de admisión de la cuestión de inconstitucionalidad, cuya revisión es obligada, incluso de oficio, por tratarse de materia de orden público procesal» (Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 196/1987, de 11 de diciembre, BOE núm. 7, de 8 de enero de 1988, ECLI:ES:TC:1987:196; FJ 2); «el cumplimiento de los requisitos legales para la interposición de la demanda de amparo es una materia de orden público procesal, no disponible para las partes ni para el propio Tribunal» (Tribunal Constitucional (Sala Segunda), sentencia 20/2008, de 31 de enero, BOE núm. 52, de 29 de febrero de 2008, ECLI:ES:TC:2008:20; FJ 4); «la especial trascendencia constitucional de este recurso [de amparo], [...] es requisito para su admisión de conformidad con los arts. 49.1 y 50.1 b) de nuestra Ley Orgánica reguladora y, por consiguiente, de orden público procesal» (Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 159/2019, de 12 de diciembre, BOE núm. 10, de 11 de enero de 2020, ECLI:ES:TC:2019:159; FJ 3).

De igual modo, en la sentencia 373/1993 del Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 13 de diciembre, BOE núm. 16, de 19 de enero de 1994, ECLI:ES:TC:1993:373; FJ 4, se establecerá que «la norma procesal laboral exige, como presupuesto para la posible suspensión de la celebración de los actos de conciliación y juicio señalados, el aviso previo. De la incomparecencia sin aviso previo se deduce una voluntad de abandono de la acción o pretensión. Así, el aviso previo se convierte en una exigencia procesal cuyo cumplimiento, salvo en circunstancias imposibilitantes, deviene ineludible, sin que pueda dejarse su cumplimiento al arbitrio de las partes, pues se trata de un requisito de orden público, por lo que escapa al poder de decisión de las partes». Por último, se afirma que «la competencia judicial es un presupuesto de orden público, cuya inexistencia impide al órgano judicial entrar a conocer el fondo del asunto, de ahí que no pueda considerarse que vulnere precepto constitucional alguno una resolución que, a la vista de los elementos fácticos y jurídicos concurrentes en el caso, se abstenga de conocer sobre una litis cuya solución entienda que no le está atribuida» (Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia 280/1994, de 17 de octubre, BOE núm. 279, de 22 de noviembre de 1994, ECLI:ES:TC:1994:280; FJ 4).

⁴⁰⁸ Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia 90/1986, de 2 de julio, BOE núm. 174, de 22 de julio de 1986, ECLI:ES:TC:1986:90; FJ 2.

la «recta aplicación de las normas de orden público es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes»⁴⁰⁹.

Sin embargo, parece que el TC matiza su postura en la STC 39/1988, de 9 de marzo: [L]a doctrina jurisprudencial sobre el carácter de orden público de todos los preceptos procesales y de la nulidad de todos los actos procesales no acomodados a la Ley, que nunca tuvo otro rango que el de una doctrina jurisprudencial, no encuentra hoy acomodo —y está necesitada de urgente revisión— a partir de la regla de la vinculación de los órganos jurisdiccionales del Estado a los derechos fundamentales de los ciudadanos y a las libertades públicas y sobre todo ante la limitación de las causas de nulidad de los actos judiciales⁴¹⁰.

El asunto traía causa de una solicitud de nulidad de una resolución judicial fundamentada en que el escrito de interposición del recurso de apelación no incluía la preceptiva firma del letrado. El TC sostiene que la calificación de orden público de todas las normas procesales produciría una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En este asunto podemos diferenciar aquellas situaciones en las que, efectivamente, se manejan instituciones de orden público, frente a aquellas otras en las que el término es utilizado de manera indiscriminada: forma parte del orden público el derecho a la tutela judicial efectiva, pero no los requisitos procesales. No se produce una confrontación entre dos normas de orden público (tutela judicial efectiva y exigencia de la firma de letrado), sino una norma de orden público (la primera) frente a una norma imperativa procesal (la segunda), debiendo ceder, pues, ésta en favor de aquélla.

Con posterioridad, el TC volverá a insistir sobre el carácter de orden público de las normas procesales, pero, en esta ocasión, vinculando el concepto a los derechos fundamentales: «[E]l cumplimiento de los requisitos procesales es de orden público y de carácter imperativo para el propio órgano judicial cuando tales efectos [los derivados del incumplimiento de los requisitos procesales], sin ser subsanables, causan una lesión material en los derechos fundamentales» (STC 154/1991, de 10 de julio⁴¹¹). Con este nuevo matiz, el TC establece que el carácter de orden público de las normas procesales se fundamenta en la necesidad de salvaguardar los derechos fundamentales.

⁴⁰⁹ Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia 15/1987, de 11 de febrero, BOE núm. 54, de 04 de marzo de 1987, ECLI:ES:TC:1987:15; FJ 3.

⁴¹⁰ Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia 39/1988, de 9 de marzo, BOE núm. 67, de 18 de marzo de 1988, ECLI:ES:TC:1988:39; FJ 1.

⁴¹¹ Tribunal Constitucional (Sala Segunda), sentencia 154/1991, de 10 de julio, BOE núm. 190, de 9 de agosto de 1991, ECLI:ES:TC:1991:154154; FJ 3.

Finalmente, como ya ha sido expuesto, el TC definirá el orden público desde el punto de vista procesal como «el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal», integrándose éstos en aquel otro contenido del orden público distinto a los derechos y libertades fundamentales: los «otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente»⁴¹². La indisponibilidad para el legislador de determinadas exigencias procesales sería, pues, la consecuencia de atribuir a determinadas normas el calificativo de «orden público procesal».

En cualquier caso, consideramos que debe evitarse la vinculación del término «orden público» con la normativa sobre Derecho procesal, porque no encaja en una concepción del orden público como expresión de los valores fundamentales del ordenamiento constitucional y porque contribuye a una vulgarización del concepto; en especial, al no aportar ningún elemento adicional al concepto de normas imperativas, es decir, normas de obligado cumplimiento y no disponibles por las partes.

5. El orden público en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La complejidad del concepto de orden público produce una multiplicidad de interpretaciones posibles por parte de los diferentes aplicadores del Derecho, que dependerán, en gran medida, de la jurisdicción en que sea necesaria su invocación. Por ello, no podemos detenernos en la jurisprudencia de los tribunales inferiores en rango al Tribunal Supremo pese a que, en ocasiones, podemos encontrar en ella reflexiones de gran aporte hermenéutico. Por ejemplo, una de las definiciones más clarificadoras la realizó el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que afirmó que

[e]l orden público debe ser entendido como el conjunto de principios y normas esenciales que inspiran la organización política, social y económica de España, con inclusión desde luego de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, pero no sólo de ellos; el orden público opera en consecuencia como un límite necesario e imprescindible a la autonomía de la voluntad, a fin de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de los ciudadanos, el fundamento de las instituciones y la protección de los conceptos y valores inspiradores del sistema de democracia social constitucionalmente consagrado, límite que se impone también⁴¹³.

⁴¹² Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia 46/2020, *cit.*; FJ 4.

⁴¹³ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª), sentencia 3/2014, de 7

El Tribunal Supremo ha sostenido un concepto de orden público de carácter axiológico, en cuanto ha considerado que su contenido se dota de principios, valores y derechos. En primer lugar, afirmó que «el orden público nacional está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en el pueblo y en una época determinada»⁴¹⁴. De esta definición se desprende, por un lado, la composición del orden público por principios de distinta naturaleza y, por otro lado, la función jurídica del concepto: la conservación del orden social, señalándose, además, su carácter mutable.

En segundo lugar, a partir de los principios que componen el orden público puede desprenderse el sistema de valores que informa el ordenamiento jurídico: «El término orden público se suele emplear para designar el conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de una determinada organización social, reflejan los valores que, en cada momento, informan sus instituciones jurídicas»⁴¹⁵.

En tercer lugar, también forman parte del orden público los derechos fundamentales:

[U]na moderna posición de la ciencia jurídica señala que el orden público constituye la expresión que se le da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulnera, y que, básicamente, hoy han de tenerse en cuenta, como integrantes del orden público, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución⁴¹⁶.

De hecho, con carácter previo ya había manifestado que «el orden público se alcanza cuando cada ciudadano puede usar pacíficamente de sus derechos y libertades»⁴¹⁷.

enero, ECLI:ES:TJCAT:2014:6, FJ 3.

⁴¹⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 5 de abril de 1966, *cit.*, y, partir de ésta, entre otras: Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 31 de diciembre de 1979, ECLI:ES:TS:1979:4713, Considerando 3; Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia 54/2002 de 5 febrero, ECLI:ES:TS:2002:709, FJ 2; Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia 381/2003, de 11 abril, ECLI:ES:TS:2003:2564, FJ 2; Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), sentencia 121/2005, de 28 febrero, ECLI:ES:TS:2005:1225, FJ 3; Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), sentencia 596/2007, de 30 mayo, ECLI:ES:TS:2007:4265, FJ 4.

⁴¹⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia 54/2002, de 5 febrero, ECLI:ES:TS:2002:709, FJ 2; Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), sentencia 120/2006, de 21 febrero, ECLI:ES:TS:2006:761, FJ 5; Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), sentencia 596/2007, de 30 mayo, ECLI:ES:TS:2007:4265, FJ 4; Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), sentencia 222/2010, de 19 abril, ECLI:ES:TS:2010:2690, FJ 2.

⁴¹⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia 709/2002, de 5 febrero, ECLI:ES:TS:2002:709, FJ 2.

⁴¹⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia 191/1989, de 20 de enero, ECLI:ES:TS:1989:191, Antecedente de hecho 3.

A partir de esta caracterización general del concepto de orden público debemos detenernos en particular en la respuesta articulada por el Tribunal Supremo respecto a la poligamia. Hasta 2018 era doctrina consolidada el rechazo tajante del matrimonio polígamo por el Alto Tribunal, en cuanto que no sólo vulneraba la legislación española, sino también su propio sistema de valores:

[L]a poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español [...]. Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 CP)⁴¹⁸.

No obstante, en la STS 84/2018, de 24 de enero de 2018⁴¹⁹, cuyo criterio fue confirmado en la STS 1803/2019, de 17 de diciembre de 2019⁴²⁰, el Tribunal Supremo quiebra esta doctrina —pese a seguir manteniendo que la poligamia es contraria al orden público español— al admitir un efecto —el reconocimiento de la pensión de viudedad a las diferentes esposas del cónyuge causante⁴²¹— para los matrimonios polígamos marroquíes en virtud de lo previsto en el art. 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos⁴²². El Tribunal Supremo desvirtúa de este modo la naturaleza

⁴¹⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia de 19 de junio de 2008, *cit.*, FJ 3. Este criterio se mantuvo, entre otras, en las siguientes sentencias: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia de 14 de julio de 2009, ECLI:ES:TS:2009:4764; Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia de 26 de febrero de 2010, RJ\2010\1571; Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia de 4 de julio de 2011, ECLI:ES:TS:2011:4386; Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia de 10 de octubre de 2011, ECLI:ES:TS:2011:6458; Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia de 19 de diciembre de 2011, ECLI:ES:TS:2011:8627; Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia 1982/2017, de 14 de diciembre, ECLI:ES:TS:2017:4539.

⁴¹⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia 84/2018, de 24 de enero, ECLI:ES:TS:2018:121. Para un análisis del caso desde la perspectiva del Derecho internacional privado, y de una opinión contraria a la que aquí se defiende, *vid.* VALVERDE MARTÍNEZ, M. J., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 10 (2), octubre de 2018.

⁴²⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia 1803/2019, de 17 de diciembre, ECLI:ES:TS:2019:4150.

⁴²¹ Este criterio ya había sido aplicado en sentencias de tribunales inferiores como, por ejemplo: Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social), sentencia de 2 de abril de 2002, AS\2002\899; Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga, Sala de lo Social, Sección 1.ª), sentencia 1036/2015, de 18 de junio, ECLI:ES:TSJAND:2015:8926.

⁴²² Instrumento de Ratificación de 5 de julio de 1982 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 8 de noviembre de 1979. BOE núm. 245, de 13 de octubre de 1982. Su art. 23 establece que «[l]a pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida en

inderogable del orden público y su propia caracterización como núcleo de valores irrenunciables. Ello se debe, en nuestra opinión, a una errónea e injustificada interpretación del concepto de orden público que, por su interés, reproducimos:

Son múltiples las definiciones que pueden darse del orden público. De entre ellas podemos tomar aquella que lo conceptúa como el conjunto de principios e instituciones que se consideran fundamentales en la organización social de un país y que inspiran su ordenamiento jurídico. Ahora bien, para llevar a cabo una aplicación de la cláusula de orden público del artículo 12.3 del código civil («en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público») el examen de tales principios debe atender al sistema de valores reconocidos en la Constitución Española (STC 43/1986, de 15 de abril [citada *supra*]), a las *previsiones de Tratados Internacionales que formen parte de nuestro ordenamiento jurídico por la dispuesto en el artículo 96 de nuestra Norma Fundamental* [cursiva nuestra] y, además, por remisión de su artículo 10.2 de la Constitución Española, pudiendo estar en juego el sistema de derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce, éstos deberán ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España [FJ 4].

Junto a la clásica concepción del orden público como «conjunto de principios e instituciones», «sistema de valores» y sistema de derechos fundamentales —interpretados conforme al art. 10.2 CE—, el Tribunal Supremo introduce en el concepto los tratados internacionales, en nuestra opinión de manera errónea, pues supone elevar a la categoría de norma de especial trascendencia a todo un tipo de fuente del Derecho con independencia de su contenido y de su posible colisión con el sistema de valores del ordenamiento jurídico.

Como se ha expuesto, el orden público se compone de los valores, principios y derechos que caracterizan e identifican a un sistema jurídico-político, al margen de su constitucionalización o positivización. La dotación de contenido al concepto requiere la identificación de elementos que caracterizábamos como fundamentales y relevantes socialmente y que, en su conjunto, debían conferir al orden público un carácter excepcional y una orientación teleológica en torno a la máxima de la dignidad de la persona. Este examen individualizado no puede ser sustituido por la inclusión sistemática en el concepto

su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación». En realidad, el Tribunal Supremo realiza una aplicación analógica del precepto, pues el mismo está previsto para las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social y el causante pertenecía al Régimen Especial de Clases Pasivas.

de todas las normas contenidas en los tratados internacionales, especialmente cuando, como en este caso (la poligamia es mayoritariamente poliginia), se atenta contra la dignidad de la persona (en particular, de la mujer⁴²³).

La diferencia entre las situaciones planteadas a la que el Tribunal Supremo apela para justificar su cambio de postura —la denegación de la nacionalidad por insuficiente grado de integración en la sociedad española (art. 22.4 CC) (y la sujeción exclusiva, por tanto, a normas de Derecho nacional) frente al reconocimiento de una pensión de viudedad a las múltiples esposas de un mismo varón (en el que interviene una norma contenida en un tratado internacional)— no es suficiente, en nuestra opinión, para tolerar el atentado que supone la poligamia, por lesionar la dignidad de la mujer, contra el orden público español.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

⁴²³ Así se considera también en el voto particular de esta sentencia, formulado por el magistrado José Luis Requero Ibáñez y al que se adhirió el magistrado Jorge Rodríguez Zapata Pérez: «[E]s necesario posibilitar su integración [la de los inmigrantes que proceden de países de religión musulmana], lo que es compatible con la idea de que su acogida en España no debe implicar la renuncia a sus costumbres ni a su religión, pero dentro de los límites que marca nuestra cultura y nuestro sistema de valores, lo que tiene su reflejo en el orden público constitucional que protege la dignidad de la mujer».

**PARTE II. LA CONFIGURACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO
EN EL DERECHO DE LA UNIÓN VIGENTE.**



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Introducción

El orden público constituye, como se ha afirmado en la Parte I, una categoría esencial de la teoría del constitucionalismo social, pues proporciona al ordenamiento constitucional un fundamento o razón de ser coherente con la centralidad de la persona. Procede interrogarse, en consecuencia, si el proceso de constitucionalización material al que se ha visto sometido la Unión Europea ha dado lugar a un orden público propio del ordenamiento constitucional europeo. Esto es, si la ordenación, limitación y racionalización del poder europeo se ha efectuado en garantía de la máxima realización de la igual dignidad humana.

Esta operación de revelación de la existencia o inexistencia de un orden público europeo que pudiera resultar análogo en su conceptualización, caracterización y funcionamiento al concepto clásico —esto es, estatal—, se realiza en el Capítulo 3 a partir del Derecho positivo, en un análisis que no sólo ha de rastrear el empleo del término «orden público» en el Derecho europeo, sino también la funcionalidad en el mismo de sus elementos constitutivos —valores, principios y derechos—, pues la ausencia de un concepto propio de orden público europeo no impide que su construcción conceptual — un núcleo axiológico garante de la dignidad— pueda encontrarse bajo otros términos o elaboraciones teóricas o, incluso, bajo ninguno en concreto.

Asimismo, junto a los anteriores elementos de análisis se ha considerado oportuno realizar, en primer lugar, un estudio de la doctrina española y extranjera que se ha dedicado al concepto de orden público europeo, bien como concepto consolidado o bien como concepto emergente, a fin de encontrar en ella el instrumental teórico necesario para la realización de la investigación posterior. Por otra parte, se incluyó un epígrafe dedicado a la concepción del orden público según las instituciones de la Unión, bajo el entendimiento

de que una buena comprensión del Derecho europeo —del Derecho en general— no debe limitarse al texto de la norma escrita o de la resolución judicial que la interpreta, sino que debe también necesariamente incluir la voluntad de los poderes públicos en los procesos de producción normativa y de diseño de políticas públicas.

Por otra parte, en el Capítulo 4, una vez efectuado el estudio del orden público en el Derecho de la Unión, originario y derivado, y los pronunciamientos que sobre dicho concepto han efectuado las principales instituciones de la Unión, se analiza monográficamente la jurisprudencia del TJUE y las conclusiones de sus Abogados Generales que han abordado, de una manera directa o indirecta, el concepto de orden público *en* la Unión o, incluso, el orden público *de* la Unión.

Finalmente, debe realizarse una advertencia metodológica: las referencias que a continuación se realizarán del «orden público europeo» lo son a los meros efectos operativos y de simplificación; con ellas no se está afirmando la existencia de un orden público de la Unión con la misma caracterización que el orden público estatal descrito en el Capítulo 1.

CAPÍTULO 3. La categoría de orden público y sus elementos constitutivos en el ordenamiento jurídico europeo.

1. La conceptualización doctrinal del orden público europeo.

El concepto de orden público es, en sí mismo, indeterminado, impreciso y ambiguo. Admite múltiples interpretaciones en función de la disciplina jurídica y la perspectiva que se adopte. Aun prescindiendo de su connotación propia del Derecho internacional privado, son muchas y diferentes las posibles definiciones del concepto, ya en sede de Derecho público. A estas notas caracterizadoras del concepto se une una dificultad aún mayor: su predicabilidad en el ordenamiento jurídico europeo, en el que su definición ha sido calificada como «tentativa o emergente», carente de «especificidad propia»⁴²⁴.

En particular, podemos identificar cuatro factores que dificultan el reconocimiento de un orden público europeo. Primero, en ocasiones se ha considerado a dicho concepto como un simple producto cultural desligado de connotaciones jurídicas: Europa como destino común de unos Estados cuya historia habría transcurrido paralelamente⁴²⁵.

⁴²⁴ MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., «Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una reevaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 18, n.º 49, septiembre-diciembre 2014, p. 776.

⁴²⁵ De este modo, se afirma que «*as far as European demos is concerned, we might affirm that, in spite of the lack of on (and only one) common language, there is something like a common European culture identity. A common history, common tragedies and sufferance, common values, common “myths” [...], have made of the French, the Italian, the German etc., a common “people”*». LA TORRE, M., «Citizenship, Constitution, and the European Union», en LA TORRE, M. (ed.), *European Citizenship. An Institutional Challenge*, Kluwer Law

Segundo, a veces se utiliza el término «orden público europeo», incluso desde una visión axiológica, como una realidad independiente y desvinculada del ordenamiento jurídico de la UE⁴²⁶. Tercero, y en relación con lo anterior, el orden público de la UE puede ser difícilmente distinguible de aquello que constituye una de sus fuentes de inspiración, la doctrina del TEDH, primer artífice del instituto. Cuarto, la construcción de un orden público en la UE podría contradecir la nota de la estatalidad propia del concepto⁴²⁷.

Estos obstáculos a la existencia de un orden público propio de la Unión no son, en nuestra opinión, insalvables: el orden público refleja los valores esenciales de una determinada sociedad, por lo que un orden público europeo puede ser considerado como el reflejo de una cultura propia europea; desde el punto de vista de su contenido (la dimensión positiva del concepto) el orden público se compone de valores, principios y derechos según su concepción europea, que incluye tanto a la Unión como al continente europeo globalmente considerado, si bien desde su funcionalidad (la dimensión negativa del concepto) es la UE la llamada a operar como garante de dicho orden público; el orden público de la Unión, como se analizará más adelante, encuentra una íntima conexión con la construcción del orden público por parte del TEDH, si bien constituyen conceptos diferentes; finalmente, el orden público es un concepto propio de la teoría constitucional ligado a un ordenamiento jurídico, no necesariamente a un Estado: es esta vinculación la que permite que exploremos la posible existencia de un orden público en el ordenamiento jurídico de la UE sin necesidad de vincularlo a un inexistente *superestado* europeo.

International, La Haya, 1998, p. 457.

⁴²⁶ Cfr. GARCÍA ROCA, J., «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 30, 2012. Esta segunda objeción también puede concretarse en la existencia de un espacio constitucional común fruto de la interrelación entre los ordenamientos implicados en los Estados europeos: «Independientemente [...] de la inexistencia actual de un acabado sistema jurídico que integre y regule los fundamentos y principios constitucionales de articulación entre los diferentes ordenamientos nacionales, comunitario y del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es necesario resaltar la existencia en la actualidad de importantes interacciones, tanto entre las Constituciones y Tratados de base de estos ordenamientos, como de las jurisprudencias respectivas de los Tribunales Constitucionales y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y Tribunal Europeo de Derechos Humanos», que darían lugar a una «complementariedad de hecho en una suerte de espacio constitucional europeo común». RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y VALLE GÁLVEZ, A., «El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 2, 1997, pp. 367 y 375.

⁴²⁷ Vid. el epígrafe 2.1.2 del Capítulo 1.

Con carácter previo al análisis de los estudios efectuados por la doctrina científica, debemos poner de manifiesto que utilizaremos indistintamente los términos «orden público europeo» y «orden público de la Unión» sin variación de significado entre ambos. En ocasiones se ha utilizado la distinción para atribuir el primero al ámbito de los derechos humanos, en particular al CEDH, y el segundo al de la UE⁴²⁸. Por ejemplo, FERACI considera que el «orden público europeo» es el núcleo de principios y normas que incorpora algunos valores fundamentales comunes a todos los Estados que han ratificado el CEDH y que se considera de importancia inderogable por parte de los Estados contratantes⁴²⁹, mientras que el «orden público de la UE» sería una categoría de orden público internacional autónoma, de origen y contenido europeos, destinada a tutelar los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de la Unión a través de los tradicionales mecanismos de aplicación de la ley (o decisión) extranjera (de un Estado miembro o de un tercer Estado), incompatible con ellos⁴³⁰.

Sin embargo, conviene no acoger esta distinción porque, como hemos apuntado, ambas constituyen vertientes del mismo fenómeno: existe una dimensión positiva del orden público que dota de contenido al mismo, y en el cual desempeña un papel fundamental la doctrina del TEDH sobre los derechos humanos del CEDH (se trataría del «orden público europeo» de FERACI). La protección y promoción de esta dimensión positiva requiere de un conjunto de mecanismos jurídicos que forma la dimensión negativa del concepto, en la que se encuentra la cláusula de orden público propia del Derecho internacional privado (el «orden público de la UE» de nuestra autora). No obstante, de esta construcción debemos retener, como posible información relevante en la caracterización de un orden público europeo, la procedencia nacional del contenido que integraría la dimensión positiva del concepto y la defensa que de la misma realizaría la UE a través de sus propios mecanismos.

A continuación, procederemos a exponer las teorías más significativas sobre la configuración y caracterización del orden público europeo, desarrollando en primer lugar las que consideramos que, esencialmente por su excesiva amplitud, deben ser descartadas,

⁴²⁸ KRAMBERGER ŠKERL, J., «European public policy (with an emphasis on exequatur proceedings)», en *Journal of Private International Law*, vol. 7, n.º 3, diciembre 2011, pp. 462-463.

⁴²⁹ FERACI, O., *L'ordine pubblico nel Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè Editore, Milán, 2012, pp. 329-330.

⁴³⁰ FERACI, O., *op. cit.*, p. 332.

y analizando en segundo lugar aquellas más próximas a la conceptualización del orden público efectuada en la Parte I.

1.1. Teorías sobre la configuración y caracterización del orden público europeo.

Una primera aproximación a la labor de conceptualización del orden público europeo consistiría en la atribución del calificativo «europeo» a la cláusula de excepción de orden público propia del Derecho internacional privado, que permite la exclusión del reconocimiento o ejecución de una decisión o de la aplicabilidad de una ley de un tercer Estado no miembro de la UE. Se trataría del «orden público internacional propio del sistema jurídico de la UE»⁴³¹. El ordenamiento jurídico europeo, así, impediría la entrada de una norma o una decisión que contradijera la normativa de la UE. No obstante, la definición de orden público, de aquello que justificaría tal exclusión, quedaría aún pendiente de concreción.

Para la autora italiana ANGELINI el orden público europeo se identificaría con la propia constitución material europea y con el patrimonio constitucional común europeo:

[L]'ordine pubblico europeo (come minimo comune denominatore fra ordine convenzionale, comunitario e dei singoli ordini pubblici nazionali) si presenta come un sistema costituzionale di principi e valori che esprime omogeneità, coesione, ma non ha una costituzione, intesa in senso classico, di riferimento. Si tratta di un sistema costituzionale o di una dimensione costituzionale che afferma il proprio ruolo materialmente e che, dunque, deve essere portato ad evidenza: esso affonda le sue radici nelle tradizioni costituzionali comuni, si manifesta sotto forma di principi generali comuni agli Stati e appare nel suo insieme come eredità e patrimonio comune costituzionale europeo. Intesa in tal senso, la fonte di scaturigine privilegiata di questa dimensione costituzionale coincide con il continuo «dialogo fra sistemi giuridici» alimentato e vivificato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, dalla Corte di giustizia CE e dalle singoli corti costituzionali nazionali»⁴³².

Esta reflexión pone de manifiesto la importancia fundamental que el concepto representa para el ordenamiento constitucional, pero consideramos necesaria una mayor concreción que evite un concepto de orden público como sinónimo de orden constitucional⁴³³. No obstante, es necesario destacar la importancia de algunas

⁴³¹ FERACI, O., *op. cit.*, p. 324.

⁴³² ANGELINI, F., *op. cit.*, pp. 227-228.

⁴³³ ANGELINI asume así las tesis de MODUGNO, que afirma que el orden público «*riassume valori fondamentali*

afirmaciones: la construcción del orden público a partir del diálogo y la interrelación entre ordenamientos así como de las tradiciones constitucionales comunes, su manifestación en forma de valores y principios⁴³⁴ y su función de homogeneidad y cohesión del sistema jurídico.

Cercana a ANGELINI se encuentra DEL VECCHIO, que define el orden público de la UE como una koiné constitucional fundamentada en una tensión equilibrada entre la homogeneidad constitucional y la identidad nacional⁴³⁵. La koiné, «[l]engua común que resulta de la unificación de ciertas variedades idiomáticas»⁴³⁶, es un concepto que procede de la filología: «[L]a relativa homogenización lingüística de una pluralidad de hablantes que, a raíz de un evento sociológico-político común, converge en un lugar determinado, constituye la koiné»⁴³⁷. De este modo, la koiné a la que se refiere DEL VECCHIO equivaldría a una homogeneidad constitucional de la UE resultado de las diferentes identidades constitucionales de los Estados miembros, que confluirían en un espacio constitucional único sin desprenderse de sus propios ámbitos de origen. Trasladado al ámbito que nos afecta, el orden público europeo podría ser considerado como una koiné o síntesis europea de elementos que, procediendo de los Estados miembros, tiene una entidad propia y diferenciada y no sustitutiva de aquellas entidades que la han conformado. Restaría aún por determinar, pues, qué elementos convergen en esa síntesis europea.

El autor francés BODEN se ha aproximado al concepto de orden público europeo desde una perspectiva más cultural que jurídica, como una especie de conciencia europea que inspiraría los ordenamientos de los Estados europeos. Este autor habla así de la existencia de un

dell'organizzazione politica ed economica della società» y, por ello, «[l]’ordine pubblico è l’ordine costituzionale». MODUGNO, F., «Principi generali dell’ordinamento», en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXIV, Istituto dell’Enciclopedia italiana, Roma, 1991, p. 8. Por la misma razón debe descartarse la identificación entre el orden público europeo y la Administración pública o la gobernanza comunitaria que realiza NICKEL. NICKEL, R., «Participatory Governance and European Administrative Law: New Legal Benchmarks for the New European Public Order», en *EUI Working Paper Law*, n.º 2006/26, 2006, disponible en: <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6310/LAW_2006_26.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

⁴³⁴ El orden público coincidiría según esta autora con «l’insieme di quei principi giuridici che costituiscono, in “consensato”, la “cultura giuridica europea”». ANGELINI, F., *op. cit.*, p. 230.

⁴³⁵ VECCHIO, I. DEL, «Koinè costituzionale e cittadinanza europea. La lunga strada della tutela dei diritti in Europa», en *Diritto e società*, n.º 2/2015, 2015, pp. 425-426.

⁴³⁶ Segunda acepción de la entrada «koiné». Real Academia Española (2014). Diccionario de la lengua española (23.ª ed.). Consultado en <<http://www.rae.es/>>.

⁴³⁷ CUARTAS RESTREPO, J. M., «En torno al concepto de “koiné” o interdialecto», en *Thesaurus. Boletín del Instituto Caro y Cuervo*, tomo XLV, n.º 3, Bogotá, 1990, p. 744.

*ordre public latent [...], qui unit les nations au lieu de les opposer, qui ne varie pas d'une frontière à l'autre, ne se transforme pas aux caprices de l'opinion qui prévaut à chaque pays. Cet ordre public est appelé par les auteurs «international» et je l'appellerai plus modestement «Européen» ou «occidental», qui existait, dans les faits, aux temps point si lointains où le droit roman et la morale chrétienne étaient l'unique source des législations de tous les peuples de l'Europe, et qui inspire les grandes règles, les principes fondamentaux des codes des pays de l'Europe*⁴³⁸.

Pese a esta utilización excesivamente amplia del concepto, debe destacarse que, para este autor, la existencia de un entendimiento común entre los Estados europeos podría actuar como un elemento de unificación hacia un proyecto común.

Siguiendo esta estela, MCCREA estudia la vinculación entre el orden público europeo y la religión. Presuponiendo la existencia de un orden público propio de la UE y su dotación de contenido a través de valores culturales y morales, afirma que «*[t]he Union's public order is characterized by a balance between religious, humanist, and cultural elements, all of which can reinforce or restrict each other's influence*»⁴³⁹. Según su tesis, el orden público de la Unión sería heredera de la tradición humanista cristiana, lo que explicaría la influencia de la religión en el Derecho. Pero, sin embargo, dado que en la identidad europea común también habrían influido experiencias compartidas como la Reforma y la Ilustración, el orden público europeo sería no-teocrático y reconocería la importancia de las perspectivas no religiosas⁴⁴⁰. Más allá del interés que despierta el análisis de la presencia de la religión en la Unión, este estudio demuestra que no cabe ninguna aproximación al concepto de orden público de la UE sin la asunción de la diversidad y el equilibrio entre valores que ha de caracterizarlo.

Por otra parte, consideramos que no es adecuado aceptar la consideración del orden público como una categoría restringida de normas de especial importancia para el ordenamiento jurídico y cuya observancia debe ser garantizada incluso sobre posibles obstáculos procesales⁴⁴¹. Como ya advertimos previamente, ello no permite diferenciar el orden público de las normas imperativas, que *per se* ya prevalecen sobre normas de otra

⁴³⁸ BODEN D., *L'ordre public: limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique* (Tesis doctoral inédita), Universidad de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2003, p. 353.

⁴³⁹ MCCREA, R., *Religion and the Public Order of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 51.

⁴⁴⁰ MCCREA, R., *op. cit.*, pp. 14 y 48-49.

⁴⁴¹ LANGE, R. DE, «The european public order, constitutional principles and fundamental rights», en *Erasmus Law Review*, n.º 1/2007, 2007, p. 23.

naturaleza, al tiempo que obligaría a reducir el contenido del orden público europeo a las normas positivas de los Tratados constitutivos y del Derecho derivado y a la jurisprudencia del TJUE⁴⁴². Asimismo, exigiría establecer los parámetros conforme a los cuales una norma puede ser considerada como «de importancia fundamental».

Algo parecido sucede con la equiparación entre orden público e intereses fundamentales de la sociedad. Se afirma, con base en la jurisprudencia⁴⁴³, que el concepto de orden público europeo se encuentra suficientemente caracterizado porque requiere, además de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No parece que el orden público, un concepto nuclear en los ordenamientos constitucionales y cuya imperatividad opera sobre otro tipo de normas, pueda confundirse con los simples «intereses de la sociedad», habida cuenta de la indeterminación de unos intereses que dependen de unas voluntades políticas no necesariamente proclamadas en normas consensuadas. El orden público, como concepto *jurídico*, debe componerse de elementos de naturaleza *jurídica*, sin perjuicio de que en sí mismo sustente y represente los intereses fundamentales de la sociedad.

A este conjunto de autores que utilizan un concepto de orden público amplio pertenece CORTHAUT, según el cual el orden público europeo, que es autónomo y distinto del de los Estados miembros⁴⁴⁴, puede definirse como «*the complex of norms at the very heart of a political entity (in this case the EU) expressing and protecting the basic options taken by that entity regarding its political, economic, social and cultural order*»⁴⁴⁵. CORTHAUT trata de concretar el orden público europeo en lo que constituye una verdadera operación de reconstrucción del entero ordenamiento jurídico europeo. Para ello, diseña una tabla que aspira a convertirse en un inventario del contenido del orden público que, a su vez, muestre la jerarquía dentro del mismo⁴⁴⁶.

⁴⁴² FERACI, O., *op. cit.*, p. 359.

⁴⁴³ ELVIRA PERALES, A., *Libertad de circulación de personas en la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, p. 47. La autora cita, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-301/15 PPU, *J. N.*, de 15 de febrero de 2016, ECLI:EU:C:2016:84, apdo. 65.

⁴⁴⁴ CORTHAUT, T., *op. cit.*, p. 341.

⁴⁴⁵ CORTHAUT, T., *op. cit.*, p. 254.

⁴⁴⁶ CORTHAUT, T., *op. cit.*, p. 422.

La tabla, que a continuación se reproduce, debe leerse del siguiente modo: la primera columna asume la distinción efectuada por ROMAIN entre «*ordre public fundamental*» —que englobaría los derechos y libertades fundamentales, las garantías y reglas que se encuentran en el origen del orden político y jurídico y las buenas costumbres, y que sería inderogable para el Estado y los particulares— y «*ordre public essentiel*» —que incluiría otros intereses generales que no podrían ser afectados por los particulares—⁴⁴⁷. Las instancias de poder de cada nivel (segunda columna: «*EU level*», «*Member States*» y «*Private Parties*») se encuentran vinculadas y limitadas por las reglas situadas a su derecha (tercera y cuarta columnas, con sus divisiones) y, además, todas las que se encuentran encima de ellas (en la medida en que puedan ser aplicables)⁴⁴⁸. Todas estas reglas formarían un contenido del orden público europeo que, por su amplitud, no resulta válido para nuestro estudio.

Ordre Public Fundamental	<i>EU level</i>	Pouvoir Constituant	Jus cogens	
			<i>European Public Order (core ECHR [European Convention on Human Rights])</i>	
		<i>Institutions (all the above) +</i>	<i>International law binding on the Union</i>	
			<i>EU Fundamental Rights</i>	
			<i>Competence</i> ⁴⁴⁹	
			<i>Essential Procedural Requirements</i>	
	<i>Financial Interests of the Union</i> ⁴⁵⁰			
	<i>Basic values</i>		<i>Constitutional (national procedure autonomy, federalism, unity in diversity, democracy, institutional balance, loyal cooperation, primacy)</i>	
			<i>Moral (human dignity)</i>	
	<i>Member States</i>	<i>(all the above) +</i>	<i>Citizenship</i>	
<i>Free Movement Rules</i>				
<i>Customs Union</i>				
<i>State Aid (+ rules on competition law if exceptionally applicable to MS [Estado miembro])</i>				
<i>Lex moneta</i>				
Ordre Public	<i>Private Parties</i>	<i>(all the above – to</i>	<i>EU criminal law</i>	<i>Public interests</i> <i>No deviation</i>

⁴⁴⁷ CORTHAUT, T., *op. cit.*, p. 415. El autor cita a ROMAIN, J. F., «L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme», en ROMAIN, J. F., GRÉGOIRE, M. y SIMONART, V., *L'ordre public: concept et applications*, Bruylant, Bruselas, 1995, pp. 59-60.

⁴⁴⁸ CORTHAUT, T., *op. cit.*, p. 423.

⁴⁴⁹ Debe recordarse que, en este contexto, «competence» se refiere a la «competencia» como ámbito de atribuciones, mientras que «competency» apela a la rivalidad de empresas en el mercado (Derecho de la competencia).

⁴⁵⁰ Sobre la inclusión de un contenido económico en el orden público, el autor afirma que «[a]s the EU was initially set up as an organization for economic integration, it is therefore to be expected that the EU ordre public also encompasses an important ordre public économique». CORTHAUT, T., *op. cit.*, p. 309.

Essen- tiel ⁴⁵¹		the extent applicable) +	EU external action			
			Compe- tition law			
		Other protective rules	Sliding scale of public cha- racter	Strong	For example, health, safety, morality	
				Medium	For example, consumer protection	
Low	For example, culture					

1.2. El orden público europeo como categoría axiológica.

Como puede observarse, la doctrina no es unánime en cuanto a la configuración y caracterización del concepto de orden público europeo. Al anterior conjunto de teorías y explicaciones sobre el concepto, que deben ser rechazadas por su amplitud o vaguedad, deben añadirse otras que entienden el orden público como un conjunto o síntesis de valores, principios o derechos, procedentes de los Estados miembros pero trasladados a una instancia europea autónoma, que refleja la esencia axiológica compartida.

Aunque consideramos que un correcto entendimiento del orden público no debe limitarse a los valores, sino extenderse también a los principios y los derechos como elementos en los que se manifiestan aquéllos, la doctrina ha prestado particular atención al valor jurídico como componente del orden público europeo. SUDRE defendía, aunque en el ámbito del CEDH y en relación con el principio de la sociedad democrática, que el orden público era el conjunto de valores comunes considerados como irreductibles por una sociedad⁴⁵². Para FERACI el término «orden público europeo» puede estar llamado a designar la síntesis de los valores jurídicos compartidos por los Estados europeos individuales⁴⁵³ y, para PICHERAL, constituye una esencia común que se revela gracias a la simetría de sus fundamentos y al paralelismo de sus funciones⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ Las normas de «*ordre public essentiel*» son las adoptadas por las instituciones y los Estados miembros cuando actúan en el ámbito del Derecho de la Unión. CORTHAUT, T., *op. cit.*, p. 428.

⁴⁵² SUDRE, F., *op. cit.*, pp. 50-53.

⁴⁵³ FERACI, O., *op. cit.*, p. 324.

⁴⁵⁴ PICHERAL, C., *L'Ordre public européen. Droit communautaire et Droit européen des droits de l'homme*, La Documentation française, París, 2001, p. 361.

Un lugar común de debate ha sido la procedencia y naturaleza de los valores que integrarían el orden público europeo, esto es, su consideración como síntesis de valores de los Estados miembros o síntesis de valores propiamente europeos. Para FERACI⁴⁵⁵, el orden público europeo como conjunto de valores fundamentales a los Estados miembros prescinde del Derecho de la Unión y comprende valores compartidos por varios Estados geográfica e históricamente homogéneos. Dichos valores, no obstante, no perderían su origen nacional y el orden público europeo sería así el resultado de una «operación de destilación» de los valores procedentes de los diferentes órdenes públicos nacionales.

Por el contrario, ÁLVAREZ ORTEGA considera que, junto a los valores considerados esenciales por los Estados europeos (las tradiciones constitucionales comunes), el Derecho de la Unión ha aportado nuevos como las libertades comunitarias o la protección de la competencia, conformando todo ello un núcleo axiológico u orden público⁴⁵⁶.

ELVIRA PERALES aporta a este debate una perspectiva diferente: distingue entre un orden público material o administrativo, vinculado a la actividad de policía y de seguridad pública, y un orden público ideal, normativo o formal, que haría referencia al sistema de valores y principios que fundamenta el ordenamiento jurídico. En el ámbito de la UE, los Estados miembros serían los responsables de velar por el orden público material, es decir, de garantizar una pacífica convivencia, mientras que la Unión debería procurar el mantenimiento del orden público ideal, de un orden público europeo como concepto propio y vinculado a un ordenamiento autónomo cuya evolución habría transcurrido paralela al reconocimiento y defensa de los derechos fundamentales en la UE⁴⁵⁷.

Aunque también se ha considerado que los principios tienen cabida en el orden público europeo⁴⁵⁸, la doctrina ha prestado especial atención, tras los valores, a los derechos fundamentales. Para ÁLVAREZ GONZÁLEZ,

[s]e habla de un orden público comunitario o un orden público de la UE que además, hoy, tiene un referente concreto en los derechos fundamentales de la Carta y del CEDH, así como en los derivados

⁴⁵⁵ FERACI, O., *op. cit.*, p. 335.

⁴⁵⁶ ÁLVAREZ ORTEGA, M., *op. cit.*, pp. 41-42. Según este autor, el orden público se mantendría como una noción estatal pero bajo control comunitario.

⁴⁵⁷ ELVIRA PERALES, A., *op. cit.*, pp. 39-42.

⁴⁵⁸ DE BARTOLOMÉ CENZANO considera que el orden público comunitario es un concepto derivado de los valores y principios de los Tratados y del Derecho derivado. BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. DE, *op. cit.*, p. 325. Por su parte, para BOUZA VIDAL estaría compuesto por los principios y libertades que emanan del Derecho primario y la CDFUE. BOUZA VIDAL, N., *op. cit.*, p. 81.

de las tradiciones constitucionales de los EM [Estados miembros], pero lo mismo que ocurre con el orden público internacional de cada Estado, no se limita a estos derechos fundamentales⁴⁵⁹.

Aunque tendremos ocasión de detenernos en profundidad más adelante, es evidente la influencia del CEDH y el TEDH en la conformación del orden público de la UE, integrado conjuntamente, según algunos autores, por valores fundamentales procedentes de la UE y del Consejo de Europa⁴⁶⁰.

La doctrina ha señalado que la posibilidad de utilizar un mínimo indiscutible de derechos fundamentales como referente para la construcción de un común orden público europeo parece constituir una posible solución ante el creciente número de Estados miembros⁴⁶¹ y la consiguiente disparidad de sistemas axiológicos. En ese sentido, para DEMICHEL⁴⁶² la propia definición del concepto determina su función. En su opinión, existen dos aspectos desde los que analizar el significado del orden público europeo. Por un lado, puede considerarse como un «mínimo común denominador» en materia de libertades políticas y democracia. Esto es, como una institución descriptiva de las realidades existentes entre los diferentes Estados miembros que, por tanto, debe ser (es) respetada por todos ellos. Por otro lado, puede ser definido como un mínimo común que *se impone* sobre los ordenamientos de los Estados, esto es, como un desiderátum de valores que pretenden imponerse sobre las distintas realidades. Este último ámbito requeriría, a diferencia del primero —más propio de la jurisprudencia y la doctrina—, de la intervención del legislador.

Las complejidades en la conceptualización del orden público europeo y en la determinación de su naturaleza y la procedencia de sus elementos deriva, en gran parte, de la enteramente construcción jurisprudencial del concepto por parte del TJUE y del TEDH y la escasa intervención del legislador europeo en esta tarea. En este sentido, desde la doctrina se ha reclamado la intervención del legislador europeo en la concretización del concepto, pues, como afirma FERACI, es sólo éste quien puede proporcionar los «índices de

⁴⁵⁹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, p. 161.

⁴⁶⁰ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, p. 148. Para CORTHAUT, «*any attempt to define a substantive content to an EU concept of ordre public is likely to take the catalogue drawn up in the context of the ECHR into account*». CORTHAUT, T., *op. cit.*, p. 34.

⁴⁶¹ LANGE, R. DE, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁶² DEMICHEL, A., «La conception des libertés politiques dans la Convention des Droits de l'Homme», en MAYER, D., DEMICHEL, A., EHLERMANN, C.-D. y VANGHEENBERGHE, F., *La Protection Internationale des Droits de l'Homme*, Presses Universitaires de Lyon, Lyon, 1981, pp. 46-47.

relevancia» a fin de individualizar su contenido⁴⁶³. Esto es, la intervención del legislador evitaría las oscilaciones jurisprudenciales y dotaría al orden público de la UE de un contenido delimitado y legitimado democráticamente. GONZÁLEZ GONZÁLEZ considera al respecto que

[I]a labor del TEDH, determinando ese *ius commune* europeo, y la labor del TJCE, promocionándolo en su ámbito competencial, con ser importantes, nunca pueden sustituir la voluntad política de los Estados necesaria para lograr una convergencia de valores, en materia de derechos fundamentales, que sea compatible con el respeto a las tradiciones nacionales⁴⁶⁴.

Respecto al contenido concreto del orden público europeo, sostuvimos en el Capítulo 1 que, si bien es posible conceptualizar el orden público, esto es, ofrecer los rasgos esenciales de la institución que permita diferenciarla de, por ejemplo, el ordenamiento constitucional, la seguridad pública o la paz social, la mutabilidad intrínseca del concepto, cambiante y dinámico en función de las concepciones sociales imperantes, impide la determinación del contenido específico del mismo. El papel de la doctrina debía limitarse a formular el criterio o regla que permitiera, en cada caso y por el correspondiente agente (el creador del Derecho, el intérprete o el aplicador de la norma), la identificación del contenido del orden público: los valores, principios y derechos encuadrables en la noción de orden público debían ser, cada uno de ellos, fundamentales conforme a las exigencias sociales y, en conjunto, de invocación excepcional y orientados hacia la centralidad de la persona. No obstante, algunos autores han intentado enumerar los concretos valores, principios y derechos que integrarían el orden público europeo⁴⁶⁵, así como proponer modelos de construcción del concepto que, por su interés, incluimos en nuestro análisis.

⁴⁶³ FERACI, O., *op. cit.*, p. 362.

⁴⁶⁴ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, R., «Límites a la construcción de un “orden público europeo” en materia de derechos fundamentales. (A propósito de la sentencia del TJCE *Krombach c. Bamberski*, de 28 de marzo de 2000)», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 8, julio-diciembre 2000, p. 617.

⁴⁶⁵ Por ejemplo, FERACI considera que, a partir del criterio expuesto por el TJUE en *Eco Swiss* (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-126/97, *Eco Swiss*, de 1 de junio de 1999, ECLI:EU:C:1999:269), podrían considerarse valores del orden público de la UE los «principios-base» de la competencia, los relativos a la libertad de circulación, el principio de no discriminación, los derechos de la CDFUE, los derechos fundamentales de los Estados miembros como «principios generales» reconstruidos por la jurisprudencia del TJUE, siempre que se aplique en el ámbito del Derecho de la Unión, la tutela del consumidor y la protección del medio ambiente. Consideramos que se trata de una generalización indiscriminada, pues no todos han recibido el mismo nivel de atención en la UE: los derechos fundamentales, en particular, han cedido frente a los principios derivados del Derecho de la competencia. FERACI, O., *op. cit.*, p. 363. La misma autora considera, en sede del CEDH, que los derechos reconducibles al «orden público de los derechos humanos» serían los derechos considerados fundamentales para la sociedad democrática: el derecho a no ser sometido a tortura o a tratos inhumanos y degradantes para la dignidad humana (art. 3 CEDH), el derecho a la libertad y seguridad (art. 5 CEDH), el derecho a un proceso justo (art. 6 CEDH), el derecho a la certeza del Derecho (art.

Para KARYDIS⁴⁶⁶, el orden público comunitario se compone de un «orden público económico» y un «orden público metaeconómico». En el primero se situarían las normas sobre competencia y unión monetaria, mientras que en el segundo se encontraría un «orden público político» (principios de la libertad, la democracia, el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y el Estado de Derecho) y un «orden público de seguridad interior» (reglas sobre la lucha contra la criminalidad organizada, el terrorismo, el tráfico de drogas y otras medidas adoptadas en el ámbito de la policía y la cooperación judicial).

Una teoría similar sostiene FERACI⁴⁶⁷, que otorga un triple contenido al orden público: un componente económico, un componente de «consideraciones materiales» y un componente «metaeconómico». El primero incluiría el principio de libre competencia, la libertad de circulación y el principio de no discriminación sobre la base de la nacionalidad; el segundo la tutela del contratante débil (consumidor, trabajador, asegurado) y la tutela del medio ambiente; y el tercero el contenido «ético-político»: principios de democracia, igualdad, libertad, no discriminación, Estado de Derecho y derechos humanos.

No obstante, consideramos que estas clasificaciones no pueden ser acogidas porque desvirtúan los propios caracteres del orden público como núcleo axiológico y porque no cumplen con los dos requisitos que se predicen del orden público como conjunto: sus vastos contenidos, a modo de clasificación del completo ordenamiento jurídico europeo, contradicen la excepcionalidad propia del concepto, y la finalidad

7 CEDH), la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH) y la libertad de expresión (art. 10 CEDH). FERACI, O., *op. cit.*, p. 330.

Para SUDRE el orden público europeo se compone de la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el Estado de Derecho, el derecho a la integridad física, el derecho a la libertad y a la seguridad, el derecho a un juicio justo, el derecho a unas elecciones libres (pluralismo político) y el derecho de los padres a que se respeten sus creencias sobre la educación (pluralismo educativo). SUDRE, F., *op. cit.*, p. 57.

Todavía en términos más concretos se pronuncia SCHLOSSER, según el cual son ejemplos del orden público europeo los artículos 81 y 82 TCE (acuerdos entre empresas y abuso de posición dominante), las libertades fundamentales (mercancías, servicios, capitales y personas), todas las disposiciones del Tratado que prohíben toda discriminación fundada en la nacionalidad o el sexo, así como la remuneración debida al agente según el art. 19 de la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (DO L 382 de 31.12.1986, p. 17). SCHLOSSER, P. F., «Arbitration and European Public Policy», en BRINER R. *et al.*, *L'arbitrage et le droit européen*, Bruylant, Bruselas, 1997, p. 81.

⁴⁶⁶ KARYDIS G., «L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable», en *Revue trimestrielle de droit européen*, vol 38, n.º 1, 2002, p. 12.

⁴⁶⁷ FERACI, O., *op. cit.*, p. 364.

teleológica del orden público, protector de la persona y del valor igual dignidad como eje central del ordenamiento, impide que los derechos humanos se encuentren en un mismo nivel valorativo que las normas sobre la unión monetaria.

Finalmente, para RODRÍGUEZ PINEAU⁴⁶⁸ el orden público se compondría de valores ético-morales (derechos humanos), signos identitarios (diversidad lingüística, protección del medio ambiente y propiedad intelectual) y estándares jurídico-económicos (principios de libre competencia, libertad de circulación y protección de los consumidores). Debemos también rechazar esta clasificación por la diferente graduación axiológica que deben merecer los derechos humanos respecto a los estándares jurídico-económicos, y porque los signos identitarios, pese a su importancia, no pueden considerarse integrantes de un núcleo restringido de valores.

En conclusión, no podemos afirmar que exista una posición unánime en la doctrina sobre la existencia, la definición, el contenido o la naturaleza de un orden público europeo. No obstante, la mayor parte de los autores analizados coinciden en la necesidad de plantear un concepto de orden público propio de la UE, con un contenido axiológico que aúne los diferentes ordenamientos jurídicos y refleje los valores compartidos por los Estados miembros. Tanto aquéllos que afirman la existencia de un orden público europeo como los que niega su realidad actual coinciden en afirmar la necesidad de un núcleo axiológico común que actúe como punto de encuentro de todos los Estados que integran el proyecto común europeo.

2. El orden público europeo en el Derecho originario y derivado de la Unión.

Una vez analizada las posturas doctrinales más representativas sobre el concepto y la configuración del orden público de la Unión Europea, a continuación analizaremos el Derecho de la Unión vigente al objeto de determinar qué se entiende en este contexto por orden público y si el empleo de dicho concepto en la normativa europea puede semejarse

⁴⁶⁸ RODRÍGUEZ PINEAU, E., «European Union International Ordre Public», en *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 3, 1993-1994, pp. 50-64.

a la caracterización del orden público efectuada en el Capítulo 1, esto es, como núcleo axiológico garante de la igual dignidad humana.

Como es sabido, es habitual diferenciar en el Derecho de la Unión dos niveles de fuentes del Derecho interrelacionadas entre sí jerárquicamente: por un lado, el Derecho originario o primario, constituido por los Tratados fundacionales, sus sucesivas reformas y los acuerdos de adhesión, esto es, los instrumentos adoptados por los Estados miembros conforme a los parámetros del Derecho internacional; y el Derecho derivado o secundario, compuesto por los actos adoptados por las instituciones de la Unión conforme al Derecho originario, que, de este modo, deviene su parámetro de validez. Dejando el Derecho derivado para el posterior análisis, en el siguiente epígrafe exploraremos el concepto de orden público en los Tratados constitutivos —incluida, por tanto, la CDFUE (art. 6.1 TUE)—

2.1. El orden público europeo en el Derecho originario.

Los Tratados constitutivos de la UE no reconocen la existencia de un orden público europeo como núcleo axiológico de valores, principios y derechos. La única referencia al orden público en el Tratado de la Unión Europea la encontramos en su artículo 4.2, en el que se afirma que el mantenimiento del orden público (estatal) es una función esencial del Estado y, como tal, debe ser respetada por la Unión:

La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro.

El carácter estatal del orden público queda reforzado por su inclusión en las tres funciones esenciales del Estado: garantizar la integridad territorial (del Estado), el mantenimiento del orden público (estatal) y la salvaguardia de la seguridad *nacional*; así como por la enumeración de éstas en el mismo artículo en el que se proclama el respeto a la identidad nacional de los Estados. Sin embargo, del tenor literal del precepto es posible extraer que el mantenimiento del orden público, siendo una función esencial del Estado, no es de su responsabilidad exclusiva, por lo que teóricamente podría admitirse algún tipo

de intervención por parte de la UE en el orden público de cada Estado. No sucede lo mismo con la salvaguardia de la seguridad nacional, de la que sí se proclama expresamente que es, «en particular», responsabilidad exclusiva del Estado.

Respecto al significado del orden público en este precepto, la utilización del término «mantener» presupone la existencia de una situación previa, por lo que consideramos que el orden público se concibe en el TUE como una situación fáctica de normalidad democrática y libre ejercicio de los derechos y funcionamiento de las instituciones. El contexto en el que se utiliza el concepto, relativo a los elementos necesarios para el mantenimiento de la paz en el Estado y en los que no puede intervenir un tercer Estado u organización internacional, nos obliga a desvincularlo de connotaciones axiológicas.

El recurso al término «orden público» es, sin embargo, más frecuente en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que lo configura como una cláusula de excepción a la aplicabilidad en un determinado Estado miembro de una norma comunitaria. De este modo, no sólo no se afirmarí­a la existencia de un orden público de naturaleza europea, sino que los órdenes públicos estatales podrí­an actuar como límite a la efectividad de normas de la UE contrarias a algún valor considerado esencial en su ordenamiento jurídico. El orden público se concibe así en el ámbito de la UE como un instrumento de conflicto en la relación entre el Derecho de la Unión y los ordenamientos estatales⁴⁶⁹. De este modo, «razones de

⁴⁶⁹ La concepción del orden público como un «instrumento de conflicto» entre el sistema de valores de un determinado Estado miembro y la necesaria uniformidad en la eficacia y aplicabilidad del Derecho de la Unión es apuntada también por ANGELINI, para quien el orden público actúa al mismo tiempo como «límite protector» de la integridad de los principios fundamentales de un ordenamiento jurídico y como «agente catalítico» de los valores esenciales de una comunidad: «*L'ordine pubblico [...] nelle sue molteplici apparizioni, porta ad evidenza e seleziona quei principi ritenuti essenziali per l'ordinamento diventandone uno strumento di protezione e promozione nei confronti di altri ordinamenti giuridici*». ANGELINI, F., *op. cit.*, pp. 1-2. De hecho, para esta autora el conflicto (de soberanía, entre fuentes, de competencia, en la protección de los derechos fundamentales) es el propio presupuesto de la noción de orden público en todas sus manifestaciones, siendo la solución del mismo su principal resultado, tanto en una función de conservación como de promoción de los principios y valores jurídicos. ANGELINI, F., *op. cit.*, p. 338.

De modo análogo, CANTARO considera que la apelación del Tribunal Constitucional Federal alemán a la identidad constitucional en su sentencia sobre el Tratado de Lisboa también opera como un instrumento de resistencia entre, en este caso, el sistema de valores imperante en Alemania —su orden público— y las exigencias de la integración europea: «Cuando el Tribunal dice que la identidad constitucional es lo que resiste y se opone a la “filosofía” y al método de la integración continua y progresiva (el paradigma “funcionalista” y “comunitario”), acaba por evocar la existencia de “valores exclusivos” de la Ley fundamental alemana y de las Leyes fundamentales de los Estados miembros. Y poco importa si algunos de estos “valores”, en su formulación textual, reenvían al universo de las “tradiciones constitucionales comunes” (democracia, Estado de Derecho, derechos fundamentales, etc.), puesto que cada uno de los Estados miembros interpreta tales “valores”, e intentará hacerlo cada vez más en el futuro, en formas específicas y peculiares, de acuerdo con la propia cultura y la propia historia nacional». CANTARO, A., «Democracia e identidad constitucional

orden público», entre otras (v. gr. seguridad pública, preservación de los vegetales o protección de la propiedad industrial) pueden justificar el establecimiento, por un Estado miembro, de prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito de mercancías⁴⁷⁰ (art. 36 TFUE), dando lugar así a un mercado interior en el que desaparecerían las fronteras físicas pero no así las «fronteras axiológicas».

«Razones de orden público» pueden, igualmente, justificar limitaciones a la libre circulación de los trabajadores (arts. 45.3 y 202 TFUE) y a la libre circulación de capitales (art. 65.1.b) TFUE), así como la aplicabilidad de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros respecto al derecho de establecimiento (art. 52.1 TFUE). El orden público también es utilizado, en el art. 347 TFUE, como sinónimo de paz pública. De acuerdo con este precepto, en caso de que un Estado miembro se vea obligado a adoptar, por la existencia de «graves disturbios internos», medidas que alteren el orden público, los Estados miembros deberán consultarse con el objetivo de adoptar, de común acuerdo, las disposiciones necesarias para evitar que resulte afectado el funcionamiento del mercado interior⁴⁷¹.

después de la “Lissabon Urteil”. La integración “protegida”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 13, 2010, p. 144. En efecto, el párrafo 241 de la sentencia atribuye al Tribunal Constitucional Federal alemán una competencia de control sobre la identidad que puede conducir a la inaplicación de las normas jurídicas de la Unión que vulneren la identidad constitucional alemana. Bundesverfassungsgericht, sentencia 2 BvE 2/08, *Lissabon-Urteil*, de 30 de junio de 2009.

Por su parte, CAMISÓN YAGÜE vincula la identidad constitucional europea con la «precomprensión» del Tribunal Constitucional Federal alemán de que la UE debe avanzar hacia un modelo federal de articulación territorial del poder. CAMISÓN YAGÜE, J. A., «La sentencia del *Bundesverfassungsgericht* sobre el Tratado de Lisboa como “hoja de ruta constituyente” de la Unión Europea», en *Revista universitaria europea*, n.º 14, enero-junio 2011. En su opinión, «dado que las limitaciones del proceso de integración no se encuentran en la Constitución sustancial de la Unión Europea, el Tribunal ha interpretado que éstas se encuentran en la Ley Fundamental de Bonn, y por ello indica unos ámbitos que son, en principio, no transferibles a la Unión» (p. 13). La identidad constitucional alemana estaría formada por aquellos contenidos constitucionales inviolables e inmodificables por el proceso de integración europeo (la dignidad humana y la forma de Estado federal, democrático y social), y de ellos derivarían los ámbitos que Alemania no puede transferir a la UE (las cuestiones militares y de defensa, el Derecho penal, la cultura, la familia y la soberanía financiera), de modo que se estaría indicando de esta manera los ámbitos que, *a sensu contrario*, podrían ser asumidos por la Unión, en una fórmula competencial característica de los Estados federales (pp. 12-13).

⁴⁷⁰ Ahora bien, el propio precepto establece que dichas prohibiciones o restricciones no pueden constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros.

⁴⁷¹ Respecto al orden público del art. 347 TFUE (en aquel momento, art. 224 TCE), el Abogado General Jacobs afirmaba que «[l]a hipótesis que se contempla parece ser la de una situación que raya en el hundimiento total de la seguridad interior, sin lo cual sería difícil justificar el uso [de] una amplia excepción que puede permitir la suspensión de todas las normas generales que regulan el mercado común». Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General F. G. Jacobs, presentadas el 6 de abril de 1995, asunto C-120/94, ECLI:EU:C:1995:109, apdo. 47.

No obstante, si en un ámbito tiene sentido la invocación a un hipotético orden público europeo es el del espacio de libertad, seguridad y justicia, del cual constituye su piedra angular. Conforme al art. 67.1 TFUE, «[l]a Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros». Para que la UE pueda constituir este espacio es necesario un orden público europeo que actúe como un sistema axiológico común que permita la confianza mutua necesaria para la eliminación, física y axiológica, de fronteras. Este espacio, además, debe basarse en el respeto de los derechos fundamentales y las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, es decir, debe poder compatibilizar un espacio europeo propio con las particularidades nacionales.

Es en este contexto donde encontramos el mayor foco de tensión: la coexistencia de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia con la necesidad de respetar los diversos órdenes públicos nacionales (art. 4.2 TUE). En esta tensión predomina la posición estatal: de acuerdo con el art. 72 TFUE, «[e]l presente título⁴⁷² se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior»⁴⁷³. Pero, además, el TJUE no puede intervenir en la concreción de la excepción fundada en razones de orden público estatal, pues, según el art. 276 TFUE,

⁴⁷² Título V («Espacio de libertad, seguridad y justicia») de la tercera parte («Políticas y acciones internas de la Unión») del TFUE.

⁴⁷³ Este precepto, en relación con el art. 4.2 TUE, fue invocado por Polonia, Hungría y la República Checa para justificar su incumplimiento de las obligaciones establecidas por la Decisión (UE) 2015/1523 del Consejo, de 14 de septiembre de 2015, relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia (DO L 239 de 15.9.2015, p.146) y la Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre de 2015, por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia (DO L 248 de 24.9.2015, p. 80). Estos Estados alegaron que «según su apreciación de los riesgos que entrañaría la eventual reubicación en su territorio de personas extremistas y peligrosas que podrían llevar a cabo actos violentos, incluso de naturaleza terrorista, el mecanismo de reubicación previsto en el artículo 5 de ambas Decisiones, y en la forma en que lo aplicaban las autoridades griegas e italianas, no les permitiría garantizar plenamente el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior». Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados C-715/17, C-718/17 y C-719/17, *Comisión/Polonia (Mecanismo temporal de reubicación de solicitantes de protección internacional)*, de 2 de abril de 2020, ECLI:EU:C:2020:257, apdo. 135. El TJUE, no obstante, estableció que «aunque el artículo 72 TFUE establece que el título V del Tratado FUE se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior, no cabe interpretarlo como si atribuyera a los Estados miembros la facultad de establecer excepciones a las disposiciones del Tratado mediante la mera invocación de dichas responsabilidades» (apdo. 145). Este mismo criterio será aplicado posteriormente en: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-808/18, *Comisión/Hungría (Accueil des demandeurs de protection internationale)*, de 17 de diciembre de 2020, ECLI:EU:C:2020:1029.

[e]n el ejercicio de sus atribuciones respecto de las disposiciones de los capítulos 4 [«Cooperación judicial en materia penal»] y 5 [«Cooperación policial»] del título V de la tercera parte relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no será competente para [...] pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior.

El peso del componente estatal predomina, por tanto, sobre la voluntad de construir un espacio axiológico único que haga posible una auténtica libre circulación interior.

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que forma parte del Derecho originario desde el Tratado de Lisboa de 2007 (art. 6.1 TUE), no contempla el orden público en su articulado. Sí aparece con frecuencia, sin embargo, en sus Explicaciones⁴⁷⁴, sobre todo por remisión al CEDH⁴⁷⁵. Como el propio documento — elaborado por la convención que redactó la Carta— reconoce, las Explicaciones no tienen valor jurídico, pero constituyen un valioso instrumento de interpretación (art. 6.1, tercer párrafo, TUE). En dichas Explicaciones, el orden público aparece en un triple sentido.

En primer lugar, como límite al ejercicio de derechos. Los derechos al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones (art. 7 CDFUE), la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 10 CDFUE), la libertad de expresión (art. 11 CDFUE) y la libertad de reunión pacífica y de asociación (art. 12 CDFUE) pueden ser objeto de restricción por parte de los poderes públicos siempre que dicha restricción esté prevista por la ley y constituya una medida necesaria, en una sociedad democrática, para la defensa o protección del orden público (arts. 8.2, 9.2, 10.2 y 11.2 CEDH, respectivamente). Este «orden público» obedece a valoraciones axiológicas o morales propias del Estado, que éste puede considerar en peligro por el ejercicio de alguno de los anteriores derechos mencionados.

En segundo lugar, como modulación del derecho a la tutela judicial efectiva. Según las Explicaciones, las garantías ofrecidas por el CEDH respecto del derecho a la tutela

⁴⁷⁴ Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, DO C 303 de 14.12.2007, p. 17.

⁴⁷⁵ De acuerdo con el art. 52.3 CEDH, «[e]n la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa».

judicial efectiva y a un juez imparcial (art. 47 CDFUE) se aplican de manera similar en la Unión. Por ello, es aplicable lo dispuesto en el 6.1 CEDH, según el cual

[l]a sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

Del mismo modo que en el caso anterior, es posible apreciar en este caso una concepción axiológica del orden público.

En tercer lugar, como excepción a la vigencia de los derechos. Las Explicaciones señalan, respecto a la interpretación del art. 52 CDFUE, que, al amparo del art. 15 CEDH, los Estados miembros pueden establecer excepciones a los derechos «en caso de guerra o de otros peligros públicos que constituyan una amenaza para la nación, al llevar a cabo acciones en el ámbito de la defensa nacional en caso de guerra o de mantenimiento del orden público». A diferencia de los anteriores, en este caso el orden público se utiliza como sinónimo de paz pública, tranquilidad social o, en general, ausencia de conflicto.

En resumen, el orden público adquiere para el Derecho originario tres significados diferentes: en primer lugar, como el resultado del buen funcionamiento de las técnicas de orden público en su dimensión negativa, esto es, como aquella situación caracterizada por la paz social y la ausencia de conflicto (art. 4.2 TUE, art. 347 TFUE o las Explicaciones al art. 52 CDFUE); en segundo lugar, como categoría que permite a los Estados miembros ampararse en sus particulares sistemas de valores para oponerse a la aplicación de una norma de Derecho de la Unión (la mayor parte de las referencias al orden público del TFUE); finalmente, cuando el orden público parece aproximarse a una concepción de tipo axiológico (la mayoría de las referencias en las Explicaciones de la CDFUE) lo es en exclusiva desde el punto de vista de los diferentes Estados miembros. No existe en el Derecho originario, por tanto, un orden público de la Unión análogo al concepto estatal construido en la Parte I, esto es, como núcleo axiológico del ordenamiento jurídico-político europeo garante de la centralidad de la persona.

2.2. El orden público europeo en el Derecho derivado.

Frente a las escasas referencias al orden público en el Derecho originario, esta categoría es ampliamente utilizada en el Derecho derivado vinculante. Los reglamentos —actos de alcance general, obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro (art. 288.II TFUE), las directivas —actos que obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios para ello (art. 288.III TFUE)— y las decisiones —actos obligatorios en todos sus elementos que pueden dirigirse sólo a determinados destinatarios (art. 288.IV TFUE)— se refieren frecuentemente al orden público y lo hacen, con carácter general, en los mismos términos que el TFUE, esto es, como cláusula de orden público estatal que permite la justificación de restricciones, limitaciones o exclusiones a la aplicación de la normativa comunitaria.

De este modo, por ejemplo, entre los reglamentos destaca la previsión de que los nacionales de terceros países puedan entrar al espacio Schengen para una estancia no superior a noventa días en períodos de ciento ochenta días siempre que, entre otras condiciones, no supongan «una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros»⁴⁷⁶, de

⁴⁷⁶ Art. 6.1.e) del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), DO L 77 de 23.3.2016, p. 1. Asimismo, el art. 25.1 de este reglamento prevé que el Estado miembro pueda restablecer los controles fronterizos en las fronteras interiores, con carácter excepcional y durante un periodo de tiempo no superior a treinta días, cuando «se presente una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior de un Estado miembro».

El art. 6.1.e) del Reglamento (UE) 2016/399 fue objeto de interpretación del Tribunal de Justicia en el caso *E.P. (Amenaza para el orden público)* (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-380/18, *E.P. (Amenaza para el orden público)*, de 12 de diciembre de 2019, ECLI:EU:C:2019:1071). El Tribunal de Justicia destaca que, a diferencia de lo que sucede con el art. 27.2 de la Directiva 2004/38 (*vid. infra*), el art. 6.1.e) del Reglamento (UE) 2016/399 «no exige expresamente que la conducta personal del interesado constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad para que dicha persona pueda ser considerada una amenaza para el orden público» (apdo. 34). Ello será determinante para que el TJUE considere que constituye una amenaza para el orden público la mera sospecha (fundada) de comisión de determinados delitos: el art. 6.1.e) del Reglamento (UE) 2016/399 «no se opone a una práctica nacional en virtud de la cual las autoridades competentes pueden dictar una decisión de retorno contra un nacional de un tercer país no sujeto a la obligación de visado que se encuentra en el territorio de los Estados miembros para una estancia de corta duración, porque se le considera una amenaza para el orden público, al sospecharse que ha cometido un delito, siempre que esta práctica sólo se aplique si, por una parte, el delito es lo suficientemente grave, habida cuenta de su naturaleza y de la pena correspondiente, como para justificar el cese inmediato de la residencia de dicho nacional en el territorio de los Estados miembros y, por otra, si dichas autoridades disponen de información coherente, objetiva y precisa que corrobore sus sospechas» (fallo).

El criterio anterior —la no exigencia expresa en la norma de una «amenaza real, actual y suficientemente

modo que el Estado miembro podrá oponer su orden público nacional para impedir la entrada de extranjeros que puedan lesionarlo. O aquélla que establece que

[t]odo Estado miembro podrá negarse a reconocer un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro o a ejecutar una resolución dictada en el marco de dicho procedimiento cuando dicho reconocimiento o dicha ejecución pueda producir efectos claramente contrarios al orden público de dicho Estado, en especial a sus principios fundamentales o a los derechos y a las libertades individuales garantizados por su Constitución⁴⁷⁷.

Entre las referencias al orden público en las directivas debemos destacar aquélla que prevé que los Estados miembros puedan conceder un plazo inferior a siete días o incluso abstenerse de conceder plazo alguno para la salida voluntaria de un nacional de un tercer país en situación irregular tras una decisión de retorno «si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional»⁴⁷⁸; la que permite a los Estados miembros imponer a los prestadores de servicios de otros Estados miembros que se desplacen a su territorio el cumplimiento de «requisitos

grave»— también será determinante para que el TJUE considere que la simple condena al afectado sin considerar si su conducta representa una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad constituye «razón de orden público» a los efectos de denegar las solicitudes de entrada y residencia o de retirar los permisos de residencia de un miembro de la familia en el contexto de la reagrupación familiar (art. 6.1 y 2 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, DO L 251, 3.10.2003, p. 12), siempre que el delito «sea de tal gravedad o naturaleza que resulte preciso denegar la residencia de ese nacional en el territorio del Estado miembro afectado». Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados C-381/18 y C-382/18, *G.S. (Amenaza para el orden público)*, de 12 de diciembre de 2019, ECLI:EU:C:2019:1072, apdo. 66.
⁴⁷⁷ Art. 33 del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, DO L 141 de 5.6.2015, p. 19.

⁴⁷⁸ Art. 7.4 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DO L 348 de 24.12.2008, p. 98. Esta directiva también autoriza a los Estados miembros a dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, incluso aunque fuera titular de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro, «si fuera necesaria su salida inmediata por motivos de orden público o de seguridad nacional» (art. 6.2); y excepciona el plazo máximo de cinco años de la prohibición de entrada de dichas decisiones de retorno si «el nacional de un tercer país representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional» (art. 11.2). El TJUE exige que el «orden público» de esta directiva sea interpretado de una manera restrictiva y que tenga en cuenta los derechos de la CDFUE (en el caso, el derecho al respeto de la vida privada y familiar del art. 7 CDFUE) y para su afectación es necesario que exista, «aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, [...] una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad». Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-82/16, *K.A. y otros («Reagrupación familiar en Bélgica»)*, de 8 de mayo de 2018, ECLI:EU:C:2018:308, apdos. 90 y 91. Además, señala que no puede considerarse afectado el orden público únicamente con base en los antecedentes penales de la persona, sino que «[d]icha conclusión solo podrá derivarse, en su caso, de una apreciación concreta del conjunto de circunstancias actuales y pertinentes del asunto, a la luz del principio de proporcionalidad, del interés superior del niño y de los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia» (apdo. 93).

que estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente»⁴⁷⁹; o, por último, la que autoriza a los Estados miembros a limitar la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión «por razones de orden público, seguridad pública o salud pública» (si bien estas razones no podrán alegarse con fines económicos)⁴⁸⁰.

Finalmente, entre las decisiones podemos destacar la previsión de que los Estados miembros no estarán obligados a introducir los datos de los expedientes de investigación aduanera en el correspondiente fichero de identificación del «Sistema de Información Aduanero» «en aquellos casos en que su registro atente contra el orden público u otros

⁴⁷⁹ Art. 16.3 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO L 376 de 27.12.2006, p. 36), conocida como *Directiva Bolkestein* debido al apellido del comisario proponente (Frits Bolkestein). Sobre la interpretación del «orden público» en este contexto el considerando 41 de la directiva señala que «[e]l concepto de “orden público”, según lo interpreta el Tribunal de Justicia, abarca la protección ante una amenaza auténtica y suficientemente importante que afecte a uno de los intereses fundamentales de la sociedad y podrá incluir, en particular, temas relacionados con la dignidad humana, la protección de los menores y adultos vulnerables y el bienestar animal. De igual manera, el concepto de seguridad pública incluye temas de protección civil». Se trata, por tanto, de un concepto axiológico que trata de garantizar la protección de la dignidad y en la que se incluyen nuevos valores como el bienestar alemán. Por otra parte, el considerando 25 indica que queda excluido del ámbito de aplicación de la directiva «las actividades de juego por dinero, incluidas las loterías y apuestas, [...] habida cuenta de la especificidad de dichas actividades, que entrañan por parte de los Estados la aplicación de políticas relacionadas con el orden público y la protección de los consumidores». De nuevo, se trata de un concepto de orden público axiológico protector de la dignidad y los derechos que de ella dimanar (en este caso, los propios de los consumidores).

⁴⁸⁰ Art. 27.1 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, DO L 158 de 30.4.2004, p. 77.

Se indican en el segundo apartado del art. 27 una serie de criterios para la adopción de esta importante restricción a una de las libertades básicas de la Unión: la medida deberá ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, la existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para su adopción, la conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad y no podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general. Sobre este segundo apartado el TJUE ha precisado que «el hecho de que a un ciudadano de la Unión Europea, o a un nacional de un tercer país que sea miembro de la familia de dicho ciudadano, que solicita la concesión de un derecho de residencia en el territorio de un Estado miembro se le haya denegado, en el pasado, el estatuto de refugiado [...] no permite a las autoridades competentes de ese Estado miembro considerar automáticamente que su mera presencia en dicho territorio constituye, con independencia de que exista o no un riesgo de reincidencia, una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad y que justifique la adopción de medidas de orden público o seguridad pública», sino que «[l]a constatación de la existencia de una amenaza de esta índole debe basarse en una apreciación de la conducta personal del interesado». Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados C-331/16 y C-366/16, K. (*Derecho de residencia y alegaciones de crímenes de guerra*), de 2 de mayo de 2018, ECLI:EU:C:2018:296, fallo, apdo. 1.

intereses esenciales»⁴⁸¹, así como aquella que establece que las disposiciones de la «Decisión espectro radioeléctrico» se entenderán sin perjuicio «del derecho de los Estados miembros de organizar y usar su espectro radioeléctrico con fines relacionados con el orden público, la seguridad pública y la defensa»⁴⁸².

Dado que un estudio del orden público en el Derecho de la Unión desde esta concepción estatal —el orden público de los Estados miembros presente en la normativa europea— resultaría inabarcable y, sobre todo, innecesario para nuestro propósito de rastrear un orden público estrictamente europeo que opere como categoría axiológica, debemos centrar nuestra atención en aquellas referencias que hayan contribuido a la configuración de un orden público *propio* de la Unión, tanto en la normativa vigente como en textos preparatorios o disposiciones que no resultaron finalmente aprobadas.

La primera mención al «orden público comunitario», como tal, la encontramos en 1992, año en que la Comisión Europea presentó las propuestas de estatutos de la Sociedad Cooperativa Europea, la Mutualidad Europea y la Asociación Europea⁴⁸³, que, sin embargo, no prosperaron. En el art. 1.2 de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece el Estatuto de la Asociación Europea⁴⁸⁴ se incluyó una referencia a un orden público estrictamente comunitario:

Sin perjuicio de la aplicación, a escala nacional, de las disposiciones legales y administrativas relativas a las condiciones para el ejercicio de una actividad o de una profesión, la AE [Asociación Europea] definirá libremente las actividades necesarias para la consecución de su objeto, siempre que sean compatibles con los objetivos de la Comunidad, el orden público comunitario y el de los Estados miembros, y las desarrollará dentro del respeto de los principios vinculados a su carácter de agrupación de personas y de gestión desinteresada.

Se trataba de un orden público comunitario autónomo y distinto al de los Estados miembros, desvinculado de consideraciones relacionadas con la paz o seguridad pública y más próximo a un enfoque axiológico.

⁴⁸¹ Art. 17 de la Decisión 2009/917/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la utilización de la tecnología de la información a efectos aduaneros, DO L 323 de 10.12.2009, p. 20.

⁴⁸² Art. 1.4 de la Decisión n.º 676/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea, DO L 108 de 24.4.2002, p. 1.

⁴⁸³ Las propuestas originales pueden encontrarse en DO C 99 de 21.4.1992 y las propuestas modificadas en DO C 236 de 31.8.1993.

⁴⁸⁴ Propuesta de Reglamento (CEE) del Consejo por el que se establece el Estatuto de la Asociación Europea, DO C 99 de 21.4.1992, p. 1.

No obstante, como se ha mencionado, si alguna acepción ha tenido acogida en el ámbito de la UE respecto al orden público es la de su operatividad en el ámbito del Derecho internacional privado, es decir, como cláusula estatal de exclusión a la aplicabilidad de normas extranjeras (de un Estado miembro o de un tercer Estado, según los casos) o al reconocimiento o ejecución de resoluciones extranjeras (ídem), que vulneren o pongan en peligro los propios fundamentos del Estado de recepción. Es frecuente desde principios de siglo la referencia al concepto, en este contexto, desde una óptica europea: el orden público estatal (esto es, los motivos que justificarían las referidas exclusiones) no procedería sólo del Derecho del Estado sino también del Derecho de la Unión. Por ejemplo, no sólo se impediría la ejecución de una sentencia que reconociera la poligamia (contraria al núcleo estatal de valores) sino también la que tolerara una práctica colusoria (contraria a las libertades comunitarias).

En este sentido, aunque el art. 16 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales⁴⁸⁵ se refería al «orden público del fuero», la Comisión Europea, en su Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización (2003)⁴⁸⁶, estableció que, «[t]radicionalmente, cada Estado miembro dispone de su propio cuerpo de normas de orden público internacional, pero con la multiplicación de disposiciones imperativas de origen comunitario, asistimos hoy en día al nacimiento de un “orden público europeo”»⁴⁸⁷. No se trataría, en cualquier caso, de un verdadero «orden público europeo», sino de un «contenido europeo» del orden público estatal.

Mayor interés despierta lo sucedido respecto al conocido como Reglamento «Roma II»⁴⁸⁸, instrumento que tiene por objeto la uniformización de las normas de conflicto de

⁴⁸⁵ Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, DO L 266 de 9.10.1980, p. 1. El contenido del Convenio fue incorporado sustancialmente al Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO L 177 de 4.7.2008, p. 6.

⁴⁸⁶ Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización, Código Celex 52002DC0654, recuperado de: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1544777415938&uri=CELEX:52002DC0654>>.

⁴⁸⁷ Esta afirmación se encontraba en la entrada «orden público internacional» del Glosario de Derecho internacional privado incluido en el Anexo I, que definía al orden público interno como el «[c]onjunto de normas nacionales de carácter imperativo cuyo objeto es garantizar el orden social y económico de un Estado».

⁴⁸⁸ Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la

leyes de los Estados miembros respecto a las obligaciones extracontractuales, lo que supone un avance hacia la armonización del Derecho internacional privado en la UE iniciada con el Reglamento «Bruselas I»⁴⁸⁹ (ahora «Bruselas I bis»⁴⁹⁰) y el Convenio de Roma de 1980. La propuesta inicial de la Comisión Europea⁴⁹¹ hacía mención al orden público en un doble sentido: en primer lugar, la invocación clásica al «orden público del foro» típica de los instrumentos de Derecho internacional privado, en el art. 22⁴⁹². En segundo lugar, y como novedad en el Derecho de la Unión, los arts. 23 y 24 introducían un nuevo concepto de orden público comunitario.

El art. 23.1, tercer guion, incluía una «excepción de orden público comunitario»:

El presente Reglamento no afectará a la aplicación de las disposiciones que figuran en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas o en los actos que emanan de las instituciones de las Comunidades Europeas y que [...] se opongan a la aplicación de una o varias disposiciones de la ley del foro o de la ley designada por el presente Reglamento.

Aunque no se cita en el artículo el «orden público comunitario», así se califica en el considerando 19⁴⁹³ y en el examen de las disposiciones de la propuesta⁴⁹⁴, que señala también que

[s]e ha añadido [al art. 22] la precisión «del foro» para distinguir las normas de orden público en el sentido del Derecho internacional privado cuya fuente única es el Derecho nacional de un Estado de aquéllas cuya fuente es el Derecho comunitario y que son objeto de una norma específica en el artículo 23⁴⁹⁵.

ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DO L 199 de 31.7.2007, p. 40.

⁴⁸⁹ Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 12 de 16.1.2001, p. 1.

⁴⁹⁰ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 351 de 20.12.2012, p. 1.

⁴⁹¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), Código Celex 52003PC0427, recuperado de: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2003:0427:FIN>>.

⁴⁹² «Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro».

⁴⁹³ «La preocupación de coherencia del Derecho comunitario exige que el presente Reglamento no afecte las disposiciones relativas a la ley aplicable o que tengan una incidencia sobre la ley aplicable contenidas en los Tratados o los instrumentos de derecho derivado distintos al Reglamento, tales como las normas de conflicto de leyes en materias particulares, las leyes de policía de origen comunitario, la excepción de orden público comunitario, o los principios consustanciales al mercado interior».

⁴⁹⁴ Respecto al art. 23 se señala que «el apartado 1 contempla los mecanismos tradicionales de Derecho internacional privado que pueden también resultar de los Tratados o del Derecho derivado como las normas especiales de conflicto de leyes en materias particulares, por una parte, las leyes de policía de origen comunitario, por otra parte, y, finalmente, la excepción de orden público comunitario».

⁴⁹⁵ Se optaba así por una solución distinta a la planteada en el informe relativo al Convenio sobre la ley

En efecto, aunque mediante una confusa técnica jurídica, el orden público comunitario se configuraba como una excepción a la aplicación de la normativa nacional en materia de normas de conflicto relativas a las obligaciones extracontractuales en favor de las normas comunitarias sobre la misma materia. En nuestra opinión, se trata de una utilización del concepto de orden público comunitario que no obedece a los parámetros básicos de la institución, pues llega a confundirse con los efectos propios del principio de primacía.

Por otra parte, el art. 24 establecía que «[l]a aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que conduzca a la indemnización de daños e intereses no compensatorios, tales como los daños e intereses ejemplares o punitivos, es contraria al orden público comunitario». Esta disposición, según el examen de las disposiciones de la propuesta, «concretiza en forma de norma especial la excepción orden público comunitario prevista en el tercer guion del apartado 1 del artículo 23».

El informe de enmiendas del Parlamento Europeo⁴⁹⁶ eliminó la referencia al orden público comunitario del considerando 19 y del art. 24 (sustituida por la de «orden público del foro»), aunque mantuvo la denominada por la Comisión «excepción de orden público comunitario», contenida en el tercer guion del art. 23.1. Al tiempo que eliminaba toda cita al «orden público comunitario», concepto cuya introducción «va más allá del ámbito del presente Reglamento»⁴⁹⁷, la ponente atribuía un nuevo significado al «orden público del foro» del art. 22 incorporando un nuevo apartado 1 bis:

En particular, la aplicación de una disposición jurídica de cualquier país designada por el presente Reglamento podrá excluirse y/o podrá aplicarse la ley del foro si esta aplicación infringiera los

aplicable a las obligaciones contractuales, en el que, en relación con el artículo equivalente (art. 16), se afirmaba que «[e]s evidente que esta expresión [«orden público del foro»] engloba al orden público comunitario que se ha convertido en una parte integrante del orden público de los Estados miembros de la Comunidad Europea». Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, por Mario Giuliano, profesor de la Universidad de Milán, y Paul Lagarde, profesor de la Universidad de París I, DO C 327 de 11.12.1992, p. 1. En concreto, p. 34.

⁴⁹⁶ Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), de 27 de junio de 2005, Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, ponente: Diana Wallis, recuperado de: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2005-0211+0+DOC+XML+V0//ES>>.

⁴⁹⁷ Según la justificación de la enmienda 50, relativa al art. 22, «introducir un nuevo concepto de “orden público comunitario” y suprimir la posibilidad de asignar daños e intereses ejemplares o punitivos [...] va más allá del ámbito del presente Reglamento».

derechos y las libertades fundamentales consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, las disposiciones constitucionales nacionales o el Derecho humanitario internacional.

Según la justificación de la modificación, el objetivo de este nuevo apartado era «aclarar el significado del orden público a nivel comunitario». El orden público comunitario, por tanto, quedaría identificado, entre otros posibles contenidos, con los derechos fundamentales, las constituciones nacionales y el Derecho humanitario internacional, elementos que podrían justificar la exclusión de la aplicación de ley designada por el reglamento.

Respecto a la posible contradicción que supone eliminar todas las referencias al «orden público comunitario» y, sin embargo, incorporar su potencial contenido al reglamento, la ponente, en su exposición de motivos, «considera importante dejar claro que existe una política comunitaria embrionaria de orden público, tal como se refleja en el CEDH, la Carta de los Derechos Fundamentales, las disposiciones constitucionales nacionales y el Derecho humanitario internacional». Esto es, la incorporación del contenido pero no su denominación podría obedecer a la voluntad de una asunción progresiva del concepto a través de los efectos de su aplicación. Así, afirma, «[s]e ha añadido una referencia expresa al Derecho humanitario internacional para evitar que los tribunales deban aplicar normas del Derecho de un país no comunitario que sean incompatibles con los sistemas de valores europeos», lo que no sería sino el efecto de la aplicación de una cláusula de orden público comunitario.

Este intento por establecer un contenido de orden público comunitario es rechazado por la Comisión⁴⁹⁸, quien no acepta tal enumeración porque, «[a]unque los órdenes públicos de los Estados miembros contienen, por supuesto, elementos comunes, existen sin embargo variaciones de un Estado miembro a otro». Se cierra así la puerta a una posible concreción por el legislador europeo del orden público comunitario. Por lo demás, de todo lo propuesto sólo permanece en el vigente Reglamento «Roma II» la cláusula de orden público del foro, en el art. 26, con el mismo tenor literal que el propuesto inicialmente por la Comisión en el art. 22.

⁴⁹⁸ Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 250 del Tratado CE), Código Celex 52006PC0083, recuperado de: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1544779209398&uri=CELEX:52006PC0083>>.

Tampoco prosperó la propuesta de crear un «orden público europeo» formulada por el Comité Económico y Social Europeo en el año 2006⁴⁹⁹. En el dictamen que emitió respecto a la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial⁵⁰⁰, el Comité expresó su preocupación por el distinto entendimiento entre los Estados de la cláusula de orden público, que podría dificultar la libre circulación de sentencias y propuso, para ello, el establecimiento de un «orden público comunitario» cuyo contenido se basaba en los derechos fundamentales:

Por lo que se refiere a la excepción de orden público, la propuesta ofrece al órgano jurisdiccional la posibilidad, en casos excepcionales, de rechazar el reconocimiento de una decisión judicial extranjera cuando esta sea contraria al orden público vigente en el país del foro [art. 20 sexies de la propuesta]. No obstante, podrían surgir divergencias entre los Estados miembros, y una sentencia reconocida en un país podría no serlo en otro, lo que dificultaría la libre circulación de las sentencias judiciales y constituiría un obstáculo inoportuno [apdo. 3.7].

En consecuencia,

[e]l Comité considera que, en particular cuando se trate del reconocimiento de sentencias que pueden proceder de terceros países⁵⁰¹, merecería la pena precisar que las sentencias para las que se solicite reconocimiento deben ser conformes con el [CEDH], así como con la [CDFUE] y el principio de estricta igualdad jurídica entre cónyuges. Los Estados que, habiendo recibido una solicitud de reconocimiento, comprobaran divergencias evidentes respecto de los derechos fundamentales de la Unión Europea, deberían oponerse a la circulación de dicha sentencia por medio de una «excepción de orden público comunitario» [apdo. 3.8].

El «orden público comunitario» quedaría así identificado con los derechos fundamentales del CEDH y de la CDFUE y, en particular, dado que el reglamento versaba sobre materia matrimonial, el principio de igualdad entre cónyuges —que, aun así, derivaría de los arts. 21.1 y 23 de la CDFUE, 14 CEDH y 5 de su Protocolo n.º 7—. El «orden público comunitario», como instituto autónomo, debería sustituir el orden público estatal:

⁴⁹⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, DO C 325 de 30.12.2006, p. 71.

⁵⁰⁰ Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, Código Celex 52006PC0399, recuperado de: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1544779432373&uri=CELEX:52006PC0399>>.

⁵⁰¹ El Comité reconoce que pueden producirse incoherencias dentro del propio espacio de la UE, pero éstas serán más frecuentes, «en particular», ante Estados no miembros.

A fin de garantizar un reconocimiento uniforme en todos los Estados miembros, no debería existir la posibilidad de interponer ninguna excepción de orden público nacional frente a otro Estado. Solo podría recurrirse a la excepción de orden público comunitario. Esto evitaría todo sentimiento de arbitrariedad ante el rechazo de reconocimiento por parte de una instancia determinada [apdo. 3.9]. Dicha modificación, sin embargo, no se produjo al retirar la Comisión la propuesta⁵⁰².

Respecto a la normativa que sí fue aprobada y que está vigente, el art. 12 del Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁵⁰³ contiene una cláusula general de orden público típica de los instrumentos de Derecho internacional privado: «Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro». La novedad se encuentra en el considerando 25⁵⁰⁴ de este instrumento, que establece que

[e]n circunstancias excepcionales, es conveniente que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes puedan, por consideraciones de interés público, descartar una disposición de la ley extranjera si su aplicación a un caso concreto es manifiestamente contraria al orden público del foro. No obstante, los órganos jurisdiccionales no deben poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar una disposición de la ley de otro Estado si con ello se vulnera la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular su artículo 21, que prohíbe toda forma de discriminación.

El legislador parece crear una nueva «excepción de derechos fundamentales» superpuesta a la de orden público: no puede invocarse la cláusula de orden público (a la que en principio se acude cuando la aplicación de la ley extranjera es susceptible de vulnerar los valores básicos del ordenamiento donde pretende aplicarse —incluido sus derechos fundamentales—) y debe aplicarse la ley extranjera (incluso aunque se vulnere así su sistema de valores) si con ello se evita una violación de la CDFUE (especialmente, pero no únicamente, el art. 21).

Esta aparente contradicción puede deberse a que el legislador no pretendía establecer una excepción jerárquicamente superior a la de orden público, sino dotar de

⁵⁰² Retirada de propuestas de la Comisión obsoletas. DO C 109 de 16.4.2003, p. 7.

⁵⁰³ Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO L 343 de 29.12.2010, p. 10.

⁵⁰⁴ Equivalente al considerando 21 de la propuesta.

contenido al mismo a través de los derechos fundamentales. Así se desprende del art. 3.1 («elección de la ley aplicable por las partes») de la propuesta presentada por la Comisión⁵⁰⁵, que enumeraba una serie de leyes que los cónyuges podían elegir de común acuerdo para regir su proceso de divorcio o separación judicial (ley del Estado en que los cónyuges tuvieran su residencia habitual en el momento de celebrarse el convenio, ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, etc.), «siempre que dicha ley respete los derechos fundamentales definidos en los Tratados y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el principio de orden público»⁵⁰⁶. La ley extranjera elegida, pues, debía respetar los derechos fundamentales y, en general, el principio de orden público.

También parece ser aquélla la conclusión que podemos extraer de lo manifestado por el Comité Económico y Social Europeo al respecto⁵⁰⁷:

En su momento alertó a la Comisión sobre las posibles contradicciones entre la aplicabilidad de un Derecho extranjero, en particular de determinados países terceros, y la de las disposiciones contrarias al orden público de la Unión o del foro que aquél pudiese contener (desigualdades entre hombres y mujeres, entrega sistemática de los niños a uno de los cónyuges en función del género, etc.). Procede por ello alegrarse del hecho de que se haya previsto una excepción de orden público para prohibir las disposiciones del Derecho extranjero aplicable que sean, *por ejemplo* [cursiva nuestra], contrarias a la Carta de los Derechos Fundamentales, que ya forma parte del Derecho primario (tiene el mismo valor jurídico que los Tratados). Los Estados miembros invocarán el orden público internacional de su foro interno para plantear una posible excepción con respecto al derecho de un tercer país que estime que lo viole [apdo. 3.3].

No se trataba, en realidad, de un orden público europeo autónomo, como el mismo Comité Económico y Social Europeo había defendido antes, sino de un contenido europeo —compuesto por los derechos fundamentales de la CDFUE— incluido en la cláusula tradicional de orden público (estatal). En cualquier caso, a pesar de que el reglamento

⁵⁰⁵ Propuesta de Reglamento (UE) del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, Código Celex 52010PC0105, recuperado de: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1544779735364&uri=CELEX:52010PC0105>>.

⁵⁰⁶ Esta última afirmación no fue finalmente incluida en el vigente art. 5.1. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2010, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO C 169 E de 15.6.2012, p. 205. En concreto, p. 213.

⁵⁰⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial», DO C 44 de 11.2.2011, p. 167.

vigente insiste, en su considerando 16, en que «[l]a ley elegida debe ser conforme a los derechos fundamentales reconocidos en los Tratados y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea»⁵⁰⁸, estas afirmaciones no se trasladan a la parte dispositiva del instrumento, por lo que no tienen eficacia jurídica directa e inmediata.

Entre las pocas referencias al orden público europeo que podemos encontrar en la normativa vigente se encuentra también —aunque en este caso de forma secundaria— la realizada en el cuarto considerando del Reglamento (UE) n.º 509/2014⁵⁰⁹, que afirma que, a efectos de la obtención de visado, determinados países⁵¹⁰ «no representan un riesgo de inmigración ilegal ni una amenaza para el orden público y la seguridad de la Unión, de conformidad con los criterios establecidos en el presente Reglamento», asumiendo de alguna manera una especie de orden público propio de la UE en materia de extranjería.

También se cita al orden público europeo en el principal instrumento jurídico en la UE en materia de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, la Directiva (UE) 2015/849⁵¹¹, en cuyo considerando 64⁵¹², dedicado a la justificación del principio de subsidiariedad, se señala que

el objetivo de la presente Directiva, a saber, la protección del sistema financiero mediante la prevención, detección e investigación del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo,

⁵⁰⁸ Equivalente al considerando 14 de la propuesta.

⁵⁰⁹ Reglamento (UE) n.º 509/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 que modifica el Reglamento (CE) no 539/2001 del Consejo por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, DO L 149 de 20.5.2014, p. 67.

⁵¹⁰ Estos países son Dominica, los Emiratos Árabes Unidos, Granada, Kiribati, las Islas Marshall, Micronesia, Nauru, Palaos, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Samoa, las Islas Salomón, Timor Oriental, Tonga, Trinidad y Tobago, Tuvalu y Vanuatu.

⁵¹¹ Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, DO L 141 de 5.6.2015, p. 73.

⁵¹² Este considerando tiene su origen en el considerando 2, *in fine*, de la originaria Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (DO L 309 de 25.11.2005, p. 15): «A fin de evitar que los Estados miembros adopten medidas para proteger su sistema financiero que puedan ser contrarias al funcionamiento del mercado interior y a las normas del Estado de Derecho y del orden público comunitario, es necesaria una actuación comunitaria en este ámbito». Asimismo, también se encuentra reproducido en el considerado 50 de la reciente Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018 por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE (DO L 156 de 19.6.2018, p. 43).

no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros, ya que las medidas adoptadas por cada uno de ellos para proteger sus respectivos sistemas financieros podrían ser incompatibles con el buen funcionamiento del mercado interior y las normas del Estado de Derecho y de orden público de la Unión.

La referencia al orden público de la UE, siendo vaga, es no obstante importante, pues vincula el concepto con el Estado de Derecho y parece comprender un conjunto de intereses europeos superiores que deben primar sobre las medidas nacionales. Se configura así un Estado de Derecho *de la Unión* y un orden público *de la Unión* que deben ser respetados por las autoridades nacionales en pro de la consecución de los intereses comunes.

Mayor importancia reviste la perfilación de un orden público propio de la Unión que empieza a realizarse en el ámbito de las marcas y otros signos identitarios. De acuerdo con el art. 7.1.f) del Reglamento (UE) 2017/1001⁵¹³, las «marcas de la Unión Europea» —marcas de productos o servicios registradas conforme a dicho Reglamento— no pueden acceder al Registro de Marcas de la Unión Europea en caso de que «sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres»⁵¹⁴. La referencia al orden público debe entenderse en este

⁵¹³ Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea, DO L 154 de 16.6.2017, p. 1. De igual modo, el reglamento establece que la solicitud de marca colectiva y de marca de certificación de la Unión se desestimarán «si el reglamento de uso fuere contrario al orden público o a las buenas costumbres» (arts. 76.1 y 85.1, respectivamente).

De manera complementaria a la regulación sobre la marca de la Unión Europea, la Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (DO L 336 de 23.12.2015, p. 1) tiene por objeto establecer unas pautas mínimas en relación con marcas de productos o servicios que hayan sido objeto de registro o de solicitud de registro en un Estado miembro o en la Oficina de Propiedad Intelectual del Benelux o que hayan sido objeto de un registro internacional que surta efectos en algún Estado miembro (art. 1). Su art. 4.1.f) establece igualmente que «[s]erá denegado el registro o, en el supuesto de estar registrados, podrá declararse la nulidad de: [...] las marcas que sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres», estableciendo también el art. 31.1 la denegación de las solicitudes de marcas colectivas cuyos reglamentos de uso sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Se trata en este caso, no obstante, de referencias al orden público nacional de los diferentes Estados miembros, pues constituyen motivos de denegación para el acceso a registros nacionales de marcas.

⁵¹⁴ En sus conclusiones al caso *Constantin Film Produktion/EUIPO*, el Abogado General Michal Bobek propuso una distinción entre los conceptos de «orden público» y «buenas costumbres» en el ámbito del Reglamento (UE) 2017/1001 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Michal Bobek, presentadas el 2 de julio de 2019, asunto C-240/18 P, ECLI:EU:C:2019:553). El orden público sería «una plasmación normativa de valores y objetivos definidos por la autoridad pública pertinente que deben ser observados en el presente y en el futuro, es decir, con carácter prospectivo. El orden público expresa, por tanto, la voluntad del legislador sobre las normas que ha de respetar la sociedad. Su contenido debe ser determinable a partir de fuentes oficiales del Derecho y/o de documentos políticos. Sea cual sea la forma en que se exprese, el orden público debe ser establecido primero, para poder ser observado, a modo de hoja de ruta, por una autoridad pública» (apdo. 76 de las conclusiones). Por su parte, las buenas costumbres «se refieren a valores y convicciones aceptados por una determinada sociedad en el momento presente, establecidos e invocados por el consenso social predominante en dicha sociedad en un momento dado. [...]

contexto con carácter autónomo europeo, pues se trata de un motivo de denegación que el Derecho europeo establece para el acceso a un registro propio de la Unión de una marca que habrá de producir efectos en el conjunto de la Unión. Además, el segundo apartado del mismo precepto establece que los motivos de denegación se aplicarán incluso si «solo existieren en una parte de la Unión» (art. 7.2 Reglamento (UE) 2017/1001). El parámetro de lo que debe entenderse por «orden público» debe encontrarse, en consecuencia, en los valores, principios y derechos propios de la Unión, no de ningún Estado miembro particular.

Del mismo modo, el art. 4.5 del Reglamento (UE) 2019/517⁵¹⁵ establece que

Además, evolucionan con el tiempo, aunque, a la hora de definir las, influye principalmente el pasado y el presente» (apdo. 77 de las conclusiones). Mientras que el orden público se articula de arriba abajo, ya que su contenido se puede determinar objetivamente al haber sido adoptado en alguna instancia (apdo. 79 de las conclusiones), las buenas costumbres se fijan de abajo arriba, de modo que «no pueden apreciarse al margen de las normas sociales y el entorno social» (apdos. 77 y 79 de las conclusiones). La diferencia esencial parece radicar, por tanto, en la diferente naturaleza de los conceptos: mientras que el orden público sería un concepto jurídico, las buenas costumbres apelarían a la moral social. Esta definición, consideramos, incurre en el riesgo de reducir el orden público a disposiciones de Derecho positivo que se consideran de especial relevancia, por lo que puede acabar confundiéndose el orden público con el Derecho imperativo. El Abogado General parece percibir este riesgo, por lo que trata de señalar que «por lo que respecta al resultado final, ambas categorías se solapan en ocasiones. El orden público debería, en principio, reflejar y reforzar la moral social. En otros casos, lo que inicialmente no era sino orden público puede también transformarse gradualmente en buenas costumbres» (apdo. 81 de las conclusiones). No obstante, en el ejemplo que incorpora al respecto en una referencia final se evidencia cómo el orden público pierde un significado propio al quedar identificado con el Derecho positivo vinculante: «Un buen ejemplo de ello es la introducción, por el Parlamento checo, hace dos décadas, de una nueva regulación que en las áreas designadas daba “absoluta prioridad” a los peatones que cruzasen la calle (y que hasta entonces se exponían a un grave peligro) sobre los vehículos en circulación. Lo que inicialmente se percibía como una norma de tráfico más, de orden público, con el tiempo (siendo optimistas) se ha convertido también en una regla de la moral» (pie de página 55 de las conclusiones). Parece difícil sostener que «una norma de tráfico más» puede ser una norma de orden público, porque de ser así simplemente se estaría afirmando que las normas de orden público son aquéllas que resultan de obligado cumplimiento para sus destinatarios.

Al margen de esta distinción, el Abogado General señala al respecto algunos ejemplos interesantes de marcas a las que se denegó el registro por incompatibilidad con el «orden público de la Unión Europea»: «Mechanical Apartheid», para juegos de ordenador, publicaciones relacionadas y entretenimiento, por ser contrario al orden público de la Unión Europea, ya que contradice «los valores indivisibles y universales sobre los que se asienta la Unión, a saber, la dignidad humana, la libertad, la integridad física, la igualdad y solidaridad, y los principios de democracia y Estado de Derecho» (Sala de Recurso de la European Union Intellectual Property Office, resolución R 2804/2014-5, *Mechanical Apartheid*, de 6 de febrero de 2015, apdo. 30) (apdo. 72 de las conclusiones); o «Bin Ladin», pues «los delitos de terrorismo son absolutamente contrarios a los principios éticos y morales reconocidos no solo en todos los Estados miembros de la Unión Europea, sino en todas las naciones civilizadas» (Sala de Recurso de la European Union Intellectual Property Office, resolución R 0176/2004-2, *Bin Ladin*, de 29 de septiembre de 2004, apdo. 17) (apdo. 74 de las conclusiones). En el caso en cuestión, no obstante, la argumentación no se centró en el motivo de «orden público», sino en el de «buenas costumbres», y el TJUE consideró que la marca solicitada «Fack Ju Göhte» no debía haberse denegado porque «el público en general de habla alemana [destinataria de la marca] no percibe el signo denominativo “Fack Ju Göhte” como moralmente inaceptable» y la incompatibilidad con las buenas costumbres no puede basarse «únicamente en el carácter intrínsecamente vulgar de dicha expresión inglesa». Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-240/18 P, *Constantin Film Produktion/EUIPO*, de 27 de febrero de 2020, ECLI:EU:C:2020:118, apdo. 53.

⁵¹⁵ Reglamento (UE) 2019/517 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, sobre la

[c]uando en una decisión de un tribunal de un Estado miembro se considere que un nombre de dominio [nombres de dominio dentro del dominio de primer nivel «.eu»], es difamatorio, racista o contrario al orden público o a la seguridad pública en virtud del Derecho de la Unión o de disposiciones del Derecho nacional conformes con el Derecho de la Unión, el Registro [el Registro designado conforme a los arts. 8 y ss. del Reglamento (UE) 2019/517] procederá a su bloqueo, al serle notificada la decisión del tribunal, y a su revocación una vez le sea notificada la decisión firme del tribunal al respecto.

De nuevo, nos encontramos ante un orden público propio de la Unión, pues, tratándose de la regulación europea del nombre de dominio de primer nivel «.eu» —que ha de contribuir al «mercado único digital, crear una identidad de la Unión en línea y promover las actividades en línea transfronterizas» (art. 1.1 Reglamento (UE) 2019/517) —, los tribunales nacionales deben argumentar «en virtud del Derecho de la Unión o de disposiciones del Derecho nacional conformes con el Derecho de la Unión» la contrariedad de un nombre de dominio con el orden público.

Finalmente, el Reglamento (UE) 2019/452⁵¹⁶, parece incluir en el orden público una dimensión específicamente europea. Su art. 8.1 establece que

[c]uando la Comisión considere que una inversión extranjera directa puede afectar, por motivos de seguridad u orden público, a proyectos o programas de interés para la Unión, podrá emitir un dictamen a la atención del Estado miembro en que se haya previsto o realizado dicha inversión extranjera directa.

Este orden público sólo puede ser el de la Unión, dado que queda vinculado a los proyectos o programas de interés para la misma y, además, porque aparece como un complemento del principal objetivo del reglamento, que es establecer un marco a la posibilidad de los Estados miembros de «mantener, modificar o adoptar mecanismos para controlar, por motivos de seguridad u orden público, las inversiones extranjeras directas en su territorio» (art. 3.1). Esta interpretación será confirmada posteriormente por el Parlamento Europeo, que considerará que

la iniciativa relativa al control de las inversiones extranjeras directas en la Unión tiene como objetivo proteger la seguridad y el orden público de la Unión y de los Estados miembros y podría permitir una

aplicación y el funcionamiento del nombre de dominio de primer nivel «.eu», por el que se modifica y se deroga el Reglamento (CE) n.º 733/2002 y se deroga el Reglamento (CE) n.º 874/2004 de la Comisión, DO L 91 de 29.3.2019, p. 25.

⁵¹⁶ Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de marzo de 2019 para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, DO L 79 de 21.3.2019, p. 1.

mayor reciprocidad en el acceso a los mercados, garantizando al mismo tiempo una apertura continuada a las inversiones extranjeras directas⁵¹⁷.

En cualquier caso, más que un orden público europeo como núcleo axiológico, esta utilización del concepto parece referirse al conjunto de intereses de la UE manifestados en los proyectos y programas que lleva a cabo.

En definitiva, con carácter general el orden público sigue siendo para el Derecho derivado un concepto estatal que justifica las restricciones, limitaciones o exclusiones a la aplicación de la normativa comunitaria en virtud de la apelación a los sistemas de valores propios de los diferentes Estados miembros. No obstante, se aprecia una tendencia, por un lado, a reconocer un contenido europeo en la cláusula de orden público propio del Derecho internacional privado y, por otro lado, a perfilar un orden público de tipo axiológico propio de la UE, lo que se manifiesta de manera más evidente en los Reglamentos (UE) 2017/1001 y 2019/517. Se trata, no obstante, de reconocimientos indiciarios, embrionarios e incluso difusos, por lo que tampoco resulta posible afirmar la existencia en el Derecho derivado de la Unión de un concepto de orden público análogo a la caracterización del término propia de los ordenamientos constitucionales. El orden público de la Unión no es todavía el núcleo axiológico del ordenamiento que ha de garantizar la máxima realización del valor igual dignidad humana.

3. El orden público europeo según las instituciones de la Unión Europea.

Tras el análisis del concepto y del empleo del orden público en el Derecho originario y derivado de la Unión, se incluye a continuación un breve epígrafe que tiene por objeto estudiar el entendimiento del orden público según las principales instituciones de la Unión —esencialmente, centraremos nuestra atención en el Parlamento Europeo y en la Comisión—. Se entiende que una comprensión completa del emergente orden público europeo demanda no sólo de su indiciaria y efectiva implementación en el Derecho positivo sino también su presencia en el debate institucional europeo.

⁵¹⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de mayo de 2018, sobre el Informe anual sobre la aplicación de la política comercial común, DO C 76 de 9.3.2020, p. 128. En concreto, apdo. 19.

3.1. Orden público europeo y espacio de libertad, seguridad y justicia.

El término «orden público europeo» es empleado por primera vez por las instituciones europeas en 1998, tras la introducción en la UE por el Tratado de Ámsterdam del concepto de «espacio de libertad, seguridad y justicia». Este «espacio de libertad, seguridad y justicia» —que habría de permitir la libre circulación de personas en un entorno de seguridad y protección⁵¹⁸— se convertiría en un nuevo objetivo de la Unión:

La Unión tendrá los siguientes objetivos: [...] mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia⁵¹⁹.

La Comunicación de la Comisión «Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia» de 1998⁵²⁰ constituye el «plan de acción» encargado por el Consejo Europeo de Cardiff de 15 y 16 de junio de 1998 para determinar el modo de aplicación de las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas al establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Esta comunicación constituye una aportación realmente novedosa en el ámbito de la UE, porque es el primer acto europeo que utiliza el término «orden público europeo» y porque, además, lo hace de una manera sensiblemente diferente a lo que era habitual en los ordenamientos estatales: el orden público no se concibe como una situación de ausencia de conflicto, sino como un catalizador de todo el ordenamiento comunitario hacia la centralidad de la persona. En este sentido, la Comisión afirma que «el concepto de “espacio de libertad, seguridad y justicia” [...] sintetiza, elevándolo al nivel de la Unión Europea, el acervo de nuestras tradiciones democráticas y nuestras concepciones del Estado de Derecho», teniendo estos «tres conceptos indisolubles [...] un mismo “denominador común”, las personas» (pág. 1).

Mediante la determinación de la persona como eje central del «espacio de libertad, seguridad y justicia», éste no queda configurado como un mero mecanismo u objetivo en sentido estricto, sino como un conjunto de actuaciones y de medidas destinadas a convertir la UE en un lugar de convivencia alejado de la imagen del simple «mercado interior». Las

⁵¹⁸ Considerando décimo del TUE tras la redacción del Tratado de Ámsterdam (art. 1.3).

⁵¹⁹ Art. B, cuarto guion, del TUE tras la redacción del Tratado de Ámsterdam (art. 1.5).

⁵²⁰ Comunicación de la Comisión. Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia, Código Celex 51998DC0459, recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1544781179367&uri=CELEX:51998DC0459>.

diferentes acciones implementadas en la Unión no son ya suficientes al «no est[ar] federadas en torno a un concepto único que les dé sentido y coherencia como etapas de la realización de un objetivo específico» (pág. 2). Por el contrario, en este nuevo proyecto de la Unión el orden público deviene el instrumento jurídico necesario para lograr tal centralidad de la persona (pág. 9):

En el marco de la consolidación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, el concepto de orden público aparece como un denominador común en una sociedad democrática y un Estado de Derecho. Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, este concepto, hasta ahora principalmente determinado por cada uno de los Estados miembros, deberá también apreciarse a escala del nuevo espacio europeo. Independientemente de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público, habrá que delimitar progresivamente los contornos de un «orden público europeo» basado en una evaluación de los intereses fundamentales comunes.

La Comisión asume en esta comunicación que es necesario construir un nuevo concepto de orden público que, análogamente a lo que sucede en los ordenamientos de los Estados miembros, actúe como un «denominador común» que dé sentido y coherencia al proyecto comunitario. Esta necesidad de definición fue también asumida por el Parlamento Europeo, que en su recomendación relativa a un espacio de libertad, seguridad y justicia (2001)⁵²¹ estableció que

es necesario establecer un concepto europeo de «orden público» para garantizar que, para la definición de dicho concepto, se adopten criterios comunes basados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, con objeto de evitar incoherencias y solapamientos entre las instituciones europeas y las nacionales, entre los Convenios de Schengen y Europol, y entre las medidas que rigen la cooperación entre las legislaciones nacionales y los servicios de policía [apdo. 4].

Más adelante, la Comisión Europea volverá referirse a esta necesidad de definición: en la Comunicación «Un proyecto para la Unión Europea» (2002)⁵²², afirmó que

[e]n estos tres ámbitos (control de las fronteras, asilo e inmigración, lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo), de lo que se trata, por tanto, es de establecer un orden público europeo que haga más eficaces los sistemas nacionales de orden público y respete plenamente los valores

⁵²¹ Recomendación del Parlamento Europeo al Consejo relativa a un espacio de libertad, seguridad y justicia: seguridad en las reuniones del Consejo Europeo y otros eventos similares, DO C 177 E de 25.7.2002, p. 194.

⁵²² Comunicación de la Comisión. Un proyecto para la Unión Europea, Código Celex 52002DC0247, recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1544781372648&uri=CELEX:52002DC0247>.

fundamentales de la Unión. Esta es también una de las exigencias que conlleva el concepto de ciudadanía europea [apdo. 1.2, p. 9].

La Comisión entiende que el orden público es el mecanismo que garantiza la ausencia de conflicto en los Estados miembros, por lo que, dado que éste es el objetivo del «espacio de libertad, seguridad y justicia», es necesario trasladar ese mecanismo a la Unión.

3.2. Los esfuerzos por dotar de significado al «orden público europeo».

En la determinación del significado de la expresión «orden público europeo» como concepto propio del espacio de libertad, seguridad y justicia —operación exigida por las resoluciones anteriormente analizadas—, intervinieron diferentes instituciones. El Comité de las Regiones afirmará, en un dictamen sobre la prevención de la delincuencia en la Unión Europea (2005)⁵²³, que

el marco de referencia en el que se deben situar las acciones de prevención viene dado por las disposiciones del Tratado relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, que han sentado las bases de un verdadero y genuino orden público europeo en el que los tres objetivos están estrechamente ligados y deben vincularse a la Carta de los Derechos Fundamentales [segundo considerando].

El Comité de las Regiones apuesta, así, por relacionar el orden público europeo con los derechos fundamentales, sin perjuicio de que el concepto sirva a su específica función de garantizar un espacio de seguridad y protección en la Unión.

La Comisión, por su parte, relacionará el concepto con los valores y la persona. En su Comunicación relativa al Programa marco de derechos fundamentales y justicia (2005)⁵²⁴ afirmará que

[e]s preciso proteger los intereses comunes de la UE frente a una delincuencia que puede dañar esos intereses bien en razón de su dimensión transfronteriza, bien porque conculca los valores comunes de la Unión, como el respeto del ciudadano, la democracia o la buena gobernanza (de ahí la necesidad de adoptar medidas contra la explotación sexual de los niños, el racismo, el fraude y la corrupción). La adopción de un enfoque común al respecto es el reflejo del desarrollo de un orden público europeo. Este enfoque debe asimismo tener en cuenta la necesidad de garantizar un elevado

⁵²³ Dictamen del Comité de las Regiones sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre prevención de la delincuencia en la Unión Europea», DO C 43 de 18.2.2005, p. 10.

⁵²⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo por la que se establece para el periodo 2007-2013 un Programa marco de derechos fundamentales y justicia, Código Celex 52005DC0122, recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1544782145396&uri=CELEX:52005DC0122>.

grado de protección de los derechos de la persona, basándose, por ejemplo, en los logros ya alcanzados en materia de derechos de las víctimas, reforzando los derechos de las personas detenidas y definiendo un marco normativo para la ejecución de las condenas y la reinserción social de los delincuentes [apdo. 2.1].

Dos conclusiones pueden extraerse de las anteriores afirmaciones. En primer lugar, los «intereses comunes de la UE» son de una doble naturaleza: intereses estatales que, por su afectación a varios Estados miembros, adquieren una dimensión europea; e intereses esencialmente europeos, esto es, los «valores comunes de la Unión». En segundo lugar, la adopción de un orden público europeo permite un enfoque europeo al problema de la delincuencia, que debe caracterizarse por la centralidad de la persona en todas sus múltiples variantes (víctima, detenido y condenado).

Como el Comité de las Regiones, el Parlamento Europeo vincula el «orden público europeo» a los derechos fundamentales, situándolo esta vez en el marco del diálogo entre tribunales. Por medio de una resolución de 2006, tras afirmar que «la protección y la promoción efectivas de los derechos fundamentales constituyen la base de la democracia en Europa y son una condición fundamental para la consolidación por parte de la Unión Europea del espacio de libertad, seguridad y justicia» (primer considerando) y que «la Unión Europea se está afirmando cada vez más como una comunidad política de valores comunes y ampliando en mayor medida su objetivo inicial, centrado particularmente en el mercado» (tercer considerando), establece que «el Tribunal de Justicia ha desempeñado un papel determinante para que la Comunidad y la Unión se conviertan en una “Comunidad” y una Unión de derecho» (decimotercer considerando). En concreto, «gracias al diálogo fecundo entre jueces nacionales y europeos en el marco de la función de interpretación prejudicial que los Tratados reconocen al Tribunal» (ibídem).

Asimismo, el Parlamento Europeo

apoya la propuesta del Consejo Europeo [...] destinada a reforzar el diálogo entre los Tribunales Supremos de los Estados miembros, y considera que estas iniciativas señalan no sólo la voluntad de las más altas jurisdicciones de compartir sus experiencias sino que constituyen también el principio de un orden público europeo que tiene su razón de ser en el objetivo común de proteger los derechos fundamentales [ibídem].

El orden público europeo queda vinculado de nuevo a la persona, y asume como función la protección de ésta a través de la tutela de sus derechos fundamentales.

Para finalizar este apartado, debemos referirnos a la Resolución del Parlamento Europeo, de 31 de enero de 2019, sobre el Informe anual sobre la política de competencia, en la que el órgano parlamentario pide a la Comisión que

presente una revisión del Reglamento comunitario de concentraciones⁵²⁵ y que analice hasta qué punto debería dotársele de la facultad, como ocurre ahora en muchos Estados miembros, de adoptar medidas para proteger el orden público europeo y los derechos y principios consagrados en el TFUE y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, incluida la protección del medio ambiente⁵²⁶.

El orden público aparece aquí como un concepto esencialmente axiológico, si bien vinculado al ámbito del Derecho de la competencia y comprensivo de textos jurídicos —el TFUE— donde son escasas las referencias a los principios y derechos de la ciudadanía. En cualquier caso, constituye éste un primer paso para la dotación al concepto de orden público de un contenido europeo abierto, incluso, a nuevas exigencias sociales como la protección del medio ambiente.

Aunque no es posible extraer conclusiones definitivas de este somero análisis, pues las opiniones proceden de distintas instituciones y en momentos históricos diferentes, sí podemos afirmar que existe una línea tendencial a reconocer que la UE necesita de una legitimación que justifique su existencia ante la ciudadanía y que trascienda de la dimensión meramente económica. Aunque la mención al «orden público europeo» llegó tardíamente con la creación del «espacio de libertad, seguridad y justicia», el término parece erigirse en el mecanismo jurídico llamado a garantizar la centralidad de la persona en el ordenamiento jurídico europeo. Este «orden público europeo», sin embargo, carecería de una existencia propia y diferenciada, pero las instituciones europeas animarían (a un destinatario indeterminado que, en realidad, son ellas mismas y, sobre todo, los Estados miembros) a elaborarlo con el objetivo de contribuir a la plena vigencia de los valores y los derechos fundamentales de la Unión.

⁵²⁵ El Parlamento Europeo se refiere al Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO L 24 29.1.2004, p. 1.

⁵²⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 31 de enero de 2019, sobre el Informe anual sobre la política de competencia, DO C 411 de 27.11.2020, p. 187.

CAPÍTULO 4. El orden público en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

1. El Derecho de la Unión como Derecho jurisprudencial.

El Derecho de la Unión, y particularmente el Derecho constitucional europeo, es un Derecho esencialmente jurisprudencial, en el sentido de que sus principios ordinamentales (ordenamiento jurídico autónomo⁵²⁷, eficacia directa⁵²⁸ o primacía⁵²⁹) y la configuración de los derechos fundamentales en la Unión⁵³⁰ fueron establecidos inicialmente por el TJUE, sin perjuicio de que con posterioridad sus construcciones pasaran a reflejarse en el Derecho positivo. Por ello, tras analizar el orden público de la Unión según el Derecho originario y derivado y sus contornos conceptuales según las instituciones europeas, debemos realizar un profundo estudio de la jurisprudencia del TJUE —garante del respeto del Derecho de la Unión en la interpretación y aplicación de los Tratados (art. 19.1 TUE)— a efectos de determinar la evolución del concepto de orden público, su caracterización y funcionalidad en el ordenamiento jurídico europeo.

Se ha considerado relevante incluir, junto al análisis de las correspondientes sentencias, las relativas conclusiones de los Abogados Generales⁵³¹. Los Abogados

⁵²⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-26/62, *cit.*, p. 340.

⁵²⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-26/62, *cit.*, p. 340.

⁵²⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-6/64, *cit.*, p. 106.

⁵³⁰ *Vid.* el epígrafe 3.1 del Capítulo 6.

⁵³¹ Sobre las funciones del Abogado General del TJUE *vid.*, LEÓN JIMÉNEZ, R., *La figura del Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Reus, Madrid, 2007.

Generales —once en el caso del Tribunal de Justicia⁵³²— son personas que ofrecen absolutas garantías de independencia y que reúnen las condiciones requeridas para el ejercicio, en sus respectivos países, de las más altas funciones jurisdiccionales o bien son considerados jurisconsultos de reconocida competencia (art. 253.I TFUE). Designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros por un periodo de seis años (art. 253.I TFUE), su función consiste en «presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos que, de conformidad con el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, requieran su intervención» (art. 252.II TFUE). Si bien las conclusiones no vinculan al Tribunal, los criterios fijados en ellas por los Abogados Generales coadyuvan la interpretación de la sentencia y, en lo que a nuestros efectos interesa, suelen constituir desarrollos punteros de nuevas instituciones o elaboraciones teóricas; como se verá, la conceptualización del orden público es más apurada y precisa en las conclusiones de los Abogados Generales que en las sentencias del TJUE.

Las sentencias que a continuación se expondrán —las más representativas del conjunto de resoluciones analizadas— se han agrupado en seis fases temporales a los únicos efectos de contribuir a una mejor comprensión de la evolución del orden público en la jurisprudencia europea.

2. Primera fase (1974-1982). Construcciones iniciales del orden público.

En una primera fase, que transcurre durante la década de 1970 y los primeros años de la de 1980, el TJUE se enfrentó a la necesidad de establecer una primera visión europea del orden público —concepto incorporado en numerosos instrumentos de Derecho de la Unión como límite a las libertades comunitarias—; tarea en la que desempeñó un papel fundamental el Abogado General francés Henri Mayras.

⁵³² Decisión del Consejo de 25 de junio de 2013 por la que se aumenta el número de abogados generales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, DO L 179, de 29.6.2013, p. 92; dictado de conformidad con el art. 252.I TFUE, que prevé que el Consejo, por unanimidad, pueda aumentar el número de Abogados Generales del Tribunal de Justicia a partir de los ocho previstos.

2.1. El caso *Van Duyn* (C-41/74)⁵³³.

La sentencia *Van Duyn* es fruto de la interposición de la primera cuestión prejudicial⁵³⁴ por parte de un órgano jurisdiccional del Reino Unido, que solicitó al TJCE, también por primera vez, una interpretación del concepto de orden público en relación con la libre circulación de trabajadores. La señora neerlandesa Yvonne van Duyn no fue admitida en el Reino Unido, país al que acudía para ocupar un empleo de secretaria en la sede de la Iglesia de la Cienciología en East Grinstead (Sussex Occidental), porque este país consideraba socialmente peligrosas las actividades de dicha Iglesia.

El TJCE estableció que la pertenencia a esta Iglesia constituía un motivo justificado de orden público que, en virtud del art. 48.3 TCEE⁵³⁵, podía limitar la libre circulación de los trabajadores, y ofreció los criterios que constituirían la doctrina básica inicial en materia de orden público:

- En primer lugar, el concepto de orden público debe interpretarse de modo restrictivo (apdo. 18), dado que la libre circulación de trabajadores es una de las finalidades esenciales de la CEE.
- En segundo lugar, compete a los Estados miembros la determinación del contenido del orden público, pues el concepto está vinculado a sus valores más esenciales (apdo. 18).

⁵³³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-41/74, *Van Duyn/Home Office*, de 4 de diciembre de 1974, ECLI:EU:C:1974:133.

⁵³⁴ Las cuestiones prejudiciales permiten al TJUE pronunciarse, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones europeas (arts. 19.3.b) TUE y 267 TFUE). *Vid.* el epígrafe 5.2.2.2 del Capítulo 6.

⁵³⁵ Dadas las reiteradas referencias al precepto que realizaremos en este análisis, se reproduce el art. 48 del originario TCEE:

«1. La libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad quedará asegurada, a más tardar, al final del período transitorio.

2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:

a) de responder a ofertas efectivas de trabajo;

b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;

c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;

d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión.

4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública».

- En tercer lugar, dicha determinación no puede ser unilateral, ya que disponen de un «margen de apreciación [pero] dentro de los límites impuestos por el Tratado», por lo que están sujetos al control de las instituciones comunitarias (apdo. 18).
- En cuarto lugar, no es necesario que la vulneración del orden público proceda de una conducta prohibida: «[C]uando las autoridades competentes de un Estado miembro han definido con claridad su postura con respecto a las actividades de una determinada organización y, por considerarla socialmente peligrosa, han adoptado medidas administrativas para contrarrestarlas, no se le puede exigir, para que pueda ampararse en el concepto de orden público, que declare que tales actividades están legalmente prohibidas si considera que dicha medida no es adecuada a las circunstancias» (apdo. 19).

Aunque no se defina el orden público, este último criterio revela una concepción abierta formada por valores o principios no necesariamente incorporados a normas positivas. Con esta respuesta el TJCE tolera una situación que es, consideramos, discriminatoria: un ciudadano británico podría trabajar en la Iglesia de la Cienciología pero no un ciudadano comunitario no británico, al que se le impediría incluso la entrada en dicho país. En principio, la vulneración del orden público se produce por la sola existencia de la Iglesia de la Cienciología, no porque un ciudadano comunitario acceda al Estado a trabajar en ella. Se aducen, para justificarlo, razones de índole jurídica: el ordenamiento británico, al ser un «régimen especialmente liberal»⁵³⁶, ha decidido no prohibir la Iglesia de la Cienciología (la propia prohibición podría ser contraria incluso al orden público británico); ahora bien, entra dentro del «margen de apreciación» del Estado acogerse a la normativa comunitaria (en concreto, los arts. 48.3 TCEE y 3.1 de la Directiva 64/221/CEE⁵³⁷) para impedir la libre circulación de personas que trabajen para ella (apdo. 23).

Pese a que la sentencia del caso *Van Duyn* utiliza una noción estatal del orden público (aunque en el contexto comunitario), el Abogado General Henri Mayras se plantea

⁵³⁶ Así lo afirmó el Abogado General en el apartado II.3 de sus conclusiones. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Henri Mayras, presentadas el 13 de noviembre de 1974, asunto C-41/74, ECLI:EU:C:1974:123.

⁵³⁷ Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, DO L 56 de 4.4.1964, p. 850. El art. 3.1 de la directiva establecía que «[l]as medidas de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo a que se apliquen».

por primera vez⁵³⁸ la existencia de un específico «orden público comunitario» y alcanza la siguiente conclusión:

[A]unque existe sin duda un «orden público comunitario» en los ámbitos en que el Tratado tiene por objeto o por efecto transferir directamente a las Instituciones comunitarias competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros, sólo puede tratarse de un orden público económico, relativo por ejemplo a las organizaciones comunes del mercado agrícola, a los intercambios comerciales, al Arancel Aduanero Común o incluso al régimen de la competencia. [...] [N]o creo, en contra de lo que piensa la Comisión, que se pueda deducir de ella un concepto comunitario de la seguridad pública. Este concepto, al menos en la actualidad, continúa siendo nacional [apdo. II.3].

De este modo, Mayras afirma que, dado que las competencias transferidas por los Estados miembros a la CEE son de naturaleza fundamentalmente económica, el orden público comunitario, que sí existiría, sólo puede tener una naturaleza económica.

⁵³⁸ En realidad, el término «orden público comunitario» se había utilizado en dos ocasiones anteriores, ambas con un mismo significado: el orden público como sinónimo de la lógica de funcionamiento de la CEE y de sus exigencias particulares como peculiar organización internacional. En el caso *San Michele* se enjuiciaba la posibilidad de exceptuar la aplicación del TCECA en cuanto se resolviera una cuestión de inconstitucionalidad cuyo objeto era, precisamente, dicho tratado. El TJCE afirmó que «[l]a participación de la República Italiana en las instituciones comunes y en los derechos y obligaciones derivados del Tratado impide de hecho a sus nacionales evitar la aplicación completa y uniforme de dicho Tratado, y así obtener un trato diferente del de otros nacionales de la Comunidad», por lo que «[d]ebe ser desestimada por ser contraria al orden público comunitario toda solicitud cuyo propósito sea establecer una discriminación de este tipo» (p. 30 de la versión inglesa, traducción propia). Tribunal de Justicia de la Unión Europea, auto de 22 de junio de 1965, asunto C-9/65, *San Michele/Alta Autoridad*, ECLI:EU:C:1965:63.

La segunda mención al orden público comunitario se produjo en una alegación de parte en el caso *Comisión/Francia*. El gobierno francés había recibido la conformidad de la Comisión para mantener, e incluso aumentar, con carácter provisional, la bonificación concedida a los exportadores franceses mediante un tipo de redescuento privilegiado a las exportaciones destinadas a países de la Comunidad. Las decisiones adoptadas precisaron que la diferencia entre el tipo preferencial cuyo mantenimiento autorizaban provisionalmente y el tipo ordinario no podría exceder de 1,5 puntos, pero Francia mantuvo una diferencia superior. Entre sus alegaciones, el gobierno francés consideraba insuficientes las normas del Tratado en materia monetaria, según las cuales la fijación del tipo de descuento formaba parte de la política monetaria y, por tanto, era competencia exclusiva de los Estados miembros, aunque reconoce que dejó pasar el plazo para interponer el recurso de anulación contra la decisión correspondiente. El gobierno francés, «invocando por una parte el orden público comunitario, y estimando por otra que: “una excesiva sujeción a las normas (sería) tan contraria al verdadero espíritu comunitario como su inobservancia”, afirma, no obstante, que dicha Decisión fue adoptada en un ámbito que es competencia exclusiva de los Estados miembros» (apdo. 12). La sentencia no vuelve a referirse al orden público comunitario y esta alegación es, además, desestimada por el TJCE, pero revela que el orden público comunitario es concebido como la lógica de actuación propia de la CEE o, incluso, como el «espíritu comunitario» al que se refiere la sentencia después. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-6/69, *Comisión/Francia*, de 10 de diciembre de 1969, ECLI:EU:C:1969:68.

2.2. El caso *Bonsignore* (C-67/74)⁵³⁹.

El interés del caso *Bonsignore* no reside tanto en la sentencia —que se limita a aplicar el art. 3.1 de la Directiva 64/221/CEE según la interpretación efectuada en *Van Duyn*— como en las conclusiones del Abogado General. El TJCE rechazó los motivos aducidos por el gobierno alemán (la finalidad disuasoria y de prevención general de la medida [apdo. 7]⁵⁴⁰) para justificar la expulsión de Alemania del ciudadano italiano *Bonsignore*, quien, trabajando en el país germánico, había comprado ilegalmente una pistola automática sin permiso de armas y disparado y causado la muerte involuntariamente a su hermano.

Este caso permitirá al Abogado General Mayras avanzar en su propuesta de construcción del concepto de orden público comunitario. Mayras se mostraría alarmado ante la utilización del concepto de orden público como límite al derecho a residir y a ocupar un empleo en el Estado de acogida («derechos subjetivos fundamentales para la realización del mercado común» [p. 154 de la versión en castellano de las conclusiones]), pues se estaría revelando así un «sentimiento de hostilidad, rayano a veces en la xenofobia» (p. 155 de la versión en castellano de las conclusiones). Por ello, apuesta por una reducción de la potestad de los Estados miembros en su concreción del orden público para, en contraposición, establecer criterios comunitarios que lo definan y garanticen una mínima homogeneidad, sin perjuicio de que su aplicación continúe en manos de los Estados miembros:

[L]a entrada en vigor del artículo 48 del Tratado y de la Directiva 64/221 tuvo por objeto y debe tener por efecto reducir sustancialmente la facultad discrecional de los Estados para adoptar, con respecto a esos extranjeros privilegiados que son los trabajadores nacionales de los Estados miembros del mercado común, medidas restrictivas de su derecho de residencia justificadas por razones de orden público, mediante la exigencia de que su situación individual sea objeto de un atento examen bajo control judicial [p. 156 de la versión en castellano de las conclusiones].

⁵³⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-67/74, *Bonsignore/Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, de 26 de febrero de 1975, ECLI:EU:C:1975:34.

⁵⁴⁰ Alemania había aducido que la adquisición y tenencia ilícita de un arma «constituyen prueba suficiente de que el demandante no tiene la intención de respetar el ordenamiento jurídico alemán», no pudiéndose tolerar «que los extranjeros, recibidos como huéspedes, supongan una amenaza permanente para la comunidad (nacional) mediante la adquisición o tenencia ilegal de armas», siendo necesario «prevenir un nuevo incremento de esta criminalidad violenta mediante la expulsión inmediata de aquellos extranjeros que hayan infringido la legislación en materia de armas». Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Henri Mayras, presentadas el 19 de febrero de 1975, asunto C-67/74, ECLI:EU:C:1975:22, p. 147 de la versión en castellano.

Ahora bien, «el texto de la Directiva no constituye sino un primer paso hacia la armonización o, mejor dicho, hacia la coordinación de la aplicación de las medidas basadas en razones de orden público» (p. 156 de la versión en castellano de las conclusiones), debiéndose para ello

reforzar y [...] precisar las disposiciones de la Directiva de manera que los motivos de expulsión se basen en criterios comunitarios uniformemente aplicables. [...] [É]ste es el camino que en su día habrá de emprenderse, debiendo seguir siendo competencia de las autoridades nacionales la aplicación de tales criterios a los casos concretos [p. 157 de la versión en castellano de las conclusiones].

En definitiva, no se trata de sustraer a los Estados la competencia para delimitar su propio orden público, sino de que el legislador establezca criterios comunitarios homogéneos cuya aplicación continuaría correspondiendo a los Estados miembros.

2.3. El caso *Rutili* (C-36/75)⁵⁴¹.

Como reconoció el propio Abogado General Mayras en la introducción de las conclusiones a esta sentencia, el caso *Rutili* forma parte de la línea jurisprudencial, inaugurada en *Van Duyn* y continuada en *Bonsignore*, que trata de delimitar los contornos del concepto de orden público del art. 48.3 TCEE.

Tras su intervención en los sucesos de mayo de 1968, la Administración francesa dictó contra *Rutili*, nacional italiano domiciliado en Francia, una orden de expulsión que fue finalmente sustituida por su confinamiento en un departamento del centro del país. En 1970 *Rutili* obtuvo el permiso de residencia de nacional comunitario regulado en el Decreto francés de 5 de enero de 1970⁵⁴², pero con la restricción de su art. 6, según la cual los permisos serían «válidos para todo el territorio francés, salvo resolución individual del Ministro del Interior adoptada por razones de orden público». Dicha resolución le impedía residir en cuatro departamentos franceses, incluyendo aquél en el que tenía su domicilio y continuaba residiendo su familia. Según la resolución, sus actividades políticas y

⁵⁴¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-36/75, *Rutili/Ministre de l'intérieur*, de 28 de octubre de 1975, ECLI:EU:C:1975:137.

⁵⁴² Este Decreto fue adoptado en aplicación de la Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados Miembros y de sus familias dentro de la Comunidad, DO L 257 de 19.10.1968, p. 13.

sindicales⁵⁴³ revelaban que su presencia en esos cuatro departamentos podía «perturbar el orden público» (apdo. 6).

El TJUE debía dilucidar si la resolución gubernamental constituía una limitación justificada por razón de orden público que pudiera limitar el principio de libre circulación de los trabajadores y, en concreto, el derecho de residencia (art. 48.3.c) TCEE). Procede, para ello, a aplicar los criterios sentados en la sentencia *Van Duyn*: «[L]os Estados miembros gozan de libertad para definir las exigencias del orden público de conformidad con sus necesidades nacionales» (apdo. 26), pero,

en el contexto comunitario y, especialmente, como justificación de una excepción a los principios fundamentales de igualdad de trato y de libre circulación de los trabajadores, dicho concepto ha de ser objeto de interpretación restrictiva, de manera que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro sin control por parte de las Instituciones de la Comunidad [apdo. 27].

Añade, como novedad en la línea jurisprudencial, los criterios comunitarios relevantes para la apreciación de una vulneración del orden público:

[L]a justificación de las medidas destinadas a salvaguardar el orden público deberá ser valorada tomando en consideración todas las normas de Derecho comunitario que tengan por objeto, por una parte, limitar la apreciación discrecional de los Estados miembros en la materia, y, por otra parte, garantizar la defensa de los derechos de las personas sujetas a medidas restrictivas por razones de orden público [apdo. 51].

En particular, tales límites y garantías se derivan de la obligación de los Estados miembros de:

- Fundamentar las medidas adoptadas exclusivamente en el comportamiento personal de los individuos a que se apliquen, y no en apreciaciones globales⁵⁴⁴.
- Abstenerse de adoptar medidas con fines ajenos a las necesidades de orden público (especialmente económicos⁵⁴⁵) o vulneradoras del ejercicio de los derechos sindicales⁵⁴⁶.

⁵⁴³ En concreto, intervino en la campaña electoral de las elecciones legislativas de 1967, participó en las acciones subversivas de mayo de 1968 y tomó parte activa en una manifestación política con ocasión de la fiesta nacional del 14 de julio de 1968 (pp. 333 y 334 de la versión en castellano de las conclusiones).

⁵⁴⁴ Art. 3 de la Directiva 64/221/CEE (apdo. 29).

⁵⁴⁵ Art. 2.2 de la Directiva 64/221/CEE (apdo. 30). Según dicho precepto, «[e]stas razones [razones de orden público, seguridad o salud públicas] no podrán ser invocadas con fines económicos».

⁵⁴⁶ Art. 8 del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, DO L 257 de 19.10.1968, p. 2 (apdo. 31). El primer

- Poner inmediatamente en conocimiento de toda persona a la que se apliquen medidas restrictivas las razones en que se base la decisión adoptada, a menos que ello sea contrario a la seguridad del Estado⁵⁴⁷.
- Garantizar la posibilidad del ejercicio efectivo de los recursos⁵⁴⁸.

Respecto al establecimiento de unos criterios basados más en Derecho positivo que en valores o principios, el Abogado General Mayras justificará que

[a]nte la imposibilidad de delimitar un contenido exclusivamente comunitario del concepto de orden público, que en muchos aspectos sigue siendo contingente, creemos que es más realista investigar cuáles son los límites precisos que el Tratado y las Directivas adoptadas para su aplicación imponen a las facultades de las autoridades nacionales⁵⁴⁹.

No obstante, la sentencia sí afirma que las restricciones por razones de orden público no pueden rebasar el ámbito de lo que resulte necesario para la salvaguardia de los derechos «en una sociedad democrática», en los términos previstos por la jurisprudencia del TEDH (apdo. 32).

Pese a la exposición de estos criterios, el TJCE no analiza si, conforme a ellos, la resolución enjuiciada constituía una limitación «justificada» por razón de orden público. Por el contrario, decide eludir el debate acerca del orden público en favor del de la igualdad de trato entre nacionales del Estado de acogida y los nacionales de otros Estados miembros:

[E]n lo relativo a las prohibiciones de residencia limitadas a determinadas circunscripciones del territorio, las personas protegidas por el Derecho comunitario deben recibir, en virtud del artículo 7

apartado de este artículo establecía que «[e]l trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro se beneficiará de la igualdad de trato en relación con la afiliación a organizaciones sindicales y el ejercicio de los derechos sindicales, incluyendo el derecho de voto; podrá ser excluido de participar en la gestión de organismos de derecho público y del ejercicio de una función de derecho público. Además, se beneficiará del derecho de elegibilidad a los órganos de representación de los trabajadores en la empresa. Estas disposiciones no irán en detrimento de las legislaciones o reglamentaciones que, en determinados Estados miembros, concedan derechos más amplios a los trabajadores procedentes de otros Estados miembros».

⁵⁴⁷ Art. 6 Directiva 64/221/CEE (apdo. 36). El art. 6 establecía que «[l]as razones de orden público, seguridad o salud públicas, en que se base la decisión que le concierne, serán puestas en conocimiento del interesado, a menos que ello sea contrario a la seguridad del Estado».

⁵⁴⁸ Arts. 8 y 9 Directiva 64/221/CEE (apdos. 34 y 35). El art. 8 establecía que «[e]n relación con toda decisión sobre la admisión de entrada, la denegación de la concesión o la renovación del permiso de estancia o sobre la expulsión del territorio, la persona interesada podrá interponer los mismos recursos de que disponen los nacionales del Estado en cuestión contra los actos administrativos», previéndose en su defecto en el art. 9 medios de defensa alternativos.

⁵⁴⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Henri Mayras, presentadas el 14 de octubre de 1975, asunto C-36/75, ECLI:EU:C:1975:124, apdo. II.

del Tratado⁵⁵⁰ y dentro del ámbito de aplicación de dicha disposición, el mismo trato que los nacionales del Estado miembro de que se trate [apdo. 49].

Esto es, un Estado miembro puede imponer a un nacional de otro Estado miembro «prohibiciones de residencia territorialmente limitadas, en los casos en que tales prohibiciones puedan imponerse asimismo a sus propios nacionales» (apdo. 50) y con las mismas condiciones en que tales medidas se aplique a éstos (apdo. 53). Francia, por tanto, no podía imponer las limitaciones establecidas a Rutili porque a sus nacionales sólo se les aplican en caso de penas accesorias a condenas penales o como consecuencia de la declaración del estado de alarma (apdo. 41).

Para el TJCE, pues, la resolución gubernativa que limitaba la libre circulación por motivos políticos y sindicales era ilegal no porque tal posibilidad contradijera el orden público, sino porque no se preveía la misma medida para los nacionales franceses. Constituye ésta una práctica no infrecuente en la jurisprudencia del TJCE que podemos denominar «elemento de confusión»: el recurso por parte del órgano judicial a argumentos *obiter dicta* aparentemente insignificantes o, al menos, secundarios, para convertirlos en la justificación principal —la *ratio decidendi*— de una decisión, de modo que quede eludido el auténtico debate de fondo. Es cierto que en esta sentencia el TJCE se encontraba en una encrucijada: Francia había declarado que limitar la libre circulación por razones políticas o sindicales era conforme a su orden público, por lo que si el tribunal europeo le contradecía lo haría basándose en una escala de valores europea, esto es, de un orden público europeo cuya existencia debía previamente reconocer. Consideramos, no obstante, que el TJCE debería haber fundamentado su decisión no con base en la igualdad de trato sino afirmando que limitar la libre circulación de trabajadores por motivos políticos y sindicales contradice los propios criterios que el mismo tribunal ofrece para considerar justificada una limitación por razones de orden público; en especial, porque es una medida desproporcionada, por excesivamente gravosa, en una sociedad democrática.

⁵⁵⁰ El primer párrafo del art. 7 TCEE establecía que «[e]n el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad».

2.4. El caso *Royer (C-48/75)*⁵⁵¹.

El señor Royer era un nacional francés que había incumplido hasta en dos ocasiones las formalidades requeridas (la inscripción en la oficina de empadronamiento) para acceder al Estado belga, donde residía su esposa. Fue expulsado de Bélgica, por segunda vez, porque su conducta personal —había sido condenado en Francia por un delito de proxenetismo y estaba inculcado por varios robos a mano armada— «hac[ía] pensar que su presencia constitu[ía] una amenaza para el orden público» y, además, no había «respetado los requisitos para la residencia de extranjeros y carec[ía] del permiso de establecimiento en el Reino» (apdo. 8). Respecto al primer motivo, el TJCE concluye que

la reserva establecida por el apartado 3 del artículo 48 y el apartado 1 del artículo 56 del Tratado⁵⁵², en relación con la protección del orden público y de la seguridad y salud públicas, debe entenderse no como una condición previa impuesta para la adquisición del derecho de entrada y residencia, sino como la posibilidad de imponer limitaciones al ejercicio de un derecho directamente derivado del Tratado, en casos individuales y con una justificación adecuada [apdo. 29].

No cabía, pues, una expulsión basada en una hipotética conducta futura contraria al orden público.

En relación con el segundo motivo, afirma que «el hecho de incumplir las formalidades legales relativas a la entrada, al desplazamiento y a la residencia de los extranjeros no puede, por sí mismo, constituir una amenaza para el orden y la seguridad públicos en el sentido del Tratado» (apdo. 47). No obstante, el TJCE aclara que

los Estados miembros conservan la facultad de expulsar de su territorio a los nacionales de otro Estado miembro cuando las necesidades del orden y la seguridad públicos se ven afectadas por motivos distintos del incumplimiento de las formalidades relativas al control de extranjeros, sin perjuicio de los límites impuestos por el Derecho comunitario a su facultad de apreciación, especificados por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 26 de octubre de 1975, *Rutili* (36/75, Rec. p. 1219) [apdo. 41].

⁵⁵¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-48/75, *Royer*, de 8 de abril de 1976, ECLI:EU:C:1976:57.

⁵⁵² El art. 56.1 TCEE establecía que «[l]as disposiciones del presente Capítulo [Capítulo 2 del Título III de la segunda parte, relativo al derecho de establecimiento] y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial, para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas».

Sobre esta última facultad se pronunciaría el Abogado General Mayras, que descargó en el TJCE el peso del control que las instituciones comunitarias deben llevar a cabo sobre la aplicación del orden público por los Estados miembros: el orden público

debe interpretarse en sentido restrictivo, no puede determinarse unilateralmente por uno cualquiera de los Estados aludidos, sin control por parte de las autoridades comunitarias. Debe hacerse especial reserva del control judicial cuya garantía tiene a su cargo este Tribunal de Justicia. Por consiguiente, si bien debe admitirse que las autoridades nacionales conservan un margen de libertad de apreciación, en el uso que están llamadas a realizar de la reserva de orden público, esta facultad de los Estados solamente puede ejercerse con los límites que impone el Derecho comunitario y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁵⁵³.

2.5. El caso *Bouchereau* (C-30/77)⁵⁵⁴.

El señor Bouchereau era un nacional francés que trabajaba en Reino Unido y que se declaró culpable dos veces de tenencia ilícita de drogas. El órgano *a quo* pretendía proponer su expulsión del país conforme a la *Immigration Act* de 1971⁵⁵⁵, frente a lo que el acusado invocó el art. 48 del TCEE y la Directiva 64/221/CEE. Entre otras cuestiones de menor trascendencia, el juez preguntó al TJCE por vía prejudicial cómo debía interpretarse el concepto de orden público. En concreto, si equivalía a las razones de Estado, aunque no existiera riesgo de ataque a la paz o al orden público, o si se refería a las amenazas de ataque a la paz, el orden o la seguridad pública (apdo. 31). Tras reproducir la doctrina sentada en *Van Duyn* (apdos. 33 y 34), el TJCE establece que

en la medida en que puede justificar determinadas restricciones a la libre circulación de las personas a quienes se aplica el Derecho comunitario, el recurso, por parte de una autoridad nacional, al concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad [apdo. 35].

El orden público quedaría identificado, así, con los «intereses fundamentales de la sociedad», de modo que se reafirma la concepción del orden público como un concepto abierto no identificado con normas positivas.

⁵⁵³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Henri Mayras, presentadas el 10 de marzo de 1976, asunto C-48/75, ECLI:EU:C:1976:40, p. 224 de la versión en castellano.

⁵⁵⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-30/77, *Regina/Bouchereau*, de 27 de octubre de 1977, ECLI:EU:C:1977:172.

⁵⁵⁵ Según su art. 3.6, una persona no nacional puede ser expulsada del Reino Unido si, después de cumplir diecisiete años, es condenada por una infracción sancionada con pena privativa de libertad.

Por su parte, el Abogado General Jean-Pierre Warner se basa en un estudio de LYON-CAEN⁵⁵⁶ para distinguir tres ámbitos del concepto *ordre public* —concepto que, en su opinión, es tan amplio que ha perdido toda su precisión⁵⁵⁷—: en primer lugar, la *public policy* (término que prefiere al de *public order*), aplicable a las relaciones entre particulares. Esta acepción es propia del Derecho de obligaciones (como límite a la libertad de contratación) o del Derecho internacional privado (como exclusión de un Derecho extranjero aplicable); en segundo lugar, el *public interest*, propio del ámbito del Derecho público y que permitiría la restricción o supresión de libertades en nombre de exigencias superiores; finalmente, el *public good*, aplicable al control de los extranjeros, que justificaría el empleo de unas facultades discrecionales del ejecutivo virtualmente ilimitadas. Mientras que las dos primeras acepciones constituirían excepciones a la aplicación de normas jurídicas, la tercera supondría el fundamento de la norma. Según LYON-CAEN, el TCEE habría abolido el tercer ámbito al atribuirse la entrada de extranjeros a la esfera comunitaria.

Finalmente, en su labor de concreción del orden público en el ámbito de la Unión, y tras afirmar que al utilizar los términos «orden público, seguridad y salud públicas» los Tratados quisieron afirmar que eran tres conceptos distintos aunque en parte coincidentes entre sí, el Abogado General llega a la conclusión de que «los autores del Tratado dejaron la tarea de definir el concepto de “public policy” al Derecho comunitario derivado y a las resoluciones de este Tribunal de Justicia», debiendo acudir, por tanto, a lo establecido en *Van Duyn* y *Rutili* (p. 606 de la versión en castellano de las conclusiones).

2.6. Conclusiones de la primera fase.

De una lectura conjunta de los pronunciamientos del TJCE y de las conclusiones de los Abogados Generales de esta primera etapa es posible formular las siguientes conclusiones:

- El orden público es concebido como una categoría estatal que debe someterse a un tratamiento específico en la esfera comunitaria. Todavía no se reconoce la

⁵⁵⁶ LYON-CAEN, G., «La réserve de l'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation», en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1966, p. 693.

⁵⁵⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Jean-Pierre Warner, presentadas el 28 de septiembre de 1977, asunto C-30/77, ECLI:EU:C:1977:141, pp. 605-606 de la versión en castellano.

existencia de una noción de orden público comunitario desvinculada de los ordenamientos estatales aunque, de existir, según Mayras, tendría una naturaleza esencialmente económica, al ser económicas las competencias transferidas a la Comunidad. En ocasiones, la negativa a la apelación de un orden público europeo autónomo por parte del TJCE obedece al interés de no incurrir en una contradicción, políticamente compleja, con la posición de un Estado miembro (*Rutili*).

- El orden público es un concepto abierto formado por los «intereses fundamentales de la sociedad», no necesariamente trasladados a normas positivas, lo que explica que el orden público pueda ser vulnerado por una conducta no prohibida. La definición del concepto, según Jean-Pierre Warner, corresponde al Derecho comunitario derivado y a las resoluciones del TJCE, teniendo en cuenta la similitud, pero no coincidencia, con los términos de seguridad y salud públicas.
- El contenido del orden público, cuya invocación debe ser excepcional y en todo caso interpretarse restrictivamente, compete a los Estados miembros. No obstante, las instituciones comunitarias (en especial, el TJCE) ejercen un control —conforme a los límites impuestos por el Tratado— sobre la aplicación del orden público por los Estados. Mayras apuesta por una reducción de esta potestad de los Estados miembros en favor del establecimiento de unos criterios comunitarios homogéneos.
- El control de las instituciones comunitarias sobre la utilización del orden público por parte de los Estados miembros debe realizarse teniendo en consideración las normas de Derecho comunitario que limitan la apreciación discrecional de dichos Estados en la materia y que garantizan la defensa de los derechos de las personas sujetas a medidas restrictivas por motivos de orden público. Asimismo, las restricciones deben superar el requisito de la «razonabilidad en una sociedad democrática», en los términos de la jurisprudencia del TEDH.

Las sentencias y conclusiones analizadas en este epígrafe representan la primera construcción jurisprudencial del concepto de orden público en el ámbito de la Unión, debida, fundamentalmente, al Abogado General Henri Mayras. Con posterioridad encontramos, no obstante, una serie de afirmaciones que parecen utilizar nociones distintas del concepto utilizado hasta el momento; bien como las exigencias peculiares del

funcionamiento de una organización internacional como la UE⁵⁵⁸ o bien como sinónimo de normas comunitarias de especial importancia⁵⁵⁹. Aunque no deben ser objeto de más atención, es importante destacar la embrionaria utilización del orden público comunitario —incluso con significados distintos— en el discurso de las instituciones europeas.

3. Segunda fase (1982-1991). El orden público como concepto estatal de Derecho positivo.

Si la primera fase analizada se caracterizaba por la introducción de una dimensión europea en un concepto de orden público cuya naturaleza estatal no se discutía, de modo que el TJCE y los Abogados Generales trataron de afirmar y delimitar unos contornos europeos a las facultades de apreciación de los Estados miembros sobre su propio orden público —entendido como valores o intereses fundamentales de la sociedad—, en la segunda fase, que gravita en torno a la elaboración, aprobación y entrada en vigor del Acta Única Europea —cuyo objetivo fundamental era la compleción del mercado interior—, parece producirse un retroceso en cuanto a la adquisición por el orden público de unos contornos europeos así como de un contenido axiológico.

3.1. El caso *Adoui y Cornuaille* (C-115/81 y C-116/81)⁵⁶⁰.

Las autoridades administrativas de Bélgica denegaron a las señoras francesas Adoui y Cornuaille un permiso de residencia debido a que su trabajo, «camareras en un local de mala reputación» (apdo. 2), era contrario al orden público (belga). En el presente asunto

⁵⁵⁸ En el caso *Meijer*, en relación a la adaptación que deben llevar a cabo los nuevos Estados miembros para acomodarse al ordenamiento comunitario, el Abogado General Mayras afirma que «el orden público comunitario exige que dos de las Altas Partes Contratantes del Acta de adhesión, y no de las últimas, puedan acogerse a dicho “acervo comunitario”» (p. 831). El orden público comunitario equivale así a la propia lógica de funcionamiento de la UE. La expresión «y no de las últimas» obedece a una no muy afortunada traducción, y equivale, como se desprende de otras traducciones, a «y muy importantes» («*and relatively major ones at that*», «*e non fra le meno importante*», «*et non des moindres*»). Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Henri Mayras, presentadas el 22 de noviembre de 1978, asunto C-118/78, ECLI:EU:C:1978:207, p. 831 de la versión en castellano.

⁵⁵⁹ En el asunto *Van Landewyck/Comisión*, las demandantes consideraban que el secreto profesional era un «principio de orden público comunitario», aunque no concretaron el motivo ni éste recibió más atención por parte del TJCE. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Gerhard Reischl, asunto C-209/78, ECLI:EU:C:1980:177, apdo. 41.

⁵⁶⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados C-115/81 y C-116/81, *Adoui y Cornuaille/Estado belga*, de 18 de mayo de 1982, ECLI:EU:C:1982:183.

se manifiesta con claridad los efectos de un posible orden público comunitario autónomo, de una escala de valores propia europea que pudiera prevalecer sobre las concepciones particulares de los Estados y solucionar un conflicto jurídico en ausencia de una norma positiva.

La principal dificultad de este caso radicaba en que, de modo análogo a lo sucedido en *Van Duyn*, la prostitución no estaba prohibida en Bélgica. El Abogado General Francesco Capotorti aplicó por ello la doctrina sentada por el TJUE en el caso *Van Duyn* y estableció que «cabe invocar motivos de orden público en presencia de actividades no prohibidas por la ley, siempre que se trate de actividades antisociales contras las que las autoridades de un Estado miembro hayan definido su postura», es decir, «un comportamiento puede declararse contrario al orden público aunque no sea constitutivo de delito o de otro tipo de infracción»⁵⁶¹.

El orden público se configura, pues, como un concepto abstracto formado por valores, principios o intereses no necesariamente trasladados a normas jurídicas imperativas: «[E]s necesario, y suficiente, [con] que el interés general [...] se encuentre reflejado de alguna manera, aunque sea indirecta, en el ordenamiento jurídico interno» (apdo. 4 de las conclusiones). Siguiendo este razonamiento, un comportamiento no delictivo (la pertenencia a una secta o la prostitución) puede ser contrario al orden público, de la misma manera que un comportamiento delictivo puede, como sucedió en *Bonsignore*, no ser contrario al mismo: «[E]l hecho de que un individuo haya sido condenado por un determinado delito no basta para justificar la aplicación a dicho individuo de medidas de orden público» (apdo. 4 de las conclusiones).

No obstante, la sentencia del TJCE se aparta, en contra de lo que venía siendo habitual, del criterio fijado por el Abogado General y, en consecuencia, también de lo manifestado en *Van Duyn*. Así, afirma que

[u]n Estado miembro no puede, amparándose en la excepción de orden público contenida en los artículos 48 y 56 del Tratado, expulsar de su territorio a un nacional de otro Estado miembro o negarle la entrada en el mismo por un comportamiento que, cuando lo realizan sus propios

⁵⁶¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Francesco Capotorti, presentadas el 16 de febrero de 1982, asunto C-115/81, ECLI:EU:C:1982:60, apdo. 4. Ahora bien, las restricciones adoptadas por motivos de orden público no debían exceder de lo estrictamente necesario en el contexto de una «sociedad democrática», parámetro que, como se ha afirmado, procede del CEDH y que el Abogado General rescata del apartado 32 de *Rutili*.

nacionales, no da lugar a medidas represivas o a otro tipo de medidas reales y efectivas destinadas a combatir dicho comportamiento [apdo. 9 de la sentencia] [,]

y ello porque no se cumpliría con el requisito de la «amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad» fijado en *Bouchereau*: si representara tal amenaza, la prostitución estaría prohibida en Bélgica (apdo. 8 de la sentencia).

Lo que subyace a este cambio de criterio es un intento por *reestatalizar* el concepto de orden público y eliminar todo rasgo *comunitario* —aspecto en el que sí coinciden el TJCE y el Abogado General—: el TJCE afirma que «el Derecho Comunitario no impone a los Estados miembros una escala uniforme de valores en lo relativo a la apreciación de aquellos comportamientos que puedan considerarse contrarios al orden público» (apdo. 8 de la sentencia), y el Abogado General recuerda que «el Derecho Comunitario no define ni pretende definir de manera autónoma el orden público» (apdo. 3 de las conclusiones). De esta manera, justifica que la prostitución no esté prohibida en Bélgica pero, al mismo tiempo, le obliga a ser coherente con dicha decisión y permitir, por tanto, la residencia de Adoui y Cornuaille.

Como se ha afirmado, esta sentencia supone un punto de inflexión respecto a la doctrina sentada en *Van Duyn*, pues no sólo se rechaza la existencia de un orden público propio europeo, sino que se exige que, para que opere en el ámbito comunitario el orden público (estatal), es necesario que los valores, principios o intereses que porta en sí se encuentren manifestados en normas jurídicas, generales y abstractas, que no establezcan distinciones arbitrarias entre nacionales y extranjeros. Con esta nueva línea doctrinal, la vulneración del orden público requiere también la vulneración de una norma positiva.

3.2. El caso *Giménez Zaera* (C-126/86)⁵⁶².

El presente asunto no constituye *per se* una aportación considerable a la construcción del orden público comunitario, pero es representativa de un momento histórico y de un contexto determinado, el español, en los que se cuestionaba, tras la calificación efectuada por *Les Verts* del Tratado como «carta constitucional fundamental»⁵⁶³, la operatividad de

⁵⁶² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-126/86, *Giménez Zaera/Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social*, de 29 de septiembre de 1987, ECLI:EU:C:1987:395.

⁵⁶³ Como ya ha sido expuesto con anterioridad, el TJCE establecería en esta sentencia que «la Comunidad

sus disposiciones y, en concreto, de su dimensión axiológica o valorativa —incluyendo, por tanto, la de un hipotético orden público europeo—.

En el caso *Giménez Zaera*, primera cuestión prejudicial interpuesta por un órgano jurisdiccional español, se interrogó al TJCE si era posible la acumulación de una pensión de jubilación con el ejercicio activo de actividades en administraciones públicas u órganos constitucionales (apdo. 2). El órgano judicial español dudaba, en concreto, del significado de las proclamaciones de los Tratados sobre el objetivo de mejora del nivel de vida de la ciudadanía. Según el juez nacional, los arts. 2, 117 y 118 del Tratado «explicitan valores, como el rápido aumento del nivel de vida y la mejora de las condiciones de vida mediante la equiparación en el progreso, que constituyen otros tantos principios de orden público comunitario y por tanto son imperativos»⁵⁶⁴. La duda es razonable: el juez nacional considera que, dado que en el ordenamiento jurídico español los valores incluidos en el orden público son imperativos y determinan la acción de los poderes públicos, los valores proclamados en los Tratados deberían formar parte de un orden público comunitario y, por tanto, ser igualmente vinculantes para los poderes públicos.

El TJCE responde, en cambio, que los preceptos cuestionados establecen normas programáticas u objetivos, pero no derechos individuales: la realización de los objetivos del art. 2 del Tratado «debe ser el resultado del establecimiento del mercado común y de la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros» (apdo. 10), la «elevación acelerada del nivel de vida» es «un objetivo inspirador de la creación de la Comunidad Económica Europea» (apdo. 11) y los objetivos sociales enunciados en el art. 117 tienen un «carácter programático» (apdo. 14).

El hecho de que los valores proclamados en los Tratados sean considerados en este periodo como meros objetivos y no como valores jurídicos confirma la hipótesis trazada respecto al entendimiento del orden público en esta segunda fase como un concepto estrictamente estatal no trasladable a la esfera comunitaria, pues la inexistencia en la

Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado». Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-294/83, *cit.*, apdo. 23.

⁵⁶⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Federico Mancini, presentadas el 11 de junio de 1987, asunto C-126/86, ECLI:EU:C:1987:278, apdo. 4.

Comunidad de un sistema de valores jurídicos impide la afirmación de un orden público de naturaleza comunitaria⁵⁶⁵.

3.3. El caso *Hoffman* (C-145/86)⁵⁶⁶.

El caso *Hoffman* supone la confirmación de que, durante esta segunda fase, el TJUE decide reafirmar el orden público como un concepto estatal. El interés del asunto no radica tanto en la sentencia, en la que se interpreta y aplica el art. 27.1 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁵⁶⁷ a una ejecución de sentencia sobre pensión alimenticia, sino en las conclusiones del Abogado General.

En sus conclusiones, el Abogado Marco Darmon afirma que «corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales definir el contenido del orden público»⁵⁶⁸, desapareciendo, pues, la referencia al necesario control de las instituciones europeas sobre dicha dotación de contenido. Por ello, se limita a realizar una serie de observaciones generales respecto al art. 27.1 del Convenio, entre las que destaca la afirmación de que «las decisiones de índole patrimonial son “estadísticamente” ajenas al orden público» (apdo. 17 de las conclusiones). En efecto, dado que el orden público estatal no se vincula a consideraciones de naturaleza económica, ese mismo orden público, en el ámbito comunitario, tampoco puede incluir dichos asuntos.

⁵⁶⁵ No obstante, y alejándonos del caso planteado, si bien la mejora del nivel de vida de la ciudadanía es un principio programático y no un derecho subjetivo, deberíamos plantearnos si, como tal objetivo de la UE no meramente proclamado en su preámbulo sino concretado en preceptos de Derecho primario, debería impedir, o al menos dificultar, las medidas que restringen las prestaciones sociales y producen un efectivo empeoramiento del nivel de vida de la ciudadanía europea.

⁵⁶⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-145/86, *Hoffmann/Krieg*, de 4 de febrero de 1988, ECLI:EU:C:1988:61.

⁵⁶⁷ Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 299, 31.12.1972, p. 32. El Convenio forma parte del Derecho de la Unión, pues los Estados miembros lo suscribieron basándose en el art. 220 TCEE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-398/92, *Mund & Fester/Hatrex Internationaal Transport*, de 10 de febrero de 1994, ECLI:EU:C:1994:52, apdo. 12). El art. 27.1 del Convenio establece que «[l]as resoluciones no se reconocerán [...] [s]i el reconocimiento fuere contrario al orden público del Estado requerido».

⁵⁶⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Marco Darmon, presentadas el 9 de julio de 1987, asunto C-145/86, ECLI:EU:C:1987:358, apdo. 16.

3.4. Conclusiones de la segunda fase.

Tras una primera fase en la que la jurisprudencia del TJCE había insinuado la posible existencia de, al menos, una dimensión comunitaria del concepto de orden público y en la que se había sostenido que éste se caracterizaba por un contenido abierto y cambiante no incorporado necesariamente a normas positivas, las conclusiones que pueden extraerse de esta segunda fase son, en esencia, opuestas.

En primer lugar, el orden público se reafirma como un concepto estatal, y como tal opera en el ámbito comunitario. Ello implica que su contenido no muta ante conflictos interestatales; no asume, pues, la connotación economicista o mercantilista propia de los fines de la CEE.

En segundo lugar, el contenido del orden público es restringido y limitado a normas jurídicas positivas, aquéllas que representan los intereses fundamentales de la sociedad. Por consiguiente, tales intereses no podrán considerarse «fundamentales» y no podrán suponer una limitación a las libertades comunitarias si no se encuentran proclamados en normas positivas.

Finalmente, desaparece toda referencia a un orden público comunitario y, en consecuencia, a un posible papel de las instituciones comunitarias en la definición estatal del orden público.

4. Tercera fase (1991-1999). La apertura hacia un contenido axiológico en el concepto de orden público.

Frente a una primera fase jurisprudencial en la que el TJCE concibe el orden público como un concepto estatal sometido, en el ámbito europeo, a límites y contornos establecidos por el Derecho comunitario, y una segunda fase en que se reafirma el carácter estatal del concepto y se refuerza su vinculación con las normas jurídicas de Derecho positivo, en esta subsiguiente fase el concepto de orden público parece desprenderse paulatinamente de esta última consideración y se abre hacia un contenido de tipo axiológico, en el que se incluyen aspectos valorativos y, sobre todo, los derechos fundamentales.

Como se expuso en apartados anteriores, la doctrina científica contemporánea admite, desde diferentes perspectivas, la vinculación entre orden público y derechos fundamentales: bien porque el orden público se identifica con una situación de paz social caracterizada por el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales o bien porque el orden público es un núcleo axiológico dotado de contenido a través de los derechos fundamentales. No obstante, el reducido papel que los derechos fundamentales han jugado en la historia de la UE explica su deficitaria vinculación, hasta este momento, con el concepto de orden público comunitario. Ello cambiará a partir de la década de 1990, momento en que la reflexión alrededor de los derechos fundamentales como elemento legitimador del proyecto europeo provocará su traslado desde el preámbulo (Acta Única Europea) hasta el articulado de los Tratados (art. F del Tratado de Maastricht⁵⁶⁹). Este cambio de paradigma se reflejará también en la jurisprudencia del TJUE.

4.1. El caso *ERT* (C-260/89)⁵⁷⁰.

A pesar del derecho exclusivo en materia de televisión de que era titular la empresa helénica ERT, el ayuntamiento de Tesalónica constituyó una sociedad municipal de información a través de la cual difundía emisiones televisadas en su municipio. Respecto a la posible vulneración de la libre prestación de servicios, el TJCE establece que el artículo de referencia en este ámbito, el 59 TCEE⁵⁷¹, impide la creación de monopolios

de derechos exclusivos de difusión de emisiones propias y de retransmisión de emisiones procedentes de otros Estados miembros, cuando semejante monopolio entraña efectos discriminatorios en perjuicio de las emisiones procedentes de otros Estados miembros, a menos que esta normativa esté justificada por alguna de las razones indicadas en el artículo 56 [apdo. 26] [.]

⁵⁶⁹ En este sentido, ANGELINI apunta que el Tratado de Maastricht hizo posible que el «orden público exclusivamente comunitario» dejara de ser identificado con un «orden público económico» para empezar a vincularse a una unión política con objetivos de política exterior y de seguridad común y de realización de la ciudadanía europea. ANGELINI, F., *op. cit.*, p. 178.

⁵⁷⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-260/89, *ERT/DEP*, de 18 de junio de 1991, ECLI:EU:C:1991:254.

⁵⁷¹ «En el marco de las disposiciones siguientes, las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad serán progresivamente suprimidas, durante el periodo transitorio, para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación. El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá extender el beneficio de las disposiciones del presente Capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Comunidad». El art. 16.3 del Acta Única Europea había sustituido la unanimidad exigida por el TCEE para la previsión anterior por la mayoría cualificada.

precepto «que debe ser objeto de interpretación estricta» y según el cual «determinadas normas discriminatorias pueden estar justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas» (apdo. 24). Esto es, razones de orden público pueden justificar una restricción a la retransmisión de emisiones procedentes de otros Estados miembros en favor de las emisiones propias.

Por primera vez, el TJCE argumenta la concurrencia de las razones de orden público basándose en los derechos fundamentales. Así, tras recordar la doctrina de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, que se inspirará en las tradiciones constitucionales comunes y en instrumentos internacionales como el CEDH (apdo. 41)⁵⁷², afirma que

cuando un Estado miembro invoca los artículos 56 y 66⁵⁷³ para justificar una normativa que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación, prevista por el Derecho comunitario, debe interpretarse a la luz de los principios generales del Derecho y especialmente de los derechos fundamentales [apdo. 43].

En concreto, en relación con este caso,

las limitaciones impuestas a la facultad de los Estados miembros de aplicar las disposiciones contempladas por los artículos 56 y 66 del Tratado por razones de orden público, seguridad o salud públicas, deben apreciarse a la luz del principio general de la libertad de expresión, consagrada por el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos [apdo. 45].

El TJUE, en definitiva, erige a los derechos fundamentales como parámetro para la interpretación de una cláusula de orden público que puede limitar las libertades fundamentales. Se ubica así a los derechos fundamentales (en este momento, del CEDH) y a las libertades comunitarias en un mismo nivel interpretativo y ponderativo⁵⁷⁴.

⁵⁷² Vid. el epígrafe 3 del Capítulo 6.

⁵⁷³ «Las disposiciones de los artículos 55 a 58, ambos inclusive, serán aplicables a las materias reguladas por el presente Capítulo [capítulo 3 del título III de la segunda parte, relativo a la libre circulación de servicios]».

⁵⁷⁴ No obstante, finalmente el TJCE delegaría en el juez nacional la determinación de la solución definitiva del caso. Un asunto similar, en este caso con una respuesta más concreta en favor de un derecho fundamental, lo encontramos en *Orfanopoulos y Oliveri*. El objeto de interpretación de este asunto era el art. 39.3 TCE y el órgano *a quo* preguntaba cómo conciliar el derecho al respeto a la vida familiar del art. 8 CEDH con una expulsión de un nacional griego que residía desde los trece años en Alemania, donde había contraído matrimonio y tenido a tres hijas, dictada por motivos de orden público (fue condenado en varias ocasiones por infracciones de la legislación sobre estupefacientes y por haber cometido actos violentos). El TJUE responde que «el examen, efectuado caso por caso por las autoridades nacionales, de la eventual existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público y, en su caso, de dónde se sitúa el justo equilibrio entre los intereses legítimos en presencia debe hacerse dentro del respeto a los principios generales del Derecho comunitario» (apdo. 95) y, por tanto, «deben tenerse en cuenta los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia» (apdo. 97). En este sentido, destaca «la importancia de garantizar la protección de la vida familiar de los nacionales comunitarios con el fin de

4.2. El caso *Society for the Protection of Unborn Children Ireland (C-159/90)*⁵⁷⁵.

Durante el curso escolar 1989-1990 unas asociaciones estudiantiles difundieron en Irlanda información sobre clínicas ubicadas en el Reino Unido donde era posible la práctica de interrupciones médicas del embarazo. La *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, sociedad irlandesa de defensa de la vida humana desde el momento de la concepción, sometió el caso a los tribunales basándose en la prohibición del aborto y de la ayuda al mismo (en la que incluían la información) establecida en Irlanda, cuya Constitución proclamaba, en el art. 40.3, que «[e]l Estado reconoce el derecho a la vida del *nasciturus*».

Tras calificar la práctica legal del aborto como un «servicio» en el sentido del art. 60 TCEE (apdo. 21)⁵⁷⁶, el TJCE debía dilucidar a continuación si una hipotética prohibición de informaciones como las planteadas en el caso constituía una «restricción» a la libre

eliminar los obstáculos al ejercicio de los derechos fundamentales garantizados por el Tratado», por lo que «[e]xcluir a una persona del país en que viven sus parientes cercanos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar, tal como se encuentra protegido en el artículo 8 del CEDH, que forma parte de los derechos fundamentales que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, están protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario» (apdo. 98). Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, *Orfanopoulos y Oliveri*, de 29 de abril de 2004, ECLI:EU:C:2004:262. La Abogada General, por su parte, ubica a los derechos fundamentales en el razonamiento de la proporcionalidad de la restricción a una libertad comunitaria por razón de orden público. En su opinión, son cuatro los requisitos que dicha restricción debe reunir: «En primer lugar, se exige una “perturbación del orden público”. En segundo lugar, debe tratarse de una amenaza real y suficientemente grave. En tercer lugar, dicha amenaza debe afectar a un interés fundamental de la sociedad. En cuarto lugar, la medida del Estado miembro debe ser proporcionada» (apdo. 43 de las conclusiones). Respecto al requisito de la proporcionalidad, «[a]l margen de las disposiciones de la Directiva 64/221, las autoridades nacionales deben respetar además las disposiciones del CEDH» (apdo. 53 de las conclusiones). Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones de la Abogada General Christine Stix-Hackl, presentadas el 11 de septiembre de 2003, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, ECLI:EU:C:2003:455.

⁵⁷⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland/Grogan y otros*, de 4 de octubre de 1991, ECLI:EU:C:1991:378.

⁵⁷⁶ El art. 60 TCEE establecía: «Con arreglo al presente Tratado, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

Los servicios comprenderán, en particular:

- a) actividades de carácter industrial;
- b) actividades de carácter mercantil;
- c) actividades artesanales;
- d) actividades propias de las profesiones liberales.

Sin perjuicio de las disposiciones del Capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales».

prestación de servicios que, conforme al art. 59 TCEE, debiera ser suprimida progresivamente.

El TJCE llega a la conclusión de que, dado que las informaciones procedían de asociaciones estudiantiles no vinculadas con las clínicas británicas que practicaban abortos, constituían simples manifestaciones de la libertad de expresión y de información (apdo. 26), por lo que su prohibición, pese a que afectaba a dicho derecho fundamental a la libertad de expresión, no suponía una restricción a la libre prestación de servicios del art. 59 TCEE (apdo. 27). Por ello, el TJCE falla que

[e]l Derecho comunitario no se opone a que un Estado miembro en el que se prohíbe la interrupción médica del embarazo impida a las asociaciones de estudiantes difundir informaciones sobre la denominación y emplazamiento de clínicas establecidas en otro Estado miembro en las que se practica legalmente la interrupción voluntaria del embarazo y sobre los medios de entrar en contacto con dichas clínicas, cuando estas últimas no son en modo alguno responsables de la difusión de dichas informaciones.

Nos encontramos, de nuevo, con lo que hemos denominado previamente «elemento de confusión», a través del cual el TJCE evita el debate de fondo mediante la desviación de la argumentación hacia un elemento secundario. Según el razonamiento del TJCE, el motivo que justifica la prohibición de las informaciones no es una supuesta apelación al orden público irlandés, que podría exigir una determinada protección del *nasciturus* con base en el valor fundamental de la vida humana, sino el hecho de que la información (la publicidad) no procede de las clínicas, sino de asociaciones estudiantiles no vinculadas a ellas. Se trata de un «elemento de confusión» porque, además de evitar el verdadero debate acerca de una posible invocación al orden público irlandés como límite a la libre prestación de servicios, no permite establecer una regla general extrapolable a otros casos. En concreto, subsiste la duda de si sería aplicable el mismo criterio en caso de que la información procediera de las propias clínicas británicas, que se limitarían así a publicitar sus servicios en el territorio de la Comunidad.

A diferencia del TJCE, el Abogado General Walter van Gerven sí introduce en el debate el orden público. En su opinión, los ciudadanos comunitarios tienen derecho a recibir en el Estado del que son nacionales información sobre los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro, incluso «si la información procede de una persona que no es el propio prestador de servicios y que tampoco actúe por cuenta de este

último»⁵⁷⁷. Ello implica que, en principio, una normativa nacional (como la irlandesa) que obstaculice la circulación intracomunitaria de servicios deba estar prohibida por los arts. 59 y 60 del Tratado, salvo que estén «justificadas por razones imperiosas de interés general» (apdos. 21 de las conclusiones).

A tal efecto,

[t]anto la protección de la vida desde el momento de su concepción consagrada en la Constitución (y la prohibición del aborto inherente a ella) como la necesidad de impedir los abortos que de ella deriva [...] son considerados como pilares de la sociedad en el Estado miembro interesado [apdo. 26 de las conclusiones] [.]

por lo que la normativa irlandesa en cuestión persigue un objetivo

justificado en Derecho comunitario por cuanto tiene que ver con una opción política vinculada a consideraciones éticas y filosóficas cuya apreciación incumbe a los Estados miembros, para el cual pueden ampararse en el motivo de orden público enunciado en el artículo 56 del TCEE en relación con el artículo 66 [apdo. 26 de las conclusiones].

El Abogado General afirma, pues, que el concepto de orden público, que incluye las decisiones políticas respecto a cuestiones éticas y filosóficas, podría limitar una libertad comunitaria como la libre prestación de servicios. Se trata, además, de un orden público estatal:

Es indiscutible, a mi juicio, que valores que, por el lugar que ocupan en la Constitución, forman parte en un Estado miembro del «conjunto de valores superiores a los que una nación declara solemnemente adherirse» están comprendidos dentro del ámbito en el que los Estados miembros gozan de potestad de apreciación, potestad que cada Estado miembro ejerce «según su propia escala de valores, y en la forma que a tal efecto elija» (apdo. 26 de las conclusiones)⁵⁷⁸.

No obstante, el Abogado General conoce la jurisprudencia del TJCE sobre la dimensión comunitaria del orden público:

Si bien es cierto que estos conceptos [conceptos jurídicos como las «razones imperiosas de interés general» o el «orden público»] pueden ser definidos, en gran medida, por los Estados miembros, ello no impide, sin embargo, que deban justificarse y delimitarse de modo uniforme para el conjunto de la Comunidad en función del Derecho comunitario, es decir teniendo en cuenta asimismo los principios generales relativos a los derechos y libertades fundamentales que son parte integrante

⁵⁷⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Walter van Gerven, presentadas el 11 de junio de 1991, asunto C-159/90, ECLI:EU:C:1991:249, apdos. 18 y 19.

⁵⁷⁸ Así se pronunció el TJUE sobre la moralidad pública en Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-121/85, *Conegate/HM Customs & Excise*, de 11 de marzo de 1986, ECLI:EU:C:1986:114, apdo. 14.

del Derecho comunitario y cuyo respeto debe asegurar el Tribunal de Justicia [apdo. 31 de las conclusiones].

Ahora bien,

tratándose de la protección de la vida en gestación, no existe una concepción moral común a los Estados miembros ni en el interior de cada Estado miembro (salvo en lo que se refiere al respeto del derecho de la madre a la vida) de las condiciones en que se permite o debería permitirse el aborto. No existe tampoco jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que pueda aportar una orientación ni (salvo la misma excepción) jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos [...] [por lo que] procede atribuir un amplio margen de apreciación a cada Estado miembro. Esto se deduce igualmente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la potestad de apreciación atribuida a los Estados miembros cuando se trata de definir, dentro de los límites trazados por el Derecho comunitario, lo que debe entenderse por orden público y moralidad pública. Incumbe a cada Estado miembro definir estos conceptos conforme a la «propia escala de valores» [apdo. 37 de las conclusiones].

De este modo, el Abogado General llega a la conclusión de que el orden público — si bien debe someterse, en el nivel de la Comunidad Europea⁵⁷⁹, al filtro de los derechos fundamentales y puede justificar limitaciones al Derecho comunitario e incluso a sus libertades básicas— debe ser definido por las autoridades estatales porque refleja los valores esenciales de cada Estado.

4.3. El caso *Schindler* (C-275/92)⁵⁸⁰.

En el presente asunto se discute la conformidad con el art. 36 TCEE⁵⁸¹ —que permite las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito en caso de que exista una justificación basada, entre otros motivos, en el orden público, la moralidad y la seguridad públicas— de la normativa británica que prohíbe la importación de publicidad

⁵⁷⁹ La denominación «Comunidad Europea» fue establecida en el Tratado de Maastricht en sustitución de la de «Comunidad Económica Europea». A partir del Tratado de Lisboa, la denominación pasará a ser «Unión Europea».

⁵⁸⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-275/92, *H.M. Customs and Excise/Schindler*, de 24 de marzo de 1994, ECLI:EU:C:1994:119.

⁵⁸¹ «Las disposiciones de los artículos 30 a 34, ambos inclusive, no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros».

relativa a loterías celebradas legalmente en terceros Estados, justificada por la prohibición de la lotería, con carácter general, en dicho Estado miembro.

El TJUE falla que, en efecto, la legislación británica que prohíbe la publicidad en un Estado miembro de un servicio legalmente prestado en otro Estado miembro constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios, pero se trata de una restricción justificada «habida cuenta de las razones de política social y de prevención del fraude que la justifican» (apdo. 3 del fallo).

Las «razones de orden público, moralidad y seguridad públicas» del art. 36 TCEE que justifican la existencia de una restricción a la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios (en este caso, las loterías), se concretan en la necesidad de

prevenir los delitos y garantizar que los participantes en los juegos sean tratados honradamente; evitar que se estimule la demanda en el sector del juego, cuyo exceso tiene consecuencias sociales perjudiciales; velar por que las loterías no puedan organizarse para obtener un beneficio personal y comercial sino únicamente con fines benéficos, deportivos o culturales [apdo. 57]

e, incluso, «la protección del orden social» (apdo. 58). El TJUE opta así por una concepción axiológica del orden público: para impedir la aplicación de una norma comunitaria e, incluso, de una libertad fundamental, el Estado puede oponer un valor, un interés o una decisión político-social: la necesidad de preservar unos determinados valores morales y una concepción concreta del trabajo y el esfuerzo, así como, en menor medida, la prevención de problemas de tipo psicológico.

De esta sentencia se deduce, en primer lugar, que el orden público nacional puede actuar como límite a una libertad comunitaria y, en segundo lugar, que la prohibición de las loterías se considera incluido en un concepto de orden público que, de este modo, adquiere unos contornos esencialmente axiológicos.

4.4. Conclusiones de la tercera fase.

La tercera fase del desarrollo de la jurisprudencia del TJUE puede considerarse, en cierto modo, una etapa discordante del conjunto, dado que el tribunal no continúa la exposición de las líneas nucleares de su jurisprudencia sobre el orden público pero, en cambio, sí realiza una serie de pronunciamientos en que se vislumbran las conclusiones alcanzadas en la segunda fase. Nos referimos, en particular, a la consideración del orden público como un

concepto estatal, desvinculado de connotaciones comunitarias, que se erige en cláusula de defensa de los valores más esenciales del Estado que pueden oponerse a la aplicación, en dicho Estado miembro, del Derecho de la Unión. Se niega la posible existencia de un orden público comunitario porque no existe, en los términos del caso *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, «una concepción moral común».

En esta tercera fase se produce también una apertura respecto al contenido del orden público (estatal): frente a la concepción positivista de la segunda fase, según la cual sólo las normas positivas consideradas esenciales podían entenderse incluidas en el concepto, encontramos ahora una cierta vinculación entre el orden público y los derechos fundamentales e, incluso, los valores o intereses fundamentales de la sociedad: la libertad de expresión, el derecho a la vida o la prohibición de las loterías constituyen decisiones axiológicas que singularizan una sociedad y que, por ello, pueden oponerse a una normativa comunitaria que suponga una lesión a la «idiosincrasia valorativa» del Estado miembro.

Por otra parte, como también sucedía en la primera fase, junto a las sentencias analizadas en este apartado —las más significativas respecto al establecimiento de una conexión entre el orden público y los derechos fundamentales— encontramos otras menciones al orden público o al orden público comunitario en la jurisprudencia del TJUE que merecen, al menos, su mención, dado que revelan la consolidación del concepto como recurso argumentativo. Así, el orden público europeo puede referirse a la lógica de funcionamiento de la UE y, por tanto, como sinónimo de estabilidad y «paz jurídica» entre Estados Miembros⁵⁸²; puede considerarse también comprensivo del derecho de defensa⁵⁸³; como sinónimo de «orden público procesal», en referencia a un correcto

⁵⁸² En el caso *Comisión/Alemania*, la Comisión sostenía que el establecimiento por parte de un Estado miembro (Alemania) de una tasa a los vehículos pesados por la utilización de sus carreteras «constituye un trastorno intolerable del orden público comunitario» (apdo. 32), dado que los transportistas alemanes se beneficiaban de una reducción en un impuesto sobre vehículos del que no podían beneficiarse el resto de transportistas. Según la Comisión, «el establecimiento de esta tasa podría dar lugar a medidas de represalia por parte de otros Estados miembros, lo que haría ilusorio todo progreso hacia la realización de la política común de transportes» (ídem). El «orden público comunitario» se refiere, pues, al necesario equilibrio o estabilidad que debe mantenerse entre los Estados miembros y que les obligaría a tener en cuenta las consecuencias de cada medida adoptada para el proyecto comunitario. No obstante, dicha alegación no recibió respuesta por parte del TJUE. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, auto de 12 de julio de 1990, asunto C-195/90, ECLI:EU:C:1990:314.

⁵⁸³ En el caso *Hogan/Tribunal de Justicia*, la parte recurrente interpuso un recurso de casación contra la sentencia por la que el Tribunal de Primera Instancia había desestimado la anulación de las decisiones el

funcionamiento de las normas procesales⁵⁸⁴; o, finalmente, incluir la lucha contra las drogas como valor a promover a través del concepto de orden público⁵⁸⁵.

5. Cuarta fase (1999-2004). La entrada del Derecho de la Unión en el concepto de orden público.

En la cuarta fase jurisprudencial, que transita desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam hasta la aprobación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el Derecho de la Unión se introduce en el concepto de orden público. Hasta ahora, las diferencias entre las fases estudiadas se basaban en el contenido más o menos axiológico del orden público, pero no se discutía su naturaleza como concepto esencialmente estatal. En esta cuarta fase tampoco se discute la afirmación del orden público como categoría propia de los Estados miembros pero, a diferencia de las fases anteriores, empieza a adquirir un contenido propio en el ámbito europeo a partir de la

Tribunal de Justicia relativas a la retención efectuada sobre una parte de su retribución a raíz de un embargo, con base en una serie de irregularidades procedimentales y a «no haber constatado que el certificado de que no se había interpuesto recurso de apelación fue expedido vulnerando el derecho de defensa y, por consiguiente, en circunstancias contrarias al orden público comunitario» (apdo. 17). A pesar de que el TJUE no entró en el fondo del asunto por desestimar ante el incumplimiento de los requisitos de interposición del recurso de casación, el presente caso destaca porque el orden público comunitario es concebido como una síntesis de derechos fundamentales entre los que se encuentra el derecho de defensa. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, auto de 14 de diciembre de 1995, asunto C-173/95 P, ECLI:EU:C:1995:461.

⁵⁸⁴ Consideramos que la invocación que se efectúa en el caso *British Steel/Comisión* del orden público es excesivamente amplio, dado que se vincula a un correcto funcionamiento de las normas que regulan el proceso en el TJUE. Un coadyuvante incluyó en sus alegaciones dos argumentos que no aparecían en las alegaciones de la parte demandante y que sólo le beneficiaban a él. Ante dicha inclusión, el TJUE afirmó que «[l]a posibilidad, para una parte coadyuvante, de invocar, por un lado, determinadas disposiciones del Acuerdo EEE [Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo] y, por otro lado, una vulneración del principio de protección de su propia confianza legítima, en apoyo de las pretensiones de la parte demandante, que, en lo que a ella respecta, no había invocado dicho Acuerdo, en el marco de su motivo de anulación relativo a la violación del principio de protección de la confianza legítima, suscita una cuestión de orden público comunitario» (apdo. 68). La evidencia de que no nos encontramos ante una cuestión de orden público la encontramos en el hecho de que la solución del litigio consiste en una simple invocación de un precepto: «Según el párrafo segundo del artículo 34 del Estatuto del Tribunal de Justicia, las conclusiones de una demanda de intervención no podrán tener otro fin que apoyar las conclusiones de una de las partes del litigio» (apdo. 69), por lo que no son admisibles las alegaciones nuevas (apdo. 73). Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia T-243/94, *British Steel/Comisión*, de 24 de octubre de 1997, ECLI:EU:T:1997:159.

⁵⁸⁵ El TJUE afirmó, en el caso *Calfa*, que «un Estado miembro puede considerar que el consumo de estupefacientes constituye para la sociedad un peligro que puede justificar medidas especiales frente a los extranjeros que infrinjan la legislación sobre estupefacientes, con el fin de salvaguardar el orden público» (apdo. 22). Se trata de una utilización del concepto de orden público desde una dimensión axiológica, comprensiva de valores o intereses fundamentales de la sociedad. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-348/96, *Calfa*, de 19 de enero de 1999, ECLI:EU:C:1999:6.

consideración de determinadas normas de Derecho de la Unión como parte del concepto de orden público.

5.1. El caso *Eco Swiss (C-126/97)*⁵⁸⁶.

Eco Swiss representa uno de los casos más importantes de la jurisprudencia del TJUE sobre el orden público: por un lado, avanza en la construcción del concepto en el ámbito de la Unión; por otro lado, reconstruye el mismo y su importante papel en el ordenamiento jurídico a través de su vinculación con el proyecto económico que supone la UE. Revela, asimismo, una nueva tendencia que se iniciará en esta sentencia y que, junto con el que hemos denominado «elemento de confusión», manifiesta los temores del TJUE respecto a la elaboración de una construcción doctrinal constitucional en contra de los parámetros hermenéuticos tolerados por los Estados miembros. Esta tendencia consiste en la asunción como propia de la argumentación del Abogado General relativa al orden público pero la evitación a la utilización de los términos empleados por éste.

En 1986 la empresa Benetton celebró un contrato de licencia de marca por ocho años con Eco Swiss y Bulova Watch Company Inc. por el que Benetton y Bulova concedían a Eco Swiss el derecho a fabricar y comercializar relojes con la mención «Benetton by Bulova». Benetton demandó a las otras dos partes para obtener la anulación de los laudos arbitrales que le habían condenado por resolución unilateral del contrato y justificó su pretensión en motivos de orden público; en concreto, la vulneración del art. 85 TCE⁵⁸⁷, pues el contrato incluía un reparto del mercado: Eco Swiss no podría vender artículos de relojería en Italia ni relojes Bulova en los demás Estados miembros.

La aparente contradicción que deriva de fundar la ilegalidad de un contrato en el orden público, concepto abstracto y abierto, en vez de, de una manera directa, en un precepto como el art. 85 TCE se explica porque el Derecho neerlandés no permite la anulación de un laudo por simple vulneración de leyes, ni siquiera imperativas, sino sólo,

⁵⁸⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-126/97, *cit.*

⁵⁸⁷ Según su primer apartado, «[s]erán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior». El contenido del artículo ha permanecido invariable desde 1957, cambiando únicamente la numeración: art. 85 del TCEE originario, art. 81 TCE tras el Tratado de Ámsterdam y art. 101 TFUE tras el Tratado de Lisboa.

entre otras circunstancias excepcionales, por violación del orden público⁵⁸⁸. Con ello, el orden público quedaba configurado como una categoría de normas imperativas de especial trascendencia y, además, de carácter europeo, pues la norma procedía de un tratado comunitario.

El órgano *a quo* pregunta al TJUE si las normas de Derecho comunitario, en concreto en materia de competencia, pueden considerarse normas imperativas tan fundamentales que debieran quedar comprendidas en el orden público (apdo. 34 de las conclusiones). Para el Abogado General Antonio Saggio la competencia es un sector «en el que existe un interés general en el respeto de las normas con el fin de garantizar un funcionamiento correcto del mercado interno» (apdo. 35 de las conclusiones). Las normas sobre competencia son normas imperativas cuya eficaz aplicación forma parte de los «objetivos fundamentales de la Comunidad» (apdo. 36 de las conclusiones).

Por ello, a diferencia del órgano *a quo*, el Abogado General sí considera que las normas de Derecho comunitario en materia de competencia (en concreto, el art. 85 TCE) son normas de orden público: procede

insertar las normas comunitarias sobre la competencia, en particular la prohibición de las prácticas colusorias establecida en el artículo 85, en el ámbito de las normas de «orden público» y [...] ampliar el ámbito de aplicación de la disposición neerlandesa que permite el examen jurisdiccional del laudo también por motivos de «orden público comunitario» [apdo. 38 de las conclusiones].

La atribución a una norma del calificativo de orden público tiene, según el Abogado General, una consecuencia directa: la posibilidad de invocación de oficio por parte del órgano judicial: «[E]n razón de la naturaleza particular de normas imperativas que tienen las disposiciones comunitarias reguladoras de la competencia entre las empresas, no debe atribuirse excesiva importancia al comportamiento de las partes», porque si así fuera se correría el riesgo de producir «situaciones contrarias al interés común». Por eso, «la nulidad del contrato puede ser señalada por el Juez que debe controlar la validez del laudo incluso cuando, como en el presente caso, su función se limite a un control de mera legalidad» (apdo. 42 de las conclusiones).

⁵⁸⁸ Según el art. 1065.1.e) del Código de procedimiento civil neerlandés, entre los motivos por los cuales puede solicitarse la anulación de los laudos arbitrales se encuentra que el contenido del laudo o las condiciones en que se dicte sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Antonio Saggio, presentadas 25 de febrero de 1999, asunto C-126/97, ECLI:EU:C:1999:97, apdo. 2).

A diferencia de lo que sucedía en las fases anteriores, el Abogado General sí hace mención al «orden público comunitario». Ahora bien, no como concepto autónomo sino para referirse a un «contenido comunitario» (de normas de Derecho de la Unión) en el orden público. Así, el orden público permanecería como una categoría esencialmente estatal pero se admitiría la entrada en su contenido de disposiciones de Derecho de la Unión, lo que supone, en consecuencia, dotar al concepto de una dimensión económica (en este caso, en materia de Derecho de la competencia)⁵⁸⁹. Esta entrada en el orden público del Derecho de la Unión —un Derecho esencialmente positivo con escasas referencias axiológicas— produce, consiguientemente, una identificación del concepto con normas jurídicas positivas —que deben ser, además, imperativas—, y no tanto con valores y otros elementos abstractos.

El TJUE acoge en su sentencia la argumentación del Abogado General pero, en cambio, no menciona el «orden público comunitario». La sentencia enuncia el criterio que permitirá atribuir a una norma el rango de orden público: «[E]l artículo 85 del Tratado constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior» (apdo. 36). De este modo, el orden público comprende disposiciones (imperativas) dirigidas a la satisfacción de los objetivos de la Unión y, en concreto, el correcto funcionamiento del mercado interior.

Tras una compleja argumentación⁵⁹⁰, el TJUE concluye que el control del orden público debe incluir, además de las normas nacionales de orden público, la prohibición impuesta en el art. 85.1 TCE, es decir, normas comunitarias de orden público. El TJUE es consciente de la trascendencia de dicha afirmación —en definitiva, supone dotar de «contenido europeo» a un concepto esencialmente estatal— y de la importancia de que sea correctamente entendida. Para una mayor clarificación acude, pese a no haber sido alegado por ninguna parte, al Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras: «[E]l artículo 85 del

⁵⁸⁹ El Abogado General se refiere a este nuevo concepto como «orden público económico comunitario» (apdo. 38 de las conclusiones).

⁵⁹⁰ En el apartado 37 se establece que «[d]e ello se deduce que, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado».

Tratado puede considerarse una disposición de orden público en el sentido de dicho Convenio» (apdo. 39)⁵⁹¹, esto es, en el sentido de que forma parte del orden público de cada Estado miembro.

En esencia, es posible extraer tres conclusiones del caso *Eco Swiss*. En primer lugar, el orden público es un concepto estatal cuya definición corresponde al Estado miembro, pero tiene un contenido comunitario compuesto por disposiciones de Derecho de la Unión. Se recupera, en cierto modo, el espíritu de la jurisprudencia de la primera fase, que apuntaba a una connotación comunitaria del orden público, y que se había diluido en las dos fases siguientes.

En segundo lugar, el orden público está compuesto por «disposiciones fundamentales», esto es, por normas jurídicas positivas imperativas. Se desliga así el concepto de toda connotación axiológica y, en cierta medida, se retrocede respecto a lo afirmado en la tercera fase. Parece desprenderse de la argumentación que, dado que el ordenamiento jurídico de la Unión es un ordenamiento jurídico atípico, carente, en principio, de valores, principios y derechos, no puede existir un orden público que no esté compuesto por normas positivas. No obstante, FERACI considera que, si bien al referirse el TJUE al buen funcionamiento del mercado interior parece excluir la categoría de los derechos fundamentales de la noción de orden público de la UE, la referencia al carácter fundamental del principio admitiría una interpretación bastante amplia que permitiría incorporar al orden público la tutela de los derechos fundamentales de la persona⁵⁹².

Finalmente, el orden público, en su dimensión comunitaria, presenta un contenido esencialmente económico, debido a que las misiones confiadas a la Comunidad son fundamentalmente de naturaleza económica. Ésta constituye la aportación genuina de esta fase, pese a que el Abogado General Henri Mayras ya la había insinuado en la primera. Como consecuencia de la incorporación de un contenido comunitario al orden público, éste se dota de un contenido esencialmente económico, lo cual no era posible en un orden

⁵⁹¹ En concreto, invoca el art. V.2, según el cual «[t]ambién se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: [...] b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al *orden público de ese país* [cursiva nuestra]».

⁵⁹² FERACI, O., *op. cit.*, p. 386.

público preeminentemente estatal, pues el ordenamiento jurídico-constitucional no persigue, como tal, una finalidad económica.

5.2. El caso *Krombach* (C-7/98)⁵⁹³.

En cierta manera, el caso *Eco Swiss* provocó la apertura de un nuevo debate en torno al concepto de orden público en la Unión: su carácter autónomo respecto del orden público de los Estados miembros o, por el contrario —como se desprende de *Eco Swiss*—, su consideración como un orden público estatal comprensivo de disposiciones de Derecho comunitario. La cuestión es relevante, pues afirmar la existencia de un orden público europeo autónomo supone conferir una dogmática propia al ordenamiento jurídico de la Unión; por el contrario, la mera inclusión de disposiciones comunitarias en el concepto de orden público estatal sólo sería la consecuencia lógica de las relaciones entre ordenamientos. A este debate se suma el caso *Krombach*, en el que, sin embargo, se elude el tema de la naturaleza económica del orden público europeo para desplazarlo al de su conexión con los derechos fundamentales.

El doctor alemán Krombach suministró a Kalinka Bamberski, una chica francesa de catorce años residente en Alemania, una inyección de Kobalt-Ferrlecit, una sustancia con cobalto y hierro que le causó la muerte. El procedimiento seguido por homicidio contra Krombach en Alemania fue sobreseído por falta de pruebas, pero el padre de Kalinka, André Bamberski, consiguió que aquél fuera condenado en Francia por homicidio imprudente. La condena se produjo en rebeldía, lo que en Francia supone que, una vez declarada, los representantes legales del acusado no puedan asistir al juicio.

Bamberski solicitó a la jurisdicción alemana la ejecución de la sentencia; tras ser desestimado doblemente en vía interna, el caso llegó al Tribunal Supremo, que planteó una cuestión prejudicial de interpretación del art. 27.1 del Convenio de Bruselas de 1968⁵⁹⁴, según el cual las resoluciones⁵⁹⁵ no serán reconocidas si dicho reconocimiento fuera

⁵⁹³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-7/98, *Krombach*, de 28 de marzo de 2000, ECLI:EU:C:2000:164.

⁵⁹⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Antonio Saggio, presentadas el 23 de septiembre de 1999, asunto C-7/98, ECLI:EU:C:1999:446, apdos. 2 a 5.

⁵⁹⁵ Autos, sentencias, providencias, mandamientos de ejecución o fijación por el secretario judicial del importe de las costas del proceso (art. 25 Convenio).

contrario al «orden público del Estado requerido». El asunto se plantea, en principio, como un problema de Derecho internacional: el TJUE debe determinar si el orden público de Alemania impide la ejecución de una sentencia francesa dictada con una posible lesión al derecho de defensa del imputado. Nos encontraríamos, pues, ante un orden público estatal concretado en derechos fundamentales⁵⁹⁶.

En relación con la posible invocación al orden público alemán como cláusula para evitar la ejecución de la sentencia francesa, el TJUE recuerda la doctrina básica en la materia: la invocación excepcional del orden público y su determinación nacional aunque sujeta a un control de sus límites por el TJUE (apdos. 21 a 23)⁵⁹⁷. Asimismo, reproduce las líneas jurisprudenciales respecto a los derechos fundamentales en la Unión: forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, que se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y en instrumentos internacionales, en particular, el CEDH (apdo. 25).

A partir de estas dos consideraciones, el TJUE formula un nuevo criterio que permitirá dotar de contenido al orden público:

Sólo cabe aplicar la cláusula de orden público que figura en el artículo 27, número 1 del Convenio, en el caso de que el reconocimiento o la ejecución de la resolución dictada en otro Estado contratante choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental[, debiendo constituir dicho menoscabo] una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en ese ordenamiento (apdo. 37)⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶ Asimismo, el orden público también aparece en esta sentencia desde la perspectiva procesal, esto es, para hacer referencia a normas procesales de inexcusable observancia. Con carácter previo al aspecto que nos interesa a nuestros efectos, el TJUE tuvo que resolver un obstáculo procesal: los tribunales franceses habían tramitado el procedimiento penal porque se consideraron competentes en virtud de la nacionalidad francesa de la víctima; solución correcta conforme al Derecho nacional francés pero incorrecta según el Convenio de Bruselas. El TJUE no entra a conocer de esta excepción porque afirma que las normas procesales sobre competencia jurisdiccional no forman parte, según el apartado tercero del art. 28 del Convenio del orden público (apdo. 31). Según dicho art. 28.3, «[s]in perjuicio de lo dispuesto en el primer párrafo, no se podrá proceder al control de la competencia de los tribunales del Estado de origen; las reglas relativas a la competencia no se referirán al orden público previsto en el punto 1 del artículo 27».

⁵⁹⁷ El TJUE afirma que «si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante» (apdo. 23).

⁵⁹⁸ Una de las sentencias que coadyuvan en mayor medida a interpretar esta previsión es la dictada años después en el caso *Apostolides* (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-420/07, *Apostolides*, de 28 de abril de 2009, ECLI:EU:C:2009:271), precisamente porque fundamentó la desestimación del recurso en la no concurrencia de este criterio. La invasión turca del norte de Chipre de 1974 había obligado a la familia grecochipriota del señor Apostolides a abandonar su domicilio y a instalarse en la zona de la isla controlada

En este sentido, el «derecho a ser defendido [...] figura entre los derechos fundamentales que se desprenden de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» (apdo. 38) y, por tanto, «constituye un principio fundamental del Derecho comunitario» (apdo. 42). Así, el TJUE resuelve el caso basándose en el parámetro europeo de derechos fundamentales⁵⁹⁹ y no conforme al del «Estado requerido», como exigiría el art. 27.1 del Convenio:

por el gobierno de Chipre. Este inmueble fue adquirido de buena fe en 2002 por un matrimonio a un tercero que lo había comprado a las autoridades de la República Turca de Chipre del Norte. El matrimonio fue condenado por un tribunal de la zona bajo control gubernamental a demoler la casa de campo, la piscina y el cercado, a ceder al señor Apostolides la libre posesión del terreno y a indemnizarle. El matrimonio recurrió hasta la Court of Appeal británica para obtener la anulación de la resolución por la que se reconocía y ordenaba la ejecución de la sentencia chipriota. Entre las cuestiones planteadas por este órgano al TJUE se le pregunta si la cláusula de orden público del art. 34.1 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 —según el cual «[l]as decisiones no se reconocerán: si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido»— impediría el reconocimiento y ejecución de una sentencia dictada por los tribunales de un Estado miembro (Chipre) respecto a un inmueble sito en una zona de este Estado en la que el gobierno no ejerce un control efectivo (apdo. 53). El TJUE resuelve afirmando que no cabe invocar el orden público en este caso porque no existe «ningún principio fundamental del ordenamiento jurídico del Reino Unido que pudiera verse menoscabado con el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones controvertidas» (apdo. 61). A esta misma conclusión llega la Abogada General Juliane Kokott, quien da respuesta a las alegaciones de la Comisión y el matrimonio condenado acerca de que «el reconocimiento y ejecución de la resolución del Tribunal de Distrito de Nicosia podría ser contrario al “orden público internacional” si minara los esfuerzos de la comunidad internacional para encontrar una solución al problema chipriota» (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott, presentadas el 18 de diciembre de 2008, asunto C-420/07, ECLI:EU:C:2008:749, apdo. 101). No rechaza la Abogada la afirmación de la Comisión según la cual, a pesar de que el art. 34.1 sólo menciona el orden público del Estado miembro requerido, es posible «considerar que las razones del orden público internacional form[a]n parte, al mismo tiempo, del orden público nacional» (apdo. 104 de las conclusiones). Considera, sin embargo, que el componente internacional del orden público nacional (único contemplado en dicho precepto) viene determinado por los derechos fundamentales del CEDH: «[E]l Tribunal de Justicia ha creado efectivamente un vínculo entre los derechos fundamentales protegidos por el CEDH a nivel internacional y el orden público nacional. Por consiguiente, denegar el reconocimiento de una resolución extranjera es compatible con el artículo 34, número 1 del Reglamento n.º 44/2001 si exigencias de orden público nacional remedian una violación manifiesta de los derechos fundamentales consagrados en el CEDH» (apdo. 107 de las conclusiones). Sin embargo, en el presente caso no estaban implicados los derechos fundamentales, sino «exigencias de la política internacional en relación con el problema de Chipre» (apdo. 109 de las conclusiones) que, siendo importantes, no forman parte del orden público: «No cabe duda de que el mantenimiento de la paz y el restablecimiento de la integridad territorial de Chipre son bienes superiores. Pero es muy dudoso que estos objetivos puedan ser “una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o [...] un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento” en el sentido de la jurisprudencia Krombach» (apdo. 110 de las conclusiones).

⁵⁹⁹ Respecto a la sentencia *Krombach* y la jurisprudencia que la siguió, LENAERTS afirmaría que «*the notion of “national public policy” is “circumscribed” by both the principle of mutual trust and the Charter. This means, in essence, that national public policy must be consistent with European public policy, understood as a core nucleus of values with which all Member States must comply. EU fundamental rights protection stands centre stage in this core nucleus. Upholding that protection is essential in its own right, but it also operates as the ultimate guarantee of the primacy, unity and effectiveness of EU law*». LENAERTS, K., «La vie après l’avis: exploring the principle of mutual (yet but not blind) trust», en *Common Market Law Review*, n.º 54.3, 2017, p. 838.

[L]a aplicación de la cláusula del orden público es posible en [estos] casos excepcionales en los que las garantías establecidas en la legislación del Estado de origen y en el propio Convenio no bastan para proteger al demandado de una violación manifiesta de su derecho a defensa ante el tribunal de origen, tal como está reconocido por el CEDH [apdo. 44]⁶⁰⁰.

El TJUE no analiza el ordenamiento jurídico alemán para extraer de él un derecho de defensa aplicable al caso, como le correspondería según la doctrina que establece que son los Estados miembros quienes dotan de contenido al orden público y como, en consecuencia, planteó el conflicto el órgano *a quo* alemán⁶⁰¹. Ello nos sugeriría que el TJUE reconoce que, o bien existe un orden público comunitario superpuesto al orden público nacional que debería aplicarse siempre en sustitución de éste; o bien que existe un orden público comunitario incluido en el orden público estatal que debería ser aplicado en todos los casos de naturaleza comunitaria.

A diferencia del TJUE, que se refiere al orden público sin otro tipo de calificativo, el Abogado General Antonio Saggio sí toma partido en este debate, y lo hace en favor de un contenido comunitario en el orden público: en primer lugar establece que «el Convenio se refiere expresamente al orden público *nacional* del Estado requerido», por lo que «no corresponde al juez comunitario, sino al juez nacional, identificar las disposiciones del Derecho interno que tienen carácter de principios “de orden público” en el ordenamiento nacional» (apdo. 24 de las conclusiones).

Ahora bien, del mismo modo que los tribunales nacionales deben identificar los principios de Derecho interno que tienen la consideración de orden público, corresponde al TJUE identificar (o al menos interpretar) los principios de Derecho comunitario que también tienen la consideración de orden público: «[E]l juez comunitario únicamente está facultado para llevar a cabo tal análisis en el caso de que la norma de orden público del ordenamiento jurídico del Estado requerido tenga una fuente comunitaria, porque, en ese caso, la cuestión afecta esencialmente a una norma de Derecho comunitario» (apdo. 24 de

⁶⁰⁰ El TEDH estimó el recurso interpuesto por el señor Krombach y declaró que se habían vulnerado los arts. 6.1 y 6.3 CEDH y el art. 2 del Protocolo 7. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 29731/96, *Krombach c. Francia*, de 13 de febrero de 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0213JUD002973196.

⁶⁰¹ Así, el Abogado General afirmará que «[s]egún el órgano jurisdiccional nacional, las normas procesales francesas que prohíben la defensa del acusado rebelde violan los principios generales en los que se inspira el procedimiento en rebeldía en Derecho alemán. En el ordenamiento jurídico alemán, la defensa del acusado rebelde constituye un derecho fundamental, expresión del derecho más general de defensa» (apdo. 21 de las conclusiones).

las conclusiones). Configura así un orden público como un concepto único dotado de un doble contenido: estatal y comunitario.

5.3. El caso *Renault* (C-38/98)⁶⁰².

La sentencia dictada en el caso *Renault* supone una simple aplicación de la doctrina establecida por el TJUE en *Krombach* en relación con el orden público del art. 27.1 del Convenio de Bruselas de 1968. No obstante, adquieren una especial relevancia las conclusiones del Abogado General Siegbert Alber, en las que se discute el contenido económico o axiológico del orden público comunitario y su naturaleza como institución autónoma o incluida en el orden público estatal; como afirmó el Abogado General, en el presente asunto «se trata sobre todo y ante todo [...] de determinar si el concepto de orden público a efectos del artículo 27, número 1, del Convenio engloba también el Derecho Comunitario»⁶⁰³.

El nacional italiano Formento y su empresa Maxicar fueron condenados en Francia por un delito de falsificación al haber producido en Italia e importado al país galo piezas de recambio de imitación para automóviles de la marca Renault sin contar con su autorización como titular de los derechos de propiedad industrial. En esencia, Formento y Maxicar adujeron que la concesión de una protección tan elevada como la francesa a los derechos de propiedad industrial, en contra de los principios de libre circulación de mercancías y la libre competencia, atentaba contra el orden público (el «orden público en materia de Derecho económico» [apdo. 4]). Dicho planteamiento no es sino una aplicación de la doctrina sentada en *Eco Swiss*, esto es, el orden público como concepto de naturaleza esencialmente económica: la libre circulación de mercancías y la libre competencia impedirían, amparados por el orden público, la concesión de una protección jurídica sobre derechos de propiedad industrial como la planteada.

El TJUE considera que no existe un orden público comunitario entendido como una categoría autónoma, sino un orden público internacional propio de cada Estado en el que se incluye, junto a principios propios del ordenamiento jurídico del Estado miembro,

⁶⁰² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-38/98, *Renault*, de 11 de mayo de 2000, ECLI:EU:C:2000:225.

⁶⁰³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Siegbert Alber, presentadas el 22 de junio de 1999, asunto C-38/98, ECLI:EU:C:1999:325, apdo. 18.

principios de Derecho comunitario. Como en *Krombach*, recuerda que al Tribunal de Justicia no le corresponde definir el orden público, pues es un concepto esencialmente estatal, pero sí controlar los límites de su aplicación⁶⁰⁴, en cuanto la cláusula supone una restricción a los objetivos fundamentales del Convenio; en concreto, la libre circulación de resoluciones (apdo. 28).

En el caso concreto, el juez italiano considera que se ha podido vulnerar el orden público italiano por un error del tribunal francés: atribuir un derecho de propiedad intelectual a piezas de carrocería de vehículos automóviles. Según el TJUE,

el hecho de que este posible error se refiera a normas de Derecho comunitario no modifica los requisitos para invocar la cláusula de orden público. En efecto, corresponde al órgano jurisdiccional nacional garantizar con la misma eficacia la protección de los derechos establecidos por el ordenamiento jurídico nacional y los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario [apdo. 32].

Esto es, la activación de la cláusula de orden público del art. 27.1 del Convenio tiene por objeto la defensa no sólo del orden público nacional sino también de un orden público comunitario. El TJUE, finalmente, falla que no se ha producido vulneración del orden público.

Las conclusiones del Abogado General sí abordan los dos principales debates que sobre el orden público europeo se habían producido hasta el momento: su carácter autónomo o integrado en el orden público estatal y su contenido simplemente económico o dotado también de derechos fundamentales. Respecto al primero, mientras que para el gobierno neerlandés «es deseable que el concepto de orden público no sea definido por cada Estado individualmente, sino que constituya un concepto autónomo interpretado de manera uniforme en todos los Estados del Convenio» (apdo. 46), el Abogado General apuesta por un orden público comunitario integrado en el orden público estatal: «[E]ste concepto *contiene también* [cursiva nuestra] principios de Derecho comunitario» (apdo.

⁶⁰⁴ Consideramos que la diferencia entre «contenido» y «límites» del orden público sólo encuentra sentido si se atribuye al «contenido» el conjunto de valores, principios y/o derechos que forman parte del concepto de orden público (la libertad de establecimiento, la integridad de la persona, etc.), es decir, si se entiende como una operación de definición positiva; y a los «límites» las situaciones en que puede aplicarse dicho concepto, es decir, si se entiende como su operatividad. Ambos están estrechamente relacionados: el reconocimiento de una sentencia extranjera, como límite, depende del carácter más o menos prescindible del contenido. Siguiendo este razonamiento, según el TJUE los Estados miembros son los responsables de dotar de contenido al orden público, conforme a su propio Derecho, pero cuando aplican el Convenio de Bruselas de 1968 deben ajustarse a sus límites, esto es, a su finalidad: facilitar la libre circulación de sentencias.

58), lo que conduce además a reafirmar la competencia del TJUE para su interpretación⁶⁰⁵.

Dado que el concepto de orden público del art. 27.1 del Convenio

puede comprender también principios fundamentales del Derecho comunitario [...] el juez [nacional] competente puede dirigir al Tribunal de Justicia, cuando menos, cuestiones relativas al alcance del concepto de orden público en el Derecho comunitario, es decir, puede preguntar cuáles son los principios fundamentales del Derecho comunitario que forman parte del orden público de un Estado [apdo. 86].

Respecto al contenido del orden público comunitario, los demandantes Formento y Maxicar alegaron que los principios de la libre circulación de mercancías y la libre competencia forman parte del orden público comunitario, al que incluso se refieren como «orden público económico» (apdo. 36 de las conclusiones), que, de este modo, no queda reducido a aspectos morales y religiosos (apdo. 38)⁶⁰⁶. El gobierno francés, en cambio, considera que

la ejecutoriedad en toda la Comunidad de las sentencias sólo puede limitarse en el caso de que se cuestionen valores éticos, religiosos o morales. Tal es el caso, por ejemplo, de la protección de la integridad de la persona, pero desde luego no puede aplicarse a conceptos de Derecho económico comunitario [apdo. 45].

La Comisión afirma que el orden público no puede tener un contenido económico a través de un razonamiento singular: con carácter general, la atribución a un elemento del calificativo de orden público depende de su consideración como un aspecto importante o característico de un ordenamiento jurídico. En cambio, la Comisión no atiende a la naturaleza del elemento encuadrable en el contenido del orden público, sino a su operatividad: admite que el orden público es un concepto propio de cada Estado cuya invocación es necesaria cuando entran en contradicción los ordenamientos de dos Estados. En ese sentido, entiende que el ámbito económico no puede estar incluido en el orden público porque todos los ordenamientos de los Estados miembros tienen la misma regulación de la economía, la establecida por la UE, y, por tanto, nunca pueden surgir discrepancias:

⁶⁰⁵ Respaldo, en el caso del Convenio de Bruselas de 1968, por el art. 1 de su Protocolo, que le atribuye la competencia para decidir sobre la interpretación del mismo.

⁶⁰⁶ Apelan al Abogado General F. G. Jacobs, quien, en el caso *Van den Boogaard/Laumen*, había afirmado que las cuestiones económicas pueden afectar a los intereses fundamentales del orden público. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General F. G. Jacobs, presentadas el 12 de diciembre de 1996, asunto C-220/95, ECLI:EU:C:1996:495.

El Derecho comunitario regula, influye y permea todos los aspectos de la vida económica de los Estados miembros. Los principios que constituyen la base de las legislaciones nacionales e integran, en la práctica, la constitución económica europea, han de ser necesariamente comunes a todos los Estados miembros. Por tanto, no puede alegarse ninguna diferencia en los valores y principios de los Estados miembros que justifique el no reconocimiento de una sentencia [apdo. 56].

El problema surge, evidentemente, cuando lo que está en conflicto es un elemento no económico frente a otro de esta naturaleza. Sobre este segundo debate la opinión del Abogado General queda diluida, pero parece no atribuir un carácter absoluto al contenido económico del orden público: la libre circulación de mercancías no sería un principio irrenunciable porque «el propio Derecho comunitario establece restricciones por razones de orden público interno, que tiene un alcance más amplio que el orden público a efectos del Convenio» (apdo. 67).

5.4. El caso *Salzgitter (C-210/98 P)*⁶⁰⁷.

La importancia del presente asunto radica no tanto en la sentencia como en las valoraciones que realiza el Abogado General Jacobs respecto al contenido del orden público y las consecuencias de atribuir dicho calificativo a una norma.

La empresa Salzgitter AG había adquirido una empresa estatal de la antigua República Democrática Alemana, lo que le permitía solicitar una de las ayudas regionales para el sector de la siderurgia que habían sido autorizadas por la Comisión. La institución comunitaria, no obstante, declaró que dicha ayuda de Estado era incompatible con el mercado común y ordenó su devolución (apdo. 24). Entre los motivos de anulación no se encontraba el incumplimiento por parte del gobierno alemán del plazo de notificación de la ayuda a la Comisión, pese a que sólo por esta razón ya podía declararse ilegal el proyecto de ayuda⁶⁰⁸. Éste fue el motivo en que se basa el TJUE para desestimar el recurso de casación: el plazo de notificación «constituía un plazo de caducidad en el sentido de que impedía la aprobación de cualquier proyecto de ayuda notificado fuera de plazo» (apdo. 49). Por ello, «[p]or tratarse de una constatación relativa a la competencia de la Comisión,

⁶⁰⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-210/98 P, *Salzgitter/Comisión*, de 13 de julio de 2000, ECLI:EU:C:2000:397.

⁶⁰⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General F. G. Jacobs, presentadas el 30 de marzo de 2000, asunto C-210/98 P, ECLI:EU:C:2000:172, apdo. 70.

debe ser realizada de oficio por el Juez, aun cuando ninguna de las partes le haya pedido que lo haga» (apdo. 56) ni aun cuando el Tribunal de Primera Instancia tampoco lo hubiera invocado de oficio (apdo. 57).

A diferencia de las partes y del Tribunal de Primera Instancia, el Abogado General considera que la naturaleza del plazo de notificación (imperativa o administrativa) es decisiva para la resolución del litigio (apdo. 67 de las conclusiones). Sin embargo, dado que ninguna de las partes había planteado este motivo y no se había discutido en instancia, se interroga, tras haber determinado que el plazo de notificación es imperativo y de caducidad (apdo. 124 de las conclusiones), si el TJUE puede examinar esta circunstancia de oficio.

Con carácter general, el TJUE no puede estimar un motivo de casación no invocado por las partes, pero el Abogado General recuerda que la jurisprudencia del TJUE había admitido una excepción al respecto cuando existieran razones de orden público (apdo. 131 de las conclusiones)⁶⁰⁹. Lo que debía determinar a continuación era, pues, si el incumplimiento del plazo de notificación constituía un motivo de orden público (apdo. 133 de las conclusiones).

Dado que es difícil definir los «motivos de orden público», pues dependen de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico de que se trate, de las respectivas funciones que desempeñen las partes y el órgano jurisdiccional con arreglo a las normas de procedimiento aplicables, del tipo de órgano jurisdiccional que deba aplicar el concepto y del nivel en que se desarrolle el procedimiento [apdo. 134 de las conclusiones] [,] propone la formulación del siguiente criterio para determinar si una vulneración de una norma constituye un motivo de orden público que, como tal, pueda ser invocado de oficio. En primer lugar, «debe determinarse si la norma infringida pretende contribuir a un objetivo fundamental del ordenamiento jurídico comunitario y si desempeña un papel importante en la consecución de dicho objetivo» (apdo. 141 de las conclusiones). En segundo lugar, «debe determinarse si la norma infringida fue establecida en interés de terceros o de la colectividad en general, y no meramente en interés de las personas directamente afectadas» (apdo. 142 de las conclusiones). En tercer lugar, «la infracción de la norma debe ser manifiesta, lo que significa que tanto el Tribunal de Justicia como los

⁶⁰⁹ El Abogado General se refiere al caso *Comisión/Sytraval y Brink's France* (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-367/95 P, *Comisión/Sytraval y Brink's France*, de 2 de abril de 1998, ECLI:EU:C:1998:154, apdo. 67), que, a su vez, remite al caso *Comisión/Daffix*, al que a continuación nos referiremos.

terceros pueden detectar fácilmente la infracción e identificarla como tal» (apdo. 143 de las conclusiones).

El Abogado General considera que el caso reúne las tres condiciones (apdo. 144 de las conclusiones)⁶¹⁰, por lo que el Tribunal de Primera Instancia debería haber examinado de oficio el incumplimiento del plazo como un motivo de orden público, y así debía hacerlo el Tribunal de Justicia en sede de casación (apdo. 148 de las conclusiones).

Este caso introduce en nuestro análisis una nueva dimensión del orden público: se configura como una categoría de normas jurídicas de especial importancia (las que reúnan los tres requisitos fijados por el Abogado General Jacobs), entre las que se encuentra el correcto cumplimiento de los plazos procedimentales, a las que se atribuye la consecuencia del examen de oficio por parte del Tribunal de Justicia (apdo. 150 de las conclusiones)⁶¹¹. Se trata de un orden público absolutamente desligado de connotaciones axiológicas y económicas que se desplaza a la sede procesal para descargar en el TJUE la responsabilidad de la adecuada aplicación del Derecho de la Unión.

Con independencia de que se trate, en nuestra opinión, de una concepción de orden público excesivamente amplia y desnaturalizada, pues exigiría que sólo normas positivas

⁶¹⁰ En efecto, el Abogado General considera que la norma pretende regular las ayudas de Estado para evitar la competencia desleal, tiene por destinatarios a todas las empresas competidoras y, además, el incumplimiento del plazo fue fácilmente verificable (apdos. 145 a 147 de las conclusiones).

⁶¹¹ Esta consecuencia se predica, en particular, de determinados tipos de normas: en palabras de CORTHAUT, las reglas sobre competencia vertical (entre la UE y los Estados miembros) y horizontal (entre las instituciones de la UE), por un lado, y los requisitos procesales esenciales, por otro lado. CORTHAUT, T., *op. cit.*, p. 261. Un ejemplo de las reglas sobre competencia (en este caso, horizontal) lo encontramos en las conclusiones del Abogado General Mengozzi al caso *Common Market Fertilizers/Comisión*, según las cuales «la incompetencia del autor del acto impugnado debe [...] ser señalada de oficio por el juez comunitario» porque «[t]al incompetencia constituye un motivo de orden público». Para justificar que las normas sobre competencia son de orden público, recurre a los valores que las inspiran: «[L]as normas sobre competencia están dirigidas a garantizar un objetivo, o en cualquier caso un valor, fundamental del ordenamiento jurídico comunitario, a saber, el equilibrio institucional, [y] se establecen por norma general en interés de la colectividad en general». Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Paolo Mengozzi, presentadas el 1 de marzo de 2007, asunto C-443/05, ECLI:EU:C:2007:127, apdo. 103. Entre los requisitos procesales esenciales se encuentran, por ejemplo, la motivación suficiente y la independencia e imparcialidad del tribunal: el TJUE afirmó, en el caso *Comisión/Daffix*, que «una falta o una insuficiencia de motivación, que impidan dicho control jurisdiccional, constituyen motivos de orden público que pueden, e incluso deben, ser examinados de oficio por el Juez comunitario». Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-166/95 P, *Comisión/Daffix*, de 20 de febrero de 1997, ECLI:EU:C:1997:73, apdo. 24. Asimismo, también estableció que «[l]as garantías de acceso a un tribunal independiente e imparcial y, en particular, las que determinan tanto el concepto como la composición de éste, constituyen la piedra angular del derecho a un proceso justo» (apdo. 46) y, por tanto, «constituye un motivo de orden público que debe ser examinado de oficio» (apdo. 48). Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-341/06 P, *Chronopost y La Poste/UFEX y otros*, de 1 de julio de 2008, ECLI:EU:C:2008:375.

formaran parte del mismo, debemos señalar que la atribución a dichas normas de la posibilidad de ser invocadas de oficio por el órgano judicial —posibilidad ya enunciada por el Abogado General Saggio en *Eco Swiss*— constituiría un nuevo mecanismo de defensa del orden público que formaría parte de la dimensión negativa del concepto.

5.5. El caso *Países Bajos/Parlamento y Consejo (C-377/98)*⁶¹².

En contraposición radical al caso *Salzgitter*, el TJUE realiza en el presente asunto una aproximación hacia un concepto de orden público axiológico desvinculado de normas jurídicas positivas. Aunque el Abogado General Jacobs se refiere tangencialmente a una construcción europea del mismo⁶¹³, el interés de este caso se encuentra en la asunción por el TJUE de un concepto de orden público inédito hasta la fecha: el orden público como instrumento de protección de la dignidad humana.

El objeto del recurso era la Directiva 98/44/CE, sobre protección jurídica de las invenciones biotecnológicas⁶¹⁴, respecto de la cual Países Bajos había interpuesto un recurso de anulación dada «la reacción generada contra las manipulaciones genéticas de animales y vegetales y contra la concesión de patentes sobre los productos de procedimientos biotecnológicos que pueden favorecer tales manipulaciones» (apdo. 4). El orden público es invocado en dos motivos de anulación. En primer lugar, se arguye que la directiva genera incertidumbre porque «confiere a las autoridades nacionales competencias discrecionales para la aplicación de conceptos formulados en términos generales y equívocos, como los conceptos de orden público y moralidad que figuran en su artículo 6⁶¹⁵» (apdo. 35).

⁶¹² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-377/98, *Países Bajos/Parlamento y Consejo*, de 9 de octubre de 2001, ECLI:EU:C:2001:523.

⁶¹³ Afirma que «el poder discrecional del Estado miembro para determinar el concepto de moralidad pública conforme a su propia escala de valores, así definido por el Tribunal de Justicia hace más de veinte años, quizá debería considerarse ahora con una cierta cautela. En este ámbito, como en muchos otros, los principios comunes evolucionan a lo largo de los años. Puede que la dimensión ética de algunos de los asuntos básicos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva se incluya ahora, con más criterio, dentro de los principios comunes». Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General F. G. Jacobs, presentadas el 14 de junio de 2001, asunto C-377/98, ECLI:EU:C:2001:329, apdo. 102.

⁶¹⁴ Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, DO L 213 de 30.7.1998, p. 13.

⁶¹⁵ De acuerdo con su primer apartado, «[q]uedarán excluidas de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad, no pudiéndose considerar como tal la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria».

Ante esta alegación, el TJUE aplica su doctrina sentada en la tercera fase⁶¹⁶, según la cual el orden público (estatal) constituye una cláusula de protección de los valores nacionales esenciales y, como tales, deben ser determinados por los Estados miembros: «[N]o cabe duda de que dicha disposición reconoce a las autoridades administrativas y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros un amplio margen de maniobra para la aplicación de este criterio de exclusión» (apdo. 37). Este margen de maniobra

es necesario para tener en cuenta las dificultades concretas que puede ocasionar la explotación de determinadas patentes en el contexto social y cultural de cada Estado miembro, contexto para cuya comprensión las autoridades nacionales, legislativas, administrativas y judiciales, se encuentran mejor situadas que las autoridades comunitarias [apdo. 38].

Debe advertirse que el considerando 39 de esta directiva considera que «el orden público y la moralidad se corresponden, en particular, con los principios éticos y morales en un Estado miembro», lo que denota un contenido axiológico cuya concreción recae en el Estado miembro en cuestión.

En segundo lugar, el orden público aparece como un mecanismo de protección de la dignidad de la persona. Así, el demandante alega que «la patentabilidad de elementos aislados del cuerpo humano, que se deriva del artículo 5, apartado 2 de la Directiva⁶¹⁷, equivale a una instrumentalización de la materia viva humana, contraria a la dignidad del ser humano» (apdo. 69). Tras afirmar su competencia en materia de tutela de los derechos fundamentales, a los que se refiere como «principios generales del Derecho Comunitario» (apdo. 70)⁶¹⁸ — pese a que ya se había proclamado la CDFUE —, el TJUE concluye que «[e]l respeto de la dignidad humana queda, en principio, garantizado por el artículo 5, apartado 1, de la Directiva⁶¹⁹, que prohíbe que el cuerpo humano, en los diferentes estadios de su constitución y de su desarrollo, pueda constituir una invención patentable» (apdo. 71).

El TJUE también se refiere al art. 6 de la directiva, que

⁶¹⁶ Para un repaso general de la doctrina del TJUE sobre el orden público, *vid.* los apdos. 95 a 102 de las conclusiones.

⁶¹⁷ «Un elemento aislado del cuerpo humano u obtenido de otro modo mediante un procedimiento técnico, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen, podrá considerarse como una invención patentable, aun en el caso de que la estructura de dicho elemento sea idéntica a la de un elemento natural».

⁶¹⁸ En cambio, el Abogado General Jacobs sí invoca la CDFUE (apdo. 197 de las conclusiones).

⁶¹⁹ «El cuerpo humano en los diferentes estadios de su constitución y de su desarrollo, así como el simple descubrimiento de uno de sus elementos, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen, no podrán constituir invenciones patentables».

proporciona una garantía adicional, por cuanto califica de contrarios al orden público o a la moralidad y, por tanto, de no patentables los procedimientos de clonación de seres humanos, los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano y las utilizations de embriones humanos con fines industriales o comerciales. El trigésimo octavo considerando de la Directiva precisa que esta lista no es exhaustiva y que aquellos procedimientos cuya aplicación suponga una violación de la dignidad humana deben también quedar excluidos de la patentabilidad [apdo. 76].

Quiere ello decir que el orden público (también la moralidad) supone la articulación jurídica de un mecanismo de protección de la dignidad de la persona: la cláusula de orden público del art. 6.1 de la directiva podría impedir así las manipulaciones genéticas contrarias a la dignidad humana.

Este caso refleja, en fin, la asunción por parte de la normativa europea de una concepción del orden público como institución estatal de defensa de los valores esenciales del ordenamiento del Estado miembro, que actúa, además, en protección de la dignidad humana. Esta concepción abstracta del orden público es compartida por el Abogado General Jacobs, que incluye también en el orden público, por ser «uno de los intereses fundamentales de la sociedad», la preservación del medio ambiente (apdo. 109 de las conclusiones).

5.6. El caso *Schmidberger* (C-112/00)⁶²⁰.

El caso *Schmidberger* destaca en esta cuarta fase jurisprudencial porque, en primer lugar, considera los derechos fundamentales como parte del orden público y, en segundo lugar, los prioriza en su ponderación con las libertades comunitarias básicas.

Una concentración con fines medioambientales no prohibida por las autoridades austríacas competentes había provocado el bloqueo total de la circulación de la autopista de Brenner durante casi treinta horas. Pese a que la asociación organizadora había cumplido todas las formalidades, la empresa de transportes alemana Schmidberger demandó a la República de Austria porque cinco de sus camiones no pudieron utilizar la autopista afectada. En el procedimiento ante el Tribunal Austria se apoyó en el art. 30

⁶²⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-112/00, *Schmidberger*, de 12 de junio de 2003, ECLI:EU:C:2003:333.

TCE⁶²¹, que permitía excepcionar los arts. 28⁶²² y 29⁶²³ para admitir las «prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas», entre otras causas.

Como manifestó el Abogado General, «éste es el primer caso en el que un Estado miembro ha invocado la necesidad de proteger derechos fundamentales para justificar una restricción a una de las libertades fundamentales del Tratado»⁶²⁴. Es decir, por primera vez un órgano judicial *a quo* había dotado al orden público de derechos fundamentales y pretendía que, como tal orden público, pudiera limitar una libertad comunitaria.

El asunto se planteaba así como una ponderación:

[E]s importante determinar, en primer lugar, si el principio de libre circulación de mercancías [...] obliga a un Estado miembro a garantizar el libre acceso a las principales vías de tránsito y si dicha obligación prevalece sobre los derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión y la libertad de reunión, garantizados por los artículos 10 y 11 del [CEDH] [apdo. 20].

A tal efecto, el TJUE recuerda que «la libre circulación de mercancías constituye uno de los principios fundamentales de la Comunidad» (apdo. 51) y establece que la concentración enjuiciada constituía una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas (apdo. 64) pero, dado que «no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos» (apdo. 73), concluye que

la protección de tales derechos constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías [apdo. 74].

El TJUE, por tanto, argumenta su decisión con base en los derechos fundamentales, pero en ningún momento menciona al orden público, pese a que el parámetro legal que

⁶²¹ «Las disposiciones de los artículos 28 y 29 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros».

⁶²² «Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente».

⁶²³ «Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la exportación, así como todas las medidas de efecto equivalente».

⁶²⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General F. G. Jacobs, presentadas el 11 de julio de 2002, asunto C-112/00, ECLI:EU:C:2002:437, apdo. 89.

permite la invocación de tales derechos es el art. 30 del Tratado. Tampoco el Abogado General Jacobs se atreve a hacer esta identificación:

[E]l Tribunal de Justicia estableció, en la sentencia ERT⁶²⁵, que un Estado miembro que invoque una de las justificaciones aceptadas (como razones de orden público, seguridad pública o salud pública) para restringir una libertad fundamental consagrada en el Tratado (por ejemplo, la libre prestación de servicios) debe respetar los derechos fundamentales reconocidos en el Derecho comunitario [apdo. 92 de las conclusiones].

En cualquier caso, nos encontramos ante uno de los escasos casos en que el TJUE prima los derechos fundamentales —en este caso la libertad de reunión y manifestación— sobre las libertades comunitarias⁶²⁶.

5.7. Conclusiones de la cuarta fase.

Tras el análisis de las sentencias más representativas de lo que hemos calificado como cuarta fase del desarrollo jurisprudencial del concepto de orden público, podemos llegar a las siguientes dos conclusiones.

En primer lugar, se descarta la existencia de un orden público europeo autónomo: el TJUE y los Abogados Generales reconocen abiertamente que la cláusula de orden público presente en los Tratados y otras normas de Derecho derivado es única, esto es, existe un

⁶²⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-260/89, *cit.*

⁶²⁶ Un caso análogo y contemporáneo al de *Schmidberger* es el de *García Avello* (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-148/02, *García Avello*, de 2 de octubre de 2003, ECLI:EU:C:2003:539), en el que también el orden público —si bien sustituido aquí por el concepto de «orden social»— se erige en una cláusula estatal de protección de los valores nacionales frente a la aplicación de determinada normativa comunitaria, aunque en este asunto adquiere unos contornos especiales: frente a la clásica confrontación entre orden público y libertades económicas comunitarias, en *García Avello* se contraponen una costumbre o práctica estatal con un derecho subjetivo comunitario, el derecho a los apellidos únicos en toda la UE. El señor español García Avello y la señora belga Weber pretendían que sus dos hijos fueran inscritos en los registros españoles y belgas con los apellidos que les correspondían conforme a la normativa española (García Weber), y no conforme a la normativa belga (los apellidos del padre: García Avello) (apdos. 13 a 15). Las autoridades belgas lo rechazaron porque «el principio de inmutabilidad del apellido constituye un principio fundamental del orden social» (apdo. 40). Esto es, Bélgica oponía su orden público para salvaguardar un principio que consideraba esencial: la inmutabilidad de los apellidos. Sin embargo, el TJUE rechaza dicho argumento apelando al estatuto de ciudadano de la Unión (art. 17 TCE) y al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (art. 12 TCE): la «disparidad de apellidos puede causar graves inconvenientes para los interesados», pues les situaría en inferioridad respecto a los que sólo tienen la nacionalidad belga (apdo. 37). Además, como señala el Abogado General, la nueva ciudadanía de la Unión permite aplicar el principio de no discriminación sin necesidad de demostrar «la existencia de una interferencia concreta con una libertad económica específica» (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General F. G. Jacobs, presentadas el 22 de mayo de 2003, asunto C-148/02, ECLI:EU:C:2003:311, apdo. 61). Nos encontramos de este modo ante una utilización de la cláusula de orden público para la preservación de un derecho fundamental según una determinada concepción del mismo en un Estado miembro.

único concepto de orden público cuya concreción corresponde a los Estados miembros. Ahora bien, dicho concepto de orden público debe incluir un contenido de Derecho comunitario, lo que se aprecia de manera evidente en *Eco Swiss, Krombach y Renault*. En consecuencia, dado que el Derecho comunitario presenta un contenido esencialmente económico, también el orden público puede ser considerado un «orden público económico», tal y como aparece caracterizado en *Eco Swiss* y como subyace en *Renault y Salzgitter*.

En segundo lugar, mayor interés despierta lo apreciable en relación con el ensanchamiento del contenido del orden público. En efecto, por un lado se incluye en el concepto de orden público concretas disposiciones de Derecho de la Unión (destacan en este sentido *Eco Swiss y Salzgitter*), de modo que el orden público se concebiría así como una selección de las normas jurídicas positivas que encarnan los intereses más esenciales para un ordenamiento jurídico; por ejemplo, la normativa procesal —que puede ser invocada de oficio por parte del órgano judicial sin necesidad de alegación previa por las partes—, que garantiza en última instancia la lucha contra la competencia desleal.

Sin embargo, en otras ocasiones, coincidiendo temporalmente con la preparación y proclamación, el 7 de diciembre de 2000, de la CDFUE⁶²⁷, el orden público adquiere un perfil de tipo axiológico e incluye valores, principios y derechos fundamentales —que llegan a concebirse como parámetro de interpretación y aplicación del global Derecho de la Unión— (*Krombach y Schmidberger*) e, incluso, se vincula el orden público con la tutela de la dignidad (*Países Bajos/Parlamento y Consejo*).

En definitiva, durante los cinco años en que transcurre esta fase se aprecia una intensificación en el empleo de la categoría de orden público, que adquiere unos contornos o contenidos propios en el ámbito del Derecho de la Unión y que incluye tanto normas jurídicas de Derecho positivo como valores, principios y derechos fundamentales.

⁶²⁷ Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, DO C 364 de 18.12.2000, p. 1. La CDFUE también es conocida como «Carta de Niza» porque su proclamación se produjo el 7 de diciembre de 2000 durante el Consejo Europeo celebrado en esta localidad francesa.

6. Quinta fase (2004-2010). El orden público y la defensa de los valores nacionales contra el Derecho de la Unión.

La quinta fase de este análisis jurisprudencial cubre una de las etapas de mayor reflexión introspectiva de la historia del proyecto comunitario, la producida tras el fracaso del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y que daría lugar al Tratado de Lisboa de 2007. Pese a la intensificación del debate europeo, en ella asistimos, sin embargo, a un reforzamiento de la naturaleza estatal del concepto de orden público y a su operatividad como instrumento de conflicto internormativo entre los sistemas de valores propios de los Estados miembros y la aplicación del Derecho de la Unión. Efectivamente, si en fases anteriores el orden público había quedado perfilado como un concepto estatal con un mayor o menor control y contenido propio de la Unión, en las sentencias que a continuación se analizarán, sin rechazar la anterior caracterización e incluso profundizando en ella, se aprecia un cierto predominio de la tendencia de los Estados miembros a invocar su propio orden público para impedir la aplicabilidad de normas europeas, incluyendo de las libertades más básicas de la Unión.

6.1. El caso *Omega* (C-36/02)⁶²⁸.

Omega era una sociedad alemana que explotaba en Bonn un «laserdromo», es decir, una instalación en la que se juega a disparar a personas mediante láseres en forma de pistolas ametralladoras. Esta actividad, conocida como «laser-sport», fue prohibida por la autoridad gubernativa de Bonn porque «los juegos desarrollados en el establecimiento [...] constituían un peligro para el orden público, dado que los homicidios simulados y la banalización de la violencia a la que conducen vulneran los valores fundamentales preponderantes en la opinión pública» (apdo. 7), en concreto, la dignidad humana (apdo. 12). La mercantil alemana oponía, por su parte, la libre prestación de servicios y mercancías, pues importaba los elementos del juego desde el Reino Unido, donde el «laser-sport» era legal. Se trata de un conflicto, por tanto, entre el orden público de un Estado

⁶²⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-36/02, *Omega*, de 14 de octubre de 2004, ECLI:EU:C:2004:614.

miembro, concretado en su particular valoración de la dignidad humana, y una libertad comunitaria.

El órgano *a quo* pregunta al TJUE si es necesaria una *opinio iuris* común a todos los Estados miembros para que uno de ellos pueda limitar libertades fundamentales garantizadas por el Tratado (apdo. 23). En esencia, el juez nacional desea saber si la cláusula de orden público del art. 46 TCE⁶²⁹ constituye, como restricción justificada a la libre prestación de servicios, un mecanismo estatal de oposición a la aplicación de la normativa comunitaria o si, por el contrario, es un concepto comunitario que ha de dotarse de una concepción homogénea de valores fundamentales.

El TJUE recuerda la doctrina sentada en *Van Duyn y Bouchereau*: el concepto de orden público no puede ser determinado unilateralmente por el Estado sin control por parte de las instituciones de la Comunidad (apdo. 30). Ahora bien, dado que

las circunstancias específicas que pueden justificar el recurso al concepto de orden público pueden variar de un país a otro y de una época a otra, [...] hay que reconocer a las autoridades nacionales competentes un margen de apreciación dentro de los límites impuestos por el Tratado [apdo. 31].

Por ello, «no es indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido» (apdo. 37). Esto es, el TJUE niega la existencia de un orden público europeo como parámetro axiológico común y permite que una concepción del orden público de un Estado miembro (el concreto entendimiento de la dignidad humana en Alemania), no compartida por los demás, constituya una restricción a las libertades comunitarias fundamentales.

Por el contrario, la Abogada General Christine Stix-Hackl se plantea, por primera vez en el ámbito del TJUE, la existencia de un orden público europeo como un concepto autónomo dotado de valores propios de la Unión. Propone, en este sentido, dos escenarios de análisis. En un primer posible escenario, la concepción del orden público del Estado

⁶²⁹ «Las disposiciones del presente Capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, adoptará directivas para la coordinación de las mencionadas disposiciones».

miembro no coincide con la de los demás Estados miembros. En tal caso, el juez nacional puede invocar el orden público estatal para limitar una libertad comunitaria conforme al art. 46 TCE: «[L]a existencia de un planteamiento jurídico común a los Estados miembros en relación con la protección del orden público no constituye un requisito necesario para que pueda haber dicha justificación» (apdo. 71).

En un segundo posible escenario, esta concepción es compartida, en cuyo caso no nos encontraríamos ante un mecanismo estatal de defensa del orden público nacional, sino ante un mecanismo de naturaleza comunitaria:

[S]i de dicho examen se desprende que la medida nacional restrictiva de que se trata se basa en una valoración de la protección nacional de los derechos fundamentales que se corresponde con un planteamiento jurídico común a los Estados miembros, (también) de la protección comunitaria de los derechos fundamentales podría derivarse un mandato de protección equivalente, lo que, desde un punto de vista metodológico, tendría como consecuencia que ya no debería examinar si la medida nacional debe considerarse como una excepción admisible —por estar justificada— a las libertades fundamentales consagradas por el Tratado, sino más bien —de acuerdo con la fórmula utilizada en la sentencia *Schmidberger*— «la necesaria conciliación de las exigencias de la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad con las que se derivan de una libertad fundamental consagrada por el Tratado»⁶³⁰.

Es decir, si sobre un determinado derecho los Estados miembros comparten una misma concepción, nos encontraríamos ante un orden público estrictamente europeo cuya función sería erigirse en cláusula de limitación a las libertades comunitarias desde los propios parámetros europeos, esto es, desde la concepción homogénea de los derechos fundamentales.

Este nuevo orden público europeo transitaría desde una relación vertical, en la que se enfrentarían los intereses estatales con los intereses comunitarios, a una relación horizontal donde se produciría un conflicto entre los derechos fundamentales (la protección de la persona) y las libertades comunitarias (la *ratio* económica). De este modo, a diferencia de lo que posteriormente realizaría el TJUE, la Abogada General aplica un enfoque comunitario al problema y no analiza la dignidad humana desde la perspectiva del ordenamiento alemán, sino desde la visión del Derecho de la Unión:

⁶³⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones de la Abogada General A. Christine Stix-Hackl, presentadas el 18 de marzo de 2004, asunto C-36/02, ECLI:EU:C:2004:162, apdo. 72.

[C]onviene apreciar la medida nacional de que se trata a la luz del Derecho comunitario. Este examen presupone una interpretación del supuesto de justificación de orden público invocado por el Estado miembro, conforme con la importancia y el alcance que tiene la dignidad humana en el ordenamiento jurídico comunitario. En este contexto, resulta significativo el hecho de que se haya reconocido la protección de la dignidad humana como principio general del Derecho y, por ende, como parte del Derecho primario [apdo. 93 de las conclusiones].

En consecuencia, la Abogada General considera que la medida alemana está justificada no conforme a su orden público, sino conforme al orden público europeo:

En el presente asunto, el planteamiento común a los Estados miembros no debe verse, en particular, en la configuración concreta —nacional— de la protección de la dignidad humana [...] sino en la coincidencia fundamental de los valores por lo que respecta a la posición que debe ocupar la dignidad humana en el respectivo Derecho [apdo. 107 de las conclusiones].

Esto es, el orden público europeo no trataría de atribuir a cada derecho fundamental un juicio valorativo concreto, sino que actuaría como un parámetro ponderativo de los valores implicados en el caso.

En definitiva, la Abogada General considera que la medida adoptada por Alemania es correcta desde el prisma europeo porque, «[t]eniendo en cuenta la importancia fundamental que tiene la dignidad humana en el ordenamiento jurídico comunitario, las circunstancias descritas por el órgano jurisdiccional remitente abogan a favor del reconocimiento de la existencia de la amenaza para intereses fundamentales de la sociedad» (apdo. 108 de las conclusiones).

Este planteamiento, sin embargo, ignora la compatibilidad de la permisión del «laser-sport» en algunos Estados miembros (*v. gr.* Reino Unido, Estado miembro de la UE en ese momento) con el orden público europeo tal y como lo define en este caso. Y es que, en efecto, pese a lo afirmado por la Abogada General, la concepción alemana de la dignidad no coincide con la existente en otros Estados miembros, no siendo posible extraer de dicha concepción un parámetro europeo homogéneo, posición que parece asumir el TJUE al resolver el asunto no con base en este orden público europeo descrito por la Abogada General, sino con fundamento en el orden público alemán.

6.2. El caso *Mostaza Claro* (C-168/05)⁶³¹.

La empresa Centro Móvil Milenium S. L. inició un procedimiento arbitral contra la señora española Mostaza Claro por incumplimiento del plazo mínimo de abono de un contrato de telefonía móvil. Mostaza Claro recurrió el laudo dictado en su contra e invocó la nulidad por abusividad de la cláusula compromisoria de sometimiento a arbitraje, pese a que este motivo no había sido alegado en el procedimiento arbitral. El órgano *a quo* pregunta si es posible esta anulación en el marco del sistema de protección de los consumidores establecido en la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁶³² y el TJUE, como corolario a una argumentación que prioriza la posición del consumidor, concluye que

un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación.

La empresa de telefonía y el gobierno alemán, por el contrario, alegaban que esta facultad del órgano jurisdiccional menoscabaría la eficacia de los laudos arbitrales (apdo. 33), cuyo control tiene un carácter limitado y de los que sólo puede obtenerse la anulación en casos excepcionales (apdo. 34), entre los que se encontraría la vulneración del orden público⁶³³. Según su razonamiento, el orden público español no justificaría la anulación del laudo, ante lo que el TJUE establece que

el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de de [*sic*] las normas comunitarias de este tipo (véase, en este sentido, la sentencia *Eco Swiss*, antes citada, apartado 37) [apdo. 35] [.]

entre las cuales se incluiría las relativas a la protección de los consumidores (apdo. 36)⁶³⁴. El TJUE, pues, reconoce la existencia de un contenido comunitario en el concepto de orden

⁶³¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-168/05, *Mostaza Claro*, de 26 de octubre de 2006, ECLI:EU:C:2006:675.

⁶³² Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, DO L 95 de 21.4.1993, p. 29.

⁶³³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Antonio Tizzano, presentadas el 27 de abril de 2006, asunto C-168/05, ECLI:EU:C:2006:265, apdo. 52.

⁶³⁴ En una sentencia posterior, el TJUE considerará que el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE «debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno [en el caso, belga], tienen rango de normas de orden público». Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-

público, así como una noción de éste formada por normas positivas pero orientadas hacia la consecución de principios (en este caso, la protección del consumidor).

Por el contrario, sobre el concepto de orden público el Abogado General Antonio Tizzano advierte que incluir en el mismo las normas dirigidas a garantizar el funcionamiento del mercado interior (*Eco Swiss*) o la protección de los consumidores (*Mostaza Claro*) otorga «un alcance excesivamente amplio a un concepto, el de normas de orden público, que tradicionalmente se refiere sólo a las normas que un ordenamiento jurídico considera de absoluta y primordial importancia» (apdo. 56 de las conclusiones). Por ello, considera que la anulación del laudo arbitral debe producirse por exigencia del derecho de defensa, cuyo respeto «constituye un “principio fundamental del Derecho comunitario” que “figura entre los derechos fundamentales que se desprenden de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”⁶³⁵» (apdo. 59 de las conclusiones).

Ahora bien, el mecanismo jurídico que hace posible la anterior anulación es el orden público: «Nos encontramos ante un principio que se encuadra en el concepto de orden público comunitario, tal como lo ha desarrollado el Tribunal de Justicia» (apdo. 60 de las conclusiones). De este modo, el Abogado General propone dotar de contenido al orden público a partir de los derechos fundamentales procedentes de las tradiciones constitucionales comunes. No obstante, como se ha visto, el TJUE prefiere concretar el concepto a través de normas positivas, aunque estén inspiradas por valores o principios. En cualquier caso, pese a que la argumentación se apoya en *Eco Swiss*, se descarta que el orden público tenga un contenido esencialmente económico.

147/16, *Karel de Grote - Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*, de 17 de mayo de 2018, ECLI:EU:C:2018:320, apdo. 35. En consecuencia, «el juez nacional que conoce de un litigio en el que una de las partes ha sido declarada en rebeldía, y al que la legislación procesal nacional faculta para examinar de oficio si la cláusula en que se basa la reclamación es contraria a las normas nacionales de orden público, está obligado a examinar de oficio si el contrato que incluye esa cláusula está comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva y, en su caso, si tal cláusula es abusiva» (fallo, apdo. 1).

Sobre cómo explicar la introducción de la protección de los consumidores (es decir, de intereses privados), en un concepto, el de orden público, que tiene por definición una vocación pública o general, es interesante la construcción realizada por la *Cour de Cassation* y reproducida en el caso *Rampion y Godard*. La jurisprudencia del tribunal de casación francés distingue entre las «normas de orden público de dirección», que se adoptan en interés general y que pueden ser aplicadas de oficio por el juez, y las normas de «orden público de protección», adoptadas en interés de una categoría de personas y que, por ello, sólo pueden ser opuestas por ellas. Entre estas últimas se encontraría las normas relativas a la protección de los consumidores. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-429/05, *Rampion y Godard*, de 4 de octubre de 2007, ECLI:EU:C:2007:575, apdo. 58.

⁶³⁵ El Abogado cita el apartado 38 de la sentencia *Krombach* (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-7/98, *cit.*).

6.3. El caso *Dynamic Medien (C-244/06)*⁶³⁶.

El caso *Dynamic Medien* supone en buena medida una aplicación de los criterios fijados en *Omega*: la concepción de un valor por un concreto Estado miembro, no compartida por los demás, puede operar como límite al ejercicio de las libertades comunitarias.

La empresa Avides Media importaba a Alemania desde Reino Unido discos versátiles digitales (DVD) de dibujos animados japoneses que eran sometidos a un control para la clasificación de películas en este país, pero no en Alemania, circunstancia que fue aprovechada por su competidora, Dynamic Medien, para iniciar un procedimiento sobre medidas provisionales a fin de prohibir la venta por correo de dicho producto, basándose en la ley alemana que impedía la venta y entrega por dicho medio de soportes gráficos que no hubieran sido objeto de un control y clasificación a efectos de la protección de los menores por la autoridad competente (apdo. 16).

El órgano judicial *a quo* planteó, en esencia, si la anterior previsión legal alemana constituía una medida de efecto equivalente del art. 28 TCE y si, en tal caso, estaba justificada por las razones de interés general previstas en el art. 30 TCE, entre las cuales se encontraba el orden público, la moralidad y seguridad públicas y la protección de la salud y vida de las personas.

El TJUE considera que la norma alemana constituye una medida de efecto equivalente justificada por el interés legítimo de la protección del menor: «[L]a protección del niño constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a una libertad fundamental garantizada por el [TCE], como la libre circulación de mercancías», pero «tales restricciones sólo pueden estar justificadas si son adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no van más allá de lo necesario para alcanzarlo» (apdo. 42). Respecto a esta justificación,

no es indispensable que las medidas restrictivas adoptadas por las autoridades de un Estado miembro para proteger los derechos de los niños [...] correspondan a una concepción compartida por la totalidad de los Estados miembros por lo que respecta al nivel y a las modalidades de dicha protección (véase, por analogía, la sentencia *Omega*, antes citada, apartado 37). Puesto que tal

⁶³⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-244/06, *Dynamic Medien*, de 14 de febrero de 2008, ECLI:EU:C:2008:85.

concepción puede variar de un Estado miembro a otro según consideraciones de orden moral o cultural, procede reconocer a los Estados miembros un margen de apreciación seguro [apdo. 44].

El TJUE reconoce así, como en *Omega*, la inexistencia de un estándar axiológico europeo homogéneo, esto es, de una concepción compartida de los valores.

Del mismo modo, el Abogado General Mengozzi afirmó que «la apreciación de lo que puede ser perjudicial para el menor y por tanto, indirectamente, para la moralidad pública, el orden público o la salud de las personas, depende considerablemente de la escala de valores propia de cada Estado miembro», estableciendo que el control británico no garantiza que «el disfrute de tal soporte atente contra las razones de interés público en Alemania» (apdo. 86). Las escalas de valores (el orden público) de Alemania y Reino Unido son distintas, por lo que una lesión a los intereses de los menores en Alemania puede ser inocua en Reino Unido, lo que, en definitiva, supone un obstáculo para las propias libertades comunitarias.

En cualquier caso, pese a que se niega su existencia como concepto autónomo y europeo, sí se incluye entre las «razones de interés público» (el orden público, pero también la moralidad pública o, incluso, la salud de las personas) la protección de los menores. El Abogado General afirmará que

la protección del menor [...] constituye sin duda una razón idónea para justificar, conforme al art. 30 [TCE] y siempre que se respete el principio de proporcionalidad, los obstáculos al comercio intracomunitario eventualmente derivados de la citada normativa. Como ha puesto de manifiesto la Comisión, la protección de los menores puede quedar comprendida en la defensa de la moralidad o del orden públicos o bien en la protección de la salud de las personas⁶³⁷.

El gobierno alemán, incluso, lo vincula con la dignidad: «[L]a protección del menor está estrechamente vinculada a la garantía del respeto de la dignidad humana —que constituye un principio general de Derecho comunitario— y, por ello, constituye un interés legítimo que puede justificar una restricción a las libertades comunitarias» (apdo. 70 de las conclusiones).

⁶³⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Paolo Mengozzi, presentadas el 13 de septiembre de 2007, asunto C-244/06, ECLI:EU:C:2007:515, apdo. 78.

6.4. El caso *Comisión/Luxemburgo (C-319/06)*⁶³⁸.

El TJUE se enfrenta en el presente asunto a uno de los casos en que la confrontación entre las libertades económicas, por un lado, y los derechos sociales y la protección social, por otro, se manifiesta de forma más evidente. La Comisión Europea inició un procedimiento contra Luxemburgo por incumplimiento ante una posible mal transposición de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios⁶³⁹, cuya finalidad era «establecer un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima que habrán de ser respetadas en el Estado de acogida, por los empresarios que desplacen a trabajadores» (apdo. 24).

Según su art. 3.10, la directiva

no impedirá que los Estados miembros, de conformidad con las disposiciones del Tratado, impongan a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados, por igual: [...] condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas en el párrafo primero del apartado 1, en la medida en que se trate de disposiciones de orden público.

Esto es, el legislador estatal podría exigir, amparado en el «orden público nacional», que determinadas disposiciones nacionales en materia de Derecho del trabajo siguieran exigiéndose incluso aunque no estuvieran previstas por la directiva. El orden público, según la Declaración n.º 10⁶⁴⁰, «abarca las disposiciones obligatorias a las que no puede hacerse excepción y que, por su naturaleza y objetivo, responden a exigencias imperativas del interés público».

La Comisión lamentaba que Luxemburgo hubiera realizado una interpretación demasiado amplia del concepto de «disposiciones de orden público», declarando, «de forma contraria a Derecho», un elevado número de preceptos nacionales⁶⁴¹ como

⁶³⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-319/06, *Comisión/Luxemburgo*, de 19 de junio de 2008, ECLI:EU:C:2008:350.

⁶³⁹ Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, DO L 18 de 21.1.1997, p. 1.

⁶⁴⁰ El contenido de esta Declaración se reproduce en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. La aplicación de la Directiva 96/71/CE en los Estados miembros, de 25 de julio de 2003, Código Celex 52003DC0458, recuperado de: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:52003DC0458>>, pp. 13-14.

⁶⁴¹ Estas disposiciones se referían al contrato de trabajo escrito, al salario social mínimo y la adaptación automática de las retribuciones a la variación del coste de vida, a la regulación del trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado y a los convenios colectivos de trabajo.

disposiciones de orden público⁶⁴², pese a que ello se realizara con la finalidad de conceder una mayor protección social a los trabajadores (apdo. 26 de las conclusiones). Luxemburgo, en efecto, había recurrido a la cláusula de orden público como medio para impregnar a su normativa en materia de protección social de la irrenunciabilidad que se predica de aquella categoría.

El TJUE se limitó a realizar una aplicación de su doctrina general sobre el orden público: tras identificar al orden público como

las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado esencial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él [apdo. 29] [.]

estableció que «la reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, que debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente» (apdo. 30)⁶⁴³. En consecuencia, el TJUE, en el ejercicio del control que le compete sobre la definición luxemburguesa del orden público, falló que se había producido una trasposición incorrecta de la directiva.

El interés del caso radica no tanto en este fallo como, sobre todo, en las manifestaciones de la Abogada General, según la cual el concepto de orden público

es un concepto autónomo del Derecho comunitario que codetermina el ámbito de aplicación de las libertades fundamentales y, por lo tanto, debe definirse de forma autónoma y no inspirándose en un ordenamiento jurídico nacional o en varios de ellos. Como tal, está sometido a la interpretación por parte del Tribunal de Justicia, de manera que los Estados miembros no podrán determinar su alcance unilateralmente sin sujeción al control de las instituciones de la Comunidad [apdo. 42 de las conclusiones] [.]

aunque, «bajo ciertas condiciones, debe concederse a los Estados miembros un cierto margen de apreciación dentro de los límites impuestos por el Tratado» (apdo. 42 de las conclusiones).

⁶⁴² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones de la Abogada General Verica Trstenjak, presentadas el 13 de septiembre de 2007, asunto C-319/06, ECLI:EU:C:2007:516, apdo. 21.

⁶⁴³ La Abogada General Verica Trstenjak había apelado incluso, junto al «principio de interpretación restrictiva de las excepciones a las libertades fundamentales», a la «primacía de la libre prestación de servicios» (apdo. 41 de las conclusiones).

Según la Abogada General, por tanto, debe invertirse la formulación de la doctrina general: el orden público ya no es un concepto estatal sobre el que las instituciones europeas ejercen un control, sino un concepto de Derecho de la Unión cuya interpretación se atribuye al TJUE y cuyo contenido se nutre del Derecho de la Unión, todo ello sin perjuicio de que se conceda un margen de apreciación a los Estados miembros. No obstante, en cuanto a la dotación del contenido (que habría de ser, pues, comunitario), se limita a manifestar que «es posible atribuir al concepto de orden público diferentes significados, que dependen de su ubicación sistemática en el Derecho comunitario y de la función de la respectiva norma» (apdo. 43).

Según el criterio formulado por la Abogada General, el orden público comunitario estaría formulado por disposiciones irrenunciables conforme al Derecho de la Unión con independencia de su peso en el ordenamiento estatal. Por ejemplo, aunque Luxemburgo considerara que la igualdad de trato y de retribución de los trabajadores a tiempo parcial y por tiempo determinado es una cuestión de orden público, en realidad no lo es porque

[d]el hecho de que el legislador comunitario no haya incluido [...] la regulación del trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado, en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71/CE, se infiere precisamente que este ámbito del Derecho del trabajo comunitario no forma parte del orden público de la Comunidad [apdo. 59 de las conclusiones].

En cualquier caso, esta construcción del orden público europeo no es trasladada a la sentencia.

6.5. El caso *Josemans* (C-137/09)⁶⁴⁴.

La venta de cannabis para consumo propio es ilegal en los Países Bajos, pero está tolerada en *coffee shops* si este establecimiento cumple las instrucciones fijadas por el Ministerio Fiscal, a las que pueden añadirse las establecidas por las corporaciones municipales. Ante los problemas causados por el «turismo de la droga», el ayuntamiento de Maastricht decidió prohibir el acceso a este tipo de locales a los no residentes en los Países Bajos, planteándose en el presente asunto si dicha medida constituía una violación a la libre circulación de mercancías (art. 29 TCE), a la libre prestación de servicios (art. 49 TCE⁶⁴⁵) y al

⁶⁴⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-137/09, *Josemans*, de 16 de diciembre de 2010, ECLI:EU:C:2010:774.

⁶⁴⁵ «En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de

principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (art. 12 TCE en relación con el art. 18 TCE⁶⁴⁶).

El TJUE responde que

en el marco de su actividad consistente en la comercialización de estupefacientes que no forman parte del circuito estrictamente vigilado por las autoridades competentes destinados a ser utilizados con fines médicos y científicos, un gestor de un *coffee shop* no puede invocar los artículos 12 [T]CE, 18 [T]CE, 29 [T]CE o 49 [T]CE para oponerse a una normativa municipal como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe la admisión en tales establecimientos de personas que no residan en los Países Bajos [apdo. 54] [.,]

porque «es generalmente reconocido el carácter nocivo de los estupefacientes, incluidos los derivados del cáñamo, como el cannabis» (apdo. 36).

A continuación, el TJUE argumenta cómo justificar la anterior postura en el marco del art. 49 TCE: el alto tribunal reconoce que una distinción basada en el criterio de la residencia, como la concurrente en el caso, es una forma de discriminación encubierta contraria, en principio, al anterior precepto (apdo. 59). Ahora bien, dicha distinción está justificada por razones de orden público (art. 46.1 TCE en relación con el art. 55 TCE⁶⁴⁷):

[L]a lucha contra el turismo de la droga y las molestias que éste conlleva se inscribe en el marco de la lucha contra la droga. Se refiere tanto al mantenimiento del orden público como a la protección de la salud de los ciudadanos, y ello tanto a nivel de los Estados miembros como de la Unión [apdo. 65].

Por ello, estos objetivos «constituyen un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión, incluso en virtud de una libertad fundamental como la libre prestación de servicios» (apdo. 66).

La noción de orden público, pues, es portadora de unos valores e intereses (la lucha contra la droga) que pueden impedir la vigencia de las libertades comunitarias. Además, se trata de un orden público no sólo nacional, sino también europeo, pues el TJUE parece otorgarle un cierto alcance supranacional fundamentado en el hecho de que en el ideario

servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación. El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá extender el beneficio de las disposiciones del presente Capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Comunidad».

⁶⁴⁶ El primer apartado de este precepto establecía que «[t]odo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación».

⁶⁴⁷ «Las disposiciones de los artículos 45 a 48, ambos inclusive, serán aplicables a las materias reguladas por el presente Capítulo [capítulo 3 del título III de la tercera parte, relativo a la libre prestación de servicios]».

de todos los Estados miembros se encuentra dicha misión. Esta nota diferenciaría, según el TJUE, el caso *Josemans del de Adoui y Cornuaille*: «[N]o se puede invocar útilmente las razones de orden público respecto a un comportamiento de un no residente en la medida en que no adopta medidas represivas u otras medidas reales y eficaces cuando sus propios nacionales tienen ese mismo comportamiento» (apdo. 76), porque, a diferencia de la comercialización de estupefacientes, «la prostitución, exceptuando la trata de seres humanos, no está prohibida por el Derecho internacional o por el de la Unión». Sostiene el TJUE de este modo la idea de que el contenido del orden público debe encontrar un sustento basado en normas positivas, que, además, deben coincidir en todos los Estados miembros.

A diferencia del TJUE, el Abogado General Yves Bot sí utiliza el término «orden público europeo»⁶⁴⁸ y, aunque llega a la misma conclusión que la sentencia, su argumentación es sensiblemente diferente. En especial, porque no recurre al art. 49 TCE, sino que afirma que «la adopción de la medida controvertida es necesaria con arreglo a los artículos 4 TUE⁶⁴⁹ y 72 TFUE⁶⁵⁰», según los cuales «los Estados miembros siguen siendo responsables del mantenimiento del orden público en su territorio y [...] siguen siendo libres de determinar las medidas que pueden mantenerlo, de conformidad con sus necesidades nacionales»⁶⁵¹.

Sin embargo, el Abogado General va más allá y apela a un «orden público europeo»: «[E]l turismo de la droga provoca también perjuicios graves al orden público de la Unión» (apdo. 117 de las conclusiones). Consciente de las dificultades que presenta este término, afirma que

⁶⁴⁸ Esta disparidad se aprecia también en las palabras clave de la base de datos InfoCuria: mientras que en las de las conclusiones se encuentra «Protección del orden público nacional y del orden público europeo», en las de la sentencia queda reducido a «Orden público».

⁶⁴⁹ De acuerdo con su segundo apartado, «[l]a Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro».

⁶⁵⁰ «El presente título [título V de la tercera parte, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia] se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior».

⁶⁵¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Yves Bot, presentadas el 15 de julio de 2010, asunto C-137/09, ECLI:EU:C:2010:433, apdo. 116.

[s]i bien no existe, como indica la jurisprudencia, «una escala uniforme de valores para la apreciación de aquellos comportamientos que puedan considerarse contrarios al orden público»⁶⁵², no es menos cierto que uno de los objetivos de la Unión es crear un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizado, de conformidad con el artículo 3 TUE, apartado 2⁶⁵³, un nivel elevado de seguridad a los ciudadanos de la Unión [apdo. 118].

En su opinión, por tanto, el orden público debe entenderse como sinónimo de seguridad, tranquilidad o ausencia de disturbios y, dado que es éste el fin del espacio de libertad, seguridad y justicia, los Estados miembros deben adoptar, en el marco de la Unión, las medidas necesarias para garantizarlo. Por ello, llega a afirmar que «la medida controvertida es válida incluso sin la existencia de problemas de orden público interno, por la mera obligación de contribuir a la preservación del orden público europeo» (apdo. 122). En fin, Yves Bot concluye que

dicha medida constituye no sólo la manifestación para el Estado del derecho que se le reconoce de preservar su orden público interno, sino también de su obligación hacia los demás Estados miembros de contribuir a la preservación del orden público europeo de conformidad con los compromisos suscritos [apdo. 123].

6.6. El caso *Sayn-Wittgenstein* (C-208/09)⁶⁵⁴.

En el caso *Sayn-Wittgenstein* el orden público se concibe, de nuevo, como un mecanismo jurídico que el Estado puede oponer para impedir la vigencia en su territorio de libertades comunitarias. Desligado de connotaciones próximas a la seguridad pública, su contenido se dota de valores y se vincula al concepto de identidad constitucional de los Estados miembros.

La conversión de Alemania y Austria en repúblicas tras la Primera Guerra Mundial dio lugar a la abolición de la nobleza y de todos sus privilegios. Sin embargo, mientras que en Alemania los títulos pasaron a formar parte de los apellidos, a los ciudadanos austríacos se les prohibió ostentar ningún título nobiliario ni tampoco incluir las partículas «von» o

⁶⁵² Cita al respecto el apartado 60 de la sentencia *Jany y otros*. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-268/99, *Jany y otros*, de 20 de noviembre de 2001, ECLI:EU:C:2001:616.

⁶⁵³ «La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia».

⁶⁵⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, de 22 de diciembre de 2010, ECLI:EU:C:2010:806.

«zu» como parte del apellido⁶⁵⁵. En este contexto, la señora austríaca Sayn-Wittgenstein, residente en Alemania, fue adoptada de adulta en dicho Estado por un nacional alemán, cuyo apellido incluía, conforme permitía la normativa del país, un antiguo título nobiliario. En consecuencia, la austríaca inscribió ese apellido (Fürstin von Sayn-Wittgenstein) en los registros civiles austríacos. Quince años después, fue obligada a eliminar los elementos del apellido que se vinculaban con la nobleza.

Nos encontramos ante un caso en el que se enfrentan, por un lado, el derecho de la persona al respeto de su vida privada y familiar (art. 7 CDFUE) y el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (arts. 21 TFUE⁶⁵⁶ y 45 CDFUE) (apdo. 52)⁶⁵⁷ y, por otro lado, el orden público austríaco: «El Gobierno austríaco [...] alega que las disposiciones controvertidas en el litigio principal pretenden garantizar la identidad constitucional de la República de Austria» (apdo. 74); «se perjudicaría el orden público de Austria si debiera reconocerse el apellido de la demandante en el litigio principal correspondiente al adoptante en forma femenina» porque «[d]icho reconocimiento es incompatible con los valores fundamentales del ordenamiento jurídico austríaco, en particular con el principio de identidad» (apdo. 76).

El TJUE confirma la existencia de una cláusula de orden público oponible a la normativa comunitaria: «La justificación invocada por el Gobierno austríaco en referencia a la situación constitucional austríaca ha de interpretarse como una invocación del orden público» (apdo. 84), por lo que, a pesar de que la negativa al reconocimiento del cambio de apellidos constituye una restricción a las libertades reconocidas por el art. 21 TFUE (apdo. 71), «[c]onsideraciones objetivas de orden público pueden justificar, en un Estado miembro, la negativa al reconocimiento del apellido de uno de sus nacionales, tal como ha sido atribuido en otro Estado miembro» (apdo. 85).

⁶⁵⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston, presentadas el 14 de octubre de 2010, asunto C-208/09, ECLI:EU:C:2010:608, apdo. 1. La sentencia sigue sustancialmente el criterio fijado en estas conclusiones.

⁶⁵⁶ El art. 21.1 TFUE establece que «[t]odo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación».

⁶⁵⁷ Destaca la invocación de la CDFUE para hacer referencia a un derecho que también es constitucional de los Estados miembros.

El tribunal fundamenta su decisión de amparar la restricción al art. 21 TFUE establecida por Austria en que «no es indispensable que la medida restrictiva corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido» (apdo. 91), y, además, la medida restrictiva es necesaria para la protección de los intereses que pretenden garantizar (preservar el principio de igualdad [apdo. 94]) y proporcionada al objetivo legítimamente perseguido, al tiempo que conforme con el principio de respeto a la identidad nacional consagrado en el art. 4.2 TUE (apdo. 92). Negada la existencia de un orden público europeo, el orden público estatal, entre cuyos valores se encuentra la igualdad de la ciudadanía y la eliminación de los privilegios nobiliarios⁶⁵⁸, se erige de este modo en límite a la libre circulación de personas.

6.7. Conclusiones de la quinta fase.

De esta quinta fase jurisprudencial debemos realizar tres apuntes. En primer lugar, se consolida la tendencia iniciada a principios de la década de 1990: el orden público se configura como un instrumento de conflicto entre el sistema axiológico de los Estados miembros y las exigencias de aplicación uniforme del Derecho de la Unión. El orden público es concebido así como una cláusula, contemplada en diferentes instrumentos comunitarios, que permite a los Estados miembros ampararse en una determinada concepción de un valor, un principio o un derecho, singular y característico de su ordenamiento jurídico y distinto al de los demás, para evitar la aplicación, en dicho Estado miembro, de una norma de Derecho de la Unión que pudiera lesionarla.

Debe advertirse que el orden público invocado por el Estado no se dota de un valor, un principio o un derecho propio del Estado y desconocido en los demás, sino de una determinada *concepción* del mismo. Así, por ejemplo, en el caso *Omega*, Alemania no invoca la dignidad para impedir que la libre prestación de servicios justificara el «laser-sport», sino la *particular* concepción alemana de la dignidad frente a la del entorno

⁶⁵⁸ Son clarificadoras las palabras de la Abogada General Eleanor Sharpston: «Una norma de rango constitucional en un Estado miembro [en referencia a la ley de abolición de la nobleza], basada en consideraciones fundamentales de orden público como la igualdad entre ciudadanos y la abolición de privilegios puede justificar, en principio, la prohibición de que sus ciudadanos adquieran, posean o usen títulos o rangos nobiliarios o nombramientos que pudieran hacer creer a otros que la persona en cuestión ostentaba tal dignidad» (apdo. 71 de las conclusiones).

europeo. El TJUE acepta este argumento igualmente en *Dynamic Medien*, respecto a la protección de los menores; en *Josemans*, en relación con la lucha contra la droga; y en *Sayn-Wittgenstein*, sobre la vigencia de los privilegios nobiliarios. Sin embargo, lo rechaza —aunque sobre la base de la misma estructura argumentativa— en *Comisión/Luxemburgo*, por su excesiva amplitud y por no considerar la mayor protección de los trabajadores un valor a incluir en el mismo. La tendencia del TJUE, pues, es a estimar la cláusula de orden público cuando se le dota de un contenido axiológico concreto y justificado, y no de meros intereses del Estado miembro.

En segundo lugar, junto a esta tendencia predominante en las sentencias analizadas, también encontramos otras en las que se profundizan y refuerzan los perfiles de orden público esbozados en las fases anteriores. De este modo, en *Mostaza Claro* el TJUE afirma que existe un contenido propio de la Unión en un concepto de orden público compuesto por normas imperativas orientadas hacia la consecución de determinados principios (en ese caso, la protección del consumidor).

Finalmente, se aprecia en esta fase una intensa actividad por parte de los Abogados Generales, en cuyas conclusiones tratan de contribuir a la definición y caracterización del orden público en la Unión: la Abogada General Christine Stix-Hackl elaborará en *Omega* un concepto de orden público europeo propio que se adicionaría al orden público estatal en aquellos casos en que sí existiera una concepción axiológica compartida, atribuyéndole los mismos rasgos que el concepto estatal pero una operatividad comunitaria; Antonio Tizzano configurará en *Mostaza Claro* un concepto de orden público compuesto por derechos fundamentales; la Abogada Verica Trstenjak, en *Comisión/Luxemburgo*, considerará que el orden público comunitario es un concepto propio, de inspiración autónoma, que *codetermina* el ámbito de aplicación de las libertades comunitarias, reinvirtiendo la formulación general de la regla: es un concepto comunitario que admitiría, en su caso, un margen de apreciación estatal excepcional; y, finalmente, la existencia de un orden público propio europeo será claramente afirmada por Yves Bot en *Josemans*. Esta tendencia, como se verá a continuación, será la predominante en la última fase de la jurisprudencia del TJUE sobre el orden público europeo.

7. Sexta fase (2011-2020). La consolidación del concepto de orden público y la teorización de los Abogados Generales.

La sexta y última fase que hemos articulado para el análisis de la jurisprudencia del TJUE que se ha pronunciado de manera destacada sobre el concepto de orden público en la Unión debe entenderse en conexión con la vigencia del Tratado de Lisboa. En efecto, tras la última sentencia analizada (*Sayn-Wittgenstein*) —que a pesar de haber sido dictada el 22 de diciembre de 2010 deriva de una cuestión prejudicial recibida en el TJUE el 10 de junio de 2009— todas las resoluciones judiciales que a continuación se analizarán derivan de recursos interpuestos tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009.

Se anticipa ya que en esta fase, la vigente en la actualidad, no se han realizado —al menos hasta la fecha— avances significativos en la construcción de un concepto propio de orden público, a pesar del mayor impacto que —podría pensarse— debería haber producido la entrada en vigor de un Tratado que, como el de Lisboa, profundiza de manera destacada en la integración política y en el ámbito de los derechos fundamentales, llegando a otorgar a la CDFUE el valor propio del Derecho originario (art. 6.1 TUE). Por el contrario, esta fase destaca especialmente por las relevantes aportaciones efectuadas por los Abogados Generales, a cuyas conclusiones dedicaremos particular atención.

7.1. El caso *flyLAL-Lithuanian Airlines (C-302/13)*⁶⁵⁹.

La principal aportación de esta primera sentencia de la sexta fase consiste en la desvinculación explícita del orden público de consideraciones de tipo económico y, como en otras ocasiones, la interpretación del concepto se realiza con ocasión del análisis de un precepto de Derecho internacional privado; en concreto, el art. 34.1 del Reglamento (CE) n.º 44/2001.

El hecho que originó el conflicto fue la demanda de la compañía aérea lituana flyLAL contra su competidora letona Air Baltic y contra el aeropuerto de Riga por un supuesto abuso de posición dominante. El órgano *a quo* pretende saber si es contrario al orden

⁶⁵⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, de 23 de octubre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2319.

público el reconocimiento en Letonia de una resolución lituana mediante la cual se acuerda la adopción de medidas provisionales y cautelares en favor de flyLAL, pues éstas consisten en un embargo preventivo por valor de casi sesenta millones de euros. La elevada magnitud de la cantidad reclamada —y, se aduce, no justificada— produciría un perjuicio a las partes demandadas que el demandante no podría reparar en caso de desestimación, al haber sido declarado en concurso de acreedores. Asimismo, quedarían afectados los intereses económicos del Estado letón, titular del 100% de las acciones del aeropuerto de Riga y de más del 50% de las de Air Baltic.

El TJUE recuerda, en primer lugar, toda su jurisprudencia en materia de orden público: los Estados miembros pueden determinar las exigencias de su orden público conforme a sus concepciones nacionales, pero dentro de los límites impuestos por el reglamento y bajo el control del TJUE (apdo. 47); y la aplicación de la cláusula de orden público sólo procede en caso de quebranto inaceptable del ordenamiento jurídico del Estado requerido por menoscabar un principio fundamental, concretado en una violación manifiesta de una norma jurídica esencial o de un derecho fundamental, interpretados conforme a los parámetros nacionales (apdo. 49).

A continuación, el TJUE zanja la cuestión afirmando que «el concepto de “orden público” [...] pretende proteger intereses jurídicos expresados en una norma jurídica y no intereses puramente económicos» (apdo. 56). Por tanto, el tribunal concibe el orden público como «intereses jurídicos» que necesariamente deberán estar trasladados a normas jurídicas y entre los cuales no se encuentran los de naturaleza económica.

Como el propio tribunal reconoce, en esta decisión se encuentra la impronta de la Abogada General Juliane Kokott, en cuyas conclusiones aproxima el concepto de orden público a los derechos fundamentales como posible forma de concretar el concepto indeterminado de «intereses jurídicos». En particular, afirma que

[e]n ningún caso un órgano jurisdiccional nacional excede los límites a que está sujeto [aquéllos cuyo control compete al TJUE sobre la interpretación nacional del orden público] para apreciar una vulneración del orden público cuando al denegar la ejecución esté evitando una violación manifiesta de los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH o en el ordenamiento jurídico de la Unión⁶⁶⁰.

⁶⁶⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott, presentadas el 3 de julio de 2014, asunto C-302/13, ECLI:EU:C:2014:2046, apdo. 74.

Respecto al tipo de intereses que protege el orden público, la Abogada afirma que: Debe recordarse una vez más que el concepto de orden público tiene por objeto evitar la violación manifiesta de una *norma jurídica* considerada esencial en el *ordenamiento jurídico* del Estado miembro requerido o de un *derecho* reconocido como fundamental en este ordenamiento. Por lo tanto, se protegen los *intereses jurídicos* o cualesquiera otros *intereses expresados en una norma jurídica* que afecten al ordenamiento económico, social o cultural del Estado miembro de que se trate [apdo. 84 de las conclusiones].

En cambio, no bastan los intereses *puramente económicos* como el riesgo de un perjuicio financiero (aunque sea muy elevado). Y esto es así aunque estén en juego los intereses de un poder público como, en este caso, la República de Letonia, que actúa como operador económico por medio de empresas de Derecho público y, a este respecto, corre el riesgo de sufrir perjuicios [apdo. 85 de las conclusiones].

En fin, la propia Abogada reconoce que

[!]a posibilidad de que se pueda admitir que realmente existe una vulneración del orden público por el riesgo del quebranto económico [...] es altamente dudosa, tanto desde el punto de vista conceptual como sistemático, porque en principio las consideraciones económicas son esencialmente ajenas a los planteamientos de orden público [apdo. 87 de las conclusiones].

El orden público parece quedar, de este modo, definitivamente desvinculado de las connotaciones económicas introducidas en *Van Duyn* y confirmadas en *Eco Swiss*.

7.2. El caso *Gazprom (C-536/13)*⁶⁶¹.

La argumentación del TJUE en la respuesta al caso *Gazprom* no tuvo en cuenta el concepto de orden público, de modo que no se contribuye aquí a la construcción conceptual del término. No obstante, se ha decidido incluir este caso en el presente análisis porque en sus conclusiones el Abogado General realiza uno de los intentos más completos hasta la fecha por clarificar el contenido del orden público europeo. Para entenderlo plenamente, no obstante, debemos referirnos primeramente a la sentencia del tribunal.

Entre los principales accionistas de la empresa de gas natural Lietuvos dujos —E.ON, Gazprom y la República de Lituania— existía un acuerdo que incluía una cláusula compromisoria de sometimiento a arbitraje. Dado que en marzo de 2011 el Ministerio de Energía lituano solicitó la investigación judicial de Lietuvos dujos⁶⁶², Gazprom, que

⁶⁶¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-536/13, *Gazprom*, de 13 de mayo de 2015, ECLI:EU:C:2015:316.

⁶⁶² El motivo alegado por el Ministerio de Energía era que se habían perjudicado los intereses de la República

consideraba vulnerada la cláusula compromisoria, presentó una demanda de arbitraje en Suecia contra aquél que finalizó mediante laudo por el que el tribunal arbitral conminaba al Ministerio a retirar o reducir determinadas pretensiones formuladas ante el órgano jurisdiccional (orden conocida como *anti-suit injunction*⁶⁶³) (apdo. 18). Por su parte, el tribunal lituano que conocía de la demanda interpuesta por el Ministerio confirmó su competencia y declaró la inarbitrabilidad de las solicitudes de investigación de una persona jurídica conforme al Derecho lituano.

Lietuvos dujos interpuso recurso ante el tribunal de apelación, que finalmente fue desestimado, y Gazprom solicitó el reconocimiento y la ejecución en Lituania del laudo arbitral. El tribunal de apelación denegó el reconocimiento con base en el art. V.2.a) y b) del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York (10 de junio de 1958)⁶⁶⁴: respecto al apartado b), al limitar la capacidad del Ministerio de ejercitar una acción ante un órgano jurisdiccional lituano y al privar a dicho órgano de su facultad de pronunciarse sobre su propia competencia, «el tribunal arbitral había vulnerado la soberanía nacional de la República de Lituania, lo cual es contrario a los órdenes públicos lituano e internacional» (apdo. 22). En concreto, «el laudo arbitral violaba el principio de independencia de las autoridades judiciales consagrado en el artículo 109, apartado 2, de la Constitución lituana» (apdo. 43 de las conclusiones).

Contra la denegación del exequátur se interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo lituano, órgano *a quo* en la cuestión prejudicial del caso, por la que, en esencia, se pregunta al TJUE si el Reglamento (CE) n.º 44/2001 impide que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro reconozca y ejecute un laudo arbitral que prohíbe a

de Lituania como accionista de Lietuvos dujos y se habían favorecido los de Gazprom como consecuencia de unas modificaciones en el contrato de gas a largo plazo. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Melchior Wathelet, presentadas el 4 de diciembre de 2014, asunto C-536/13, ECLI:EU:C:2014:2414, apdo. 32.

⁶⁶³ Como explica el Abogado General, «[e]n Derecho inglés, la “anti-suit injunction” es una resolución de un órgano jurisdiccional inglés por la que se conmina a una parte sujeta *in personam* a la competencia de los órganos jurisdiccionales ingleses a no entablar o ejercitar determinadas acciones, a renunciar a éstas o a realizar los trámites necesarios para poner fin o suspender un procedimiento pendiente ante un órgano jurisdiccional estatal o un órgano arbitral establecido en un país extranjero» (apdo. 63 de las conclusiones).

⁶⁶⁴ «También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país».

una parte formular determinadas pretensiones ante un órgano jurisdiccional de dicho Estado miembro (apdo. 27).

En su sentencia, el TJUE no actúa en defensa de la soberanía ni del orden público de los Estados miembros, sino que se limita a llevar a cabo una interpretación literal del Reglamento (CE) n.º 44/2001: dado que su art. 1.2.d) excluye el arbitraje de su ámbito de aplicación (apdo. 28), el asunto debe resolverse conforme al Derecho procesal nacional y, en su caso, el Convenio de Nueva York (apdo. 42), porque el reglamento

no se opone a que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro reconozca y ejecute, ni a que se niegue a reconocer y ejecutar, un laudo arbitral que prohíbe a una parte formular determinadas pretensiones ante un órgano jurisdiccional de ese Estado miembro, dado que dicho Reglamento no regula el reconocimiento y ejecución en un Estado miembro de un laudo dictado por un tribunal arbitral de otro Estado miembro [fallo].

En la argumentación del TJUE no cupo, como se ha comprobado, la cuestión relativa al orden público, que sí fue abordada, sin embargo, por el Abogado General Melchior Wathelet. Como la sentencia, también el Abogado considera que el laudo arbitral controvertido se incardina exclusivamente en el ámbito de aplicación del Convenio de Nueva York de 1958 (apdo. 157 de las conclusiones). No obstante, decide profundizar en el concepto de orden público, pese a que, como él mismo reconoce, el órgano jurisdiccional nacional no tenía necesidad de recurrir al mismo, pues la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral podía basarse en el art. V.2.a) del Convenio de Nueva York de 1958 (apdos. 164 y 165 de las conclusiones).

En primer lugar, el Abogado realiza un recorrido por los diversos intentos de conceptualización del orden público por parte de diferentes instancias y órganos judiciales, en los que encuentra una noción axiológica y abierta del concepto: el orden público como los «fundamentos basilares del ordenamiento»⁶⁶⁵, las «naciones más elementales de

⁶⁶⁵ «[E]ste concepto se define generalmente de manera restrictiva como “una válvula de seguridad para ser utilizada en aquellas circunstancias excepcionales en las que un ordenamiento jurídico no pueda reconocer ni ejecutar un laudo arbitral sin abandonar los propios fundamentos en los que se basa ese ordenamiento”». Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), p. 262 de la versión en castellano, recuperada de: <http://newyorkconvention1958.org/pdf/guide/2016_NYCG_Spanish.pdf> (apdo. 167 de las conclusiones).

moralidad y justicia»⁶⁶⁶, las «normas y valores de necesaria observancia»⁶⁶⁷, el «fundamento de la vida pública y económica»⁶⁶⁸ o como «bien público»⁶⁶⁹.

A continuación, el Abogado acude a la sentencia *Krombach* para recordar la jurisprudencia clásica del TJUE en materia de orden público: debe interpretarse restrictivamente y aplicarse sólo en casos excepcionales, cuando el reconocimiento o la ejecución de la resolución dictada en otro Estado miembro choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental, debiendo constituir el menoscabo una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento (apdo. 172 de las conclusiones).

Asimismo, apunta que, como establecieron las sentencias *Eco Swiss* y *Mostaza Claro*, los órganos jurisdiccionales nacionales, al interpretar el concepto, deben tener en cuenta que determinadas disposiciones del Derecho de la Unión (el actual art. 101 TFUE para *Eco Swiss* y la Directiva 93/13/CEE para *Mostaza Claro*) revisten un carácter hasta tal punto fundamental que forman parte del orden público europeo (apdos. 173 y 174 de las conclusiones).

No obstante, el propio Wathelet reconoce que «al margen de los derechos fundamentales, que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁶⁷⁰, son de orden público, este tribunal no ha determinado los criterios para poder considerar a una

⁶⁶⁶ En Estados Unidos «sólo podrá denegarse la ejecución de un laudo arbitral extranjero [sobre la base del orden público] cuando la ejecución sea contraria a las nociones más elementales de moralidad y justicia del Estado del foro» (apdo. 167 de las conclusiones).

⁶⁶⁷ «[L]a concepción francesa de orden público internacional comprende el conjunto de normas y valores cuya inobservancia no cabe concebir en el ordenamiento jurídico francés, ni siquiera en situaciones de carácter internacional» (apdo. 168 de las conclusiones).

⁶⁶⁸ En Alemania, «un laudo arbitral contraviene el orden público cuando “vulnera una norma que afecta al fundamento de la vida pública y económica alemana o contradice de modo inconciliable la percepción alemana de la justicia”» (apdo. 169 de las conclusiones).

⁶⁶⁹ En Reino Unido, «el concepto de orden público comprende aquellos casos en que “la ejecución de un laudo arbitral menoscabe claramente el bien público o [...] pueda ser completamente ofensiva para el ciudadano común, razonable y bien informado, en cuyo nombre se ejercen los poderes del Estado”» (apdo. 170 de las conclusiones).

⁶⁷⁰ El Abogado se remite a las sentencias *Krombach* (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-7/98, *cit.*, apdos. 25, 26, 38 y 39) y *Trade Agency* (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-619/10, *Trade Agency*, de 6 de septiembre de 2012, ECLI:EU:C:2012:531, apdo. 52). Esta última representa una simple aplicación de la doctrina sentada en la primera.

disposición del Derecho de la Unión como “fundamental” o “esencial” en el sentido de su jurisprudencia» (apdo. 175 de las conclusiones). Esto es, falta el parámetro o el propio contenido del concepto que justifique su invocación. Sí reconoce, al efecto, la aportación de la Abogada General Kokott en el caso *flyLAL-Lithuanian Airlines*, analizado *supra*, según la cual el orden público se identifica con «los intereses *jurídicos* o cualesquiera otros intereses *expresados en una norma jurídica* que afecten al ordenamiento económico, social o cultural del Estado miembro de que se trate»⁶⁷¹.

En su opinión, sin embargo,

el acento no debe ponerse esencialmente en la naturaleza jurídica de los intereses protegidos por el orden público, sino más bien en la cuestión de si nos hallamos en presencia de normas y valores cuya inobservancia no cabe concebir en el ordenamiento jurídico del foro de reconocimiento y de ejecución porque semejante inobservancia sería inaceptable desde el punto de vista de un Estado de Derecho, libre y democrático. Se trata por tanto del conjunto de «principios que constituyen las propias bases del ordenamiento jurídico [de la Unión]» [apdo. 177 de las conclusiones]⁶⁷².

El parámetro que permitirá dotar de contenido al orden público, formado por principios fundamentales, será, pues, el Estado de Derecho, libre y democrático.

La aportación es relevante, máxime teniendo en cuenta que se produce respecto del ordenamiento comunitario, predominado por los intereses y objetivos económicos. Por aplicación de dicho criterio, el Abogado General considera que

[e]l Reglamento Bruselas I, sus disposiciones sobre el reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, así como sus principios interpretativos, como la confianza mutua entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, no son comparables al respeto de los derechos fundamentales, cuya vulneración sacudiría los propios cimientos en que se asienta el ordenamiento jurídico de la Unión [apdo. 181 de las conclusiones] [.]

por lo que no forman parte del orden público europeo, a diferencia de los derechos fundamentales, que sí serían un «principio que se encuentra en las propias bases del ordenamiento jurídico de la Unión desde el punto de vista de un Estado de Derecho, libre y democrático».

⁶⁷¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott, (...) asunto C-302/13, *cit.*, apdo. 84 (apdo. 176 de las conclusiones).

⁶⁷² Cita al respecto la sentencia *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión* (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-402/05 P, *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, de 3 de septiembre de 2008, ECLI:EU:C:2008:461, apdo. 304).

En consecuencia, el Abogado General no comparte la doctrina sentada en *Eco Swiss y Mostaza Claro*,

según la cual el mero hecho de que un ámbito particular forme parte de las competencias, exclusivas o compartidas, de la Unión conforme a los artículos 3 TFUE y 4 TFUE es suficiente para elevar una disposición del Derecho de la Unión al rango de disposición de orden público. De ser así, todo el Derecho de la Unión, desde la Carta de los Derechos Fundamentales hasta una directiva sobre equipos a presión, sería de orden público en el sentido del artículo V, apartado 2, letra b), del Convenio de Nueva York de 1958 [apdo. 182 de las conclusiones].

Finalmente, afirma que «sólo normas imperativas pueden calificarse de normas de orden público», porque «es difícil concebir una norma que constituya una de las bases de un ordenamiento jurídico y que no tenga carácter imperativo» (apdo. 184 de las conclusiones). En este caso, dado que «las normas para determinar la competencia no son de orden público» (apdo. 186 de las conclusiones)⁶⁷³, «el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral no constituirían una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico de la Unión» (apdo. 185 de las conclusiones).

En conclusión, el Abogado General aporta un nuevo criterio para definir el orden público: el orden público como aquellos principios que se encuentran en las propias bases del ordenamiento jurídico de la Unión desde el punto de vista de un Estado de Derecho, libre y democrático. Entre ellos, los derechos fundamentales. De este modo se desvincula el concepto de aspectos económicos y de su reducción a determinadas normas positivas de particular importancia.

7.3. El caso *Diageo Brands (C-681/13)*⁶⁷⁴.

El presente asunto enfrentó a dos empresas de comercialización de whisky: Diageo Brands y Siramida. Diageo Brands, domiciliada en los Países Bajos, era la titular de la marca de whisky «Johnny Walker», cuya comercialización en Bulgaria se realizaba con la intermediación de un importador local exclusivo. Por su parte, Siramida, domiciliada en Bulgaria, comercializaba todo tipo de bebidas alcohólicas.

⁶⁷³ Se basa para ello en que el art. 35.3 del Reglamento Bruselas I establece que «el orden público [...] no afectará a las reglas relativas a la competencia judicial».

⁶⁷⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-681/13, *Diageo Brands*, de 16 de julio de 2015, ECLI:EU:C:2015:471.

Diageo Brands consiguió el embargo por infracción de marca de más de 12.000 botellas de whisky de la marca «Johnny Walker» que habían llegado a Bulgaria desde Georgia para Siramida. No obstante, el tribunal de apelación anuló el auto de embargo y el Tribunal Supremo de casación búlgaro desestimó el recurso de casación interpuesto por Diageo Brands por motivos formales. Dado que la demanda interpuesta en instancia fue desestimada en cuanto al fondo, Siramida solicitó la reparación de los perjuicios ocasionados.

El asunto llegó al Tribunal Supremo, que preguntó al TJUE sobre el principal motivo de oposición de Diageo Brands: con fundamento en el art. 34.1 del Reglamento (CE) n.º 44/2001, no podía reconocerse en los Países Bajos la sentencia dictada por el tribunal de instancia porque se basó en una resolución dictada por el Tribunal Supremo de casación que afirmaba que «la importación en Bulgaria de productos puestos en circulación fuera del Espacio Económico Europeo (EEE) con el consentimiento del titular de la marca afectada no constituye infracción de los derechos que la misma confiere» (apdo. 25), lo que suponía una infracción manifiesta del orden público neerlandés⁶⁷⁵.

Mediante esta resolución prejudicial se le brinda al TJUE la oportunidad de concretar el concepto y alcance del orden público: tras recordar su doctrina básica al respecto (apdos. 40 a 44) y fundamentarla en el principio de confianza mutua entre Estados miembros (apdo. 40), realiza dos importantes apreciaciones. En primer lugar,

el hecho de que el error manifiesto que supuestamente cometió el tribunal del Estado de origen se refiera, como en el asunto principal, a una norma de Derecho de la Unión y no a una norma de Derecho interno no modifica los requisitos para invocar la cláusula de orden público[, porque] corresponde al órgano jurisdiccional nacional garantizar con la misma eficacia la protección de los derechos establecidos por el ordenamiento jurídico nacional y los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión [apdo. 48].

Quiere con ello decir el TJUE que el «orden público del Estado miembro requerido» no sólo incluye un contenido nacional, sino también otro de Derecho de la Unión, y del mismo modo que el juez nacional debe velar por aquel contenido, debe hacerlo también respecto a éste. Así, afirma que la cláusula de orden público sólo es aplicable en caso de

⁶⁷⁵ Para un relato exhaustivo de los hechos, *vid.* los apdos. 18 a 29. Además, también alegó el incumplimiento de la obligación del tribunal de instancia de interponer una cuestión prejudicial. El TJUE resolvió que, al ser un órgano jurisdiccional de primera instancia, el juez tenía la facultad, pero no la obligación, de iniciar el procedimiento prejudicial (apdos. 58 y 59).

«infracción manifiesta de una norma jurídica esencial en el ordenamiento jurídico de la Unión y, por tanto, de dicho Estado miembro [cursiva nuestra]» (apdo. 50), y que, en el caso concreto, «la presunta violación del orden público es consecuencia [...] de la presunta infracción del Derecho de la Unión» (apdo. 64). De este modo, el orden público se configura como una cláusula estatal dotada de contenido nacional y europeo al tiempo que se evita tanto la mención a un orden público europeo como la afirmación de su posible existencia autónoma.

En segundo lugar, el TJUE afirma, respecto al asunto examinado, que, aunque la hipotética vulneración alegada (el art. 5.3 de la Directiva 89/104/CEE⁶⁷⁶) tiene «una repercusión directa en el funcionamiento del mercado interior, de ello no puede deducirse que un error en la aplicación de esa disposición choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico de la Unión por menoscabar un principio fundamental del mismo» (apdo. 51), requisitos para activar la cláusula de orden público⁶⁷⁷. Destruye así dos ideas manifestadas por el mismo tribunal en anteriores ocasiones: primero, el orden público no

⁶⁷⁶ Primera Directiva 89/104/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1988 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas, DO L 40 de 11.2.1989, p. 1. El art. 5 establecía lo siguiente: «1. La marca registrada confiere a su titular un derecho exclusivo. El titular estará facultado para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico: a) de cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada [...] 3. Podrá en especial prohibirse, cuando se cumplan las condiciones anunciadas en los apartados 1 y 2: a) poner el signo en los productos o en su presentación; ofrecer productos, comercializarlos o almacenarlos con dichos fines y ofrecer o prestar servicios con el signo; [...] c) importar productos o exportarlos con el signo».

⁶⁷⁷ Esta doctrina sentada en *Diageo Brands* —el contenido europeo del orden público y la exigencia de menoscabo de un principio fundamental para justificar la activación de dicha cláusula— es aplicada en el caso *Meroni*, donde, a efectos de determinar si es manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido del art. 34.1 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 el reconocimiento y la ejecución de un auto dictado por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro sin oír a un tercero cuyos derechos pueden verse afectados por dicho auto, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 47 CDFUE se considera incluido en dicho concepto de orden público. La respuesta del TJUE es, no obstante, negativa: «El artículo 34, punto 1, del Reglamento (CE) n.º 44/2001 [...] debe interpretarse, a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el sentido de que, en unas circunstancias como las examinadas en el litigio principal, no cabe considerar manifiestamente contrarios al orden público del Estado miembro requerido ni al derecho a un proceso equitativo, en el sentido de tales disposiciones el reconocimiento y la ejecución de un auto dictado por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro sin oír a un tercero cuyos derechos son susceptibles de verse afectados por el referido auto, siempre que dicho tercero pueda invocar sus derechos ante ese órgano jurisdiccional» (fallo). Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-559/14, *Meroni*, de 25 de mayo de 2016, ECLI:EU:C:2016:349. Para un resumen de los criterios fijados por el TJUE —aquí analizados— sobre el concepto de orden público del Reglamento (CE) n.º 44/2001, *vid.* las conclusiones de la Abogada General en el presente caso: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott, presentadas el 25 de febrero de 2016, asunto C-559/14, ECLI:EU:C:2016:120.

puede comprender la totalidad del Derecho de la Unión; segundo, la finalidad económica de una norma no presupone su naturaleza de orden público⁶⁷⁸.

La sentencia recoge, en esencia, el argumentario del Abogado General Maciej Szpunar⁶⁷⁹, pero con una destacada diferencia: mientras que aquella elude el término «orden público europeo»⁶⁸⁰, éste es utilizado con naturalidad por el Abogado. De este modo, el Abogado reconoce que

la violación del orden público se refiere en efecto a la violación del Derecho de la Unión. De ello se deriva que la violación en cuestión no se refiere al orden público nacional en la fase de reconocimiento, sino al orden público de la Unión, que integra el orden público nacional [apdo. 39 de las conclusiones]⁶⁸¹.

Este orden público de la Unión se incardinaría en el orden público nacional:

[A]un cuando corresponde a cada Estado miembro determinar las exigencias de su orden público, existe todavía dentro del orden público nacional un conjunto de valores, de principios y de reglas fundamentales de la Unión, con el mismo contenido normativo, que cada Estado miembro debe tener en cuenta [apdo. 39 de las conclusiones]⁶⁸².

Al Estado miembro, pues, se le impone en un concepto estatal como es el orden público un contenido europeo, que deberá garantizar y sobre el que recaerá un mismo nivel de protección: «[T]odo órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a respetar el orden público de la Unión» (apdo. 64 de las conclusiones); «si la violación en cuestión afecta al orden público de la Unión, *a diferencia del orden público nacional* [cursiva nuestra], la obligación de todos los Estados miembros de tener en cuenta esa violación es consecuencia de su deber de garantizar la correcta aplicación del Derecho de la Unión»

⁶⁷⁸ Estas afirmaciones quedan recogidas en el fallo: «El artículo 34, punto 1, del Reglamento (CE) del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que una resolución dictada en un Estado miembro sea contraria al Derecho de la Unión no justifica que esa resolución no sea reconocida en otro Estado miembro alegando que viola el orden público de ese Estado, puesto que el error de Derecho alegado no constituye una infracción manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico de la Unión y, por tanto, en el del Estado miembro requerido o de un derecho reconocido como fundamental en esos ordenamientos jurídicos».

⁶⁷⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar, presentadas el 3 de marzo de 2015, asunto C-681/13, ECLI:EU:C:2015:137.

⁶⁸⁰ Así, entre las palabras clave de InfoCuria de las conclusiones se encuentra «Orden público de la Unión», mientras que en las de la sentencia aparece «Violación del orden público del Estado requerido».

⁶⁸¹ Quiere decir que se integra *en* el orden público nacional: «[W]hich itself forms an integral part of national public policy», en la versión inglesa; «che a sua volta fa parte integrante dell'ordine pubblico nazionale», en la versión italiana.

⁶⁸² La expresión «con el mismo contenido normativo» parece querer referirse al mismo tipo de funcionamiento jurídico que el orden público nacional y no tanto el mismo contenido objetivo del concepto.

(apdo. 65 de las conclusiones); «cuando se produce una violación del orden público de la Unión, como consecuencia de la inobservancia del Derecho de la Unión, el nivel de protección debe considerarse idéntico en todos los Estados miembros de la Unión» (pie de página 58 de las conclusiones).

7.4. El caso *Genentech* (C-567/14)⁶⁸³.

En el presente asunto nos encontramos una vez más ante una descoordinación en términos argumentales entre la sentencia y las conclusiones del Abogado General: mientras que éstas incluyen importantes reflexiones sobre el orden público, en la sentencia no se cita una sola vez dicho concepto.

Behringwerke y Genentech celebraron un acuerdo de licencia por el que se atribuía a éste el derecho a explotar un activador derivado del citomegalovirus humano a cambio del pago de un canon único, un canon anual fijo y un canon corriente del 0,5% de las ventas netas de los productos que emplearan el activador. Genentech nunca pagó el canon corriente a la sucesora de Behringwerke, Hoechst, por lo que ésta la demandó en arbitraje. Contra el laudo que le obligaba al pago del canon corriente, Genentech interpuso un recurso de anulación ante el tribunal de apelación, el cual planteó una cuestión prejudicial al TJUE por la que se le consultaba si era contraria al art. 101.1 TFUE⁶⁸⁴ la obligación del licenciataria de pagar un canon por la utilización de una tecnología patentada durante todo el periodo de vigencia del acuerdo en caso de anulación o falta de infracción de las patentes protegidas por esa tecnología (apdo. 35).

El TJUE resolvió el caso estableciendo que

[e] artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, en virtud de un acuerdo de licencia como el que es objeto del litigio principal, se obligue al licenciataria a pagar un canon por la utilización de una tecnología patentada durante todo el periodo de vigencia de ese acuerdo, en caso de anulación o de inexistencia de infracción de la patente bajo licencia, si el licenciataria ha podido resolver libremente ese acuerdo con un preaviso razonable [fallo].

En ningún momento recurrió el TJUE al orden público en apoyo de su postura.

⁶⁸³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-567/14, *Genentech*, de 7 de julio de 2016, ECLI:EU:C:2016:526.

⁶⁸⁴ La redacción del art. 101 TFUE coincide con la del art. 85 del TCEE originario (art. 81 TCE tras el Tratado de Ámsterdam).

Por su parte, el Abogado General Melchior Wathelet incluyó en su argumentación una parte dedicada a responder la alegación de Hoechst y Sanofi-Aventis (filial de Hoechst) de que el Derecho francés limita la revisión en cuanto al fondo de los laudos arbitrales internacionales a los casos de violación flagrante del orden público internacional⁶⁸⁵. El Abogado niega esta posibilidad:

[S]i el control de un laudo arbitral internacional con respecto a las normas de orden público europeo (que sólo comprenden una categoría de disposiciones del ordenamiento jurídico de la Unión ya de por sí restringida) debiera limitarse a las violaciones manifiestas o flagrantes del artículo 101 TFUE, dicho control sería ilusorio, habida cuenta del hecho de que los acuerdos o prácticas que pueden restringir o falsear el juego de la competencia están «a menudo encubiertos» [apdo. 64 de las conclusiones] [,]

porque «[n]ingún sistema puede aceptar violaciones de sus normas más fundamentales que forman parte de su orden público y ello independientemente del carácter flagrante o no, evidente o no, de dichas violaciones» (apdo. 67 de las conclusiones).

El Abogado General, de este modo, utiliza un concepto de orden público reducido a aquellas disposiciones que un ordenamiento jurídico considera esenciales y sobre las que no puede admitirse ninguna lesión:

[E]l control por parte de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de si los laudos arbitrales internacionales infringen las disposiciones de orden público europeo no puede depender de si dicha cuestión ha sido o no planteada o debatida durante el procedimiento arbitral, ni verse limitado por la prohibición formulada en el Derecho nacional de revisar el laudo arbitral de que se trate en cuanto al fondo [apdo. 71 de las conclusiones].

El Abogado recuerda, en el pie de página 46, que ya había rechazado en *Gazprom* el criterio fijado en *Eco Swiss* según el cual el mero hecho de que un ámbito forme parte de las competencias de la Unión es suficiente para elevarlo a categoría de orden público. Su postura parecería aproximarse a la defensa de un concepto de orden público abierto a consideraciones axiológicas: en aquel caso manifestó que el orden público sólo incluye los principios que constituyen las bases del ordenamiento jurídico de la Unión, hasta el punto de no poder concebirse su inobservancia porque semejante inobservancia sería inaceptable desde el punto de vista de un Estado de Derecho, libre y democrático.

⁶⁸⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Melchior Wathelet, presentadas el 17 de marzo de 2016, asunto C-567/14, ECLI:EU:C:2016:177, apdo. 48.

Sin embargo, más adelante concretaría que han de tratarse de «norma[s] imperativa[s] tan fundamental[es] para el ordenamiento jurídico [de la Unión] que no se pueda concebir ninguna excepción en el contexto del asunto controvertido»⁶⁸⁶, lo que le lleva a afirmar que

[L]os artículos 101 TFUE y 102 TFUE⁶⁸⁷ son, en este sentido, disposiciones fundamentales y esenciales para el funcionamiento del mercado interior, sin las cuales la Unión no funcionaría y cuyo incumplimiento, flagrante o no, evidente o no, sería inaceptable desde el punto de vista del ordenamiento jurídico de la Unión [pie de página 46 de las conclusiones].

El orden público, pues, sería un mecanismo de salvaguardia de los intereses fundamentales de la Unión; en este caso, del Derecho de la competencia.

7.5. El caso *Paoletti* (C-218/15)⁶⁸⁸.

De nuevo nos encontramos con una sentencia que, a diferencia de las conclusiones del Abogado General, no funda su argumentación en el orden público. Unos ciudadanos italianos estaban imputados por haber organizado la entrada ilegal de nacionales rumanos para beneficiarse de la explotación intensiva y continuada de mano de obra extranjera barata (apdo. 9). El órgano *a quo* preguntó al TJUE si la adhesión de Rumanía a la Unión había dado lugar a la despenalización del delito de ayuda a la inmigración ilegal respecto a los nacionales rumanos y si debía aplicarse la retroactividad de la ley penal más favorable a los acusados italianos (apdo. 10)⁶⁸⁹.

El TJUE fundamentó su respuesta en que la adquisición de la ciudadanía de la Unión constituye una situación fáctica que no modifica los elementos constitutivos de un delito (apdo. 33), cuya tipificación, además, no había sufrido modificación alguna (apdo. 28).

⁶⁸⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Melchior Wathelet, presentadas el 14 de enero de 2016, asunto C-438/14, ECLI:EU:C:2016:11, apdo. 100 (pie de página 46 de las conclusiones).

⁶⁸⁷ Según el primer párrafo del art. 102 TFUE, «[s]erá incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo».

⁶⁸⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-218/15, *Paoletti y otros*, de 6 de octubre de 2016, ECLI:EU:C:2016:748.

⁶⁸⁹ Respecto al principio de retroactividad de la ley penal más favorable del art. 49.1 CDFUE, el TJUE afirma que es indiferente que los hechos se produjeran antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, porque ya entonces era un principio general del Derecho de la Unión derivado de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (apdos. 24 a 26).

Dado que se trata de un delito instantáneo, fue consumado «plena y definitivamente» antes de la adhesión de Rumanía (apdos. 39 y 40), por lo que la adhesión no produjo la despenalización del delito.

El Abogado General Yves Bot, por su parte, distingue en sus conclusiones entre dos de los elementos constitutivos del delito: un elemento jurídico y un elemento material. Mientras que el TJUE reduce su análisis al elemento material —relativo a las consecuencias derivadas de un delito instantáneo—, el Abogado aborda también el denominado «elemento jurídico»: la necesidad que ha legitimado la tipificación delictiva⁶⁹⁰. Esta necesidad la identifica en la salvaguardia del orden público:

[L]a potestad sancionadora corresponde a la autoridad pública, que está facultada para elaborar leyes. Esta última dispone de ella para prohibir las conductas que, en su opinión, suponen un menoscabo de los conceptos que considera esenciales ya sea desde el punto de vista de su moral social o de sus principios fundamentales de funcionamiento, es decir, aquellos actos que perjudican lo que habitualmente se denomina orden público [apdo. 20 de las conclusiones].

El orden público, pues, quedaría identificado con la moral social y los principios fundamentales y podría ser salvaguardado a través de la tipificación delictiva o la potestad sancionadora. Lo más interesante de su reflexión es que reconoce dos tipos de orden público, el nacional y el de la Unión, y se pregunta a cuál de los dos afecta el delito cometido:

Desde mi punto de vista, no cabe duda de que en este caso se trata del orden público de la Unión. En efecto, la legislación penal italiana existe sólo como ejecución de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2002/90⁶⁹¹, según el cual los Estados miembros adoptarán sanciones adecuadas contra cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro [...] [apdo. 22 de las conclusiones].

Y se pregunta el Abogado,

¿para qué sirve dicha norma? Para proteger, en el marco del mercado interior, las normas específicas de la Unión que son únicamente aplicables a los ciudadanos de la Unión, es decir, para proteger un funcionamiento que pone en juego, combinándolos, libertades y conceptos tan fundamentales como la libertad de circulación, la libertad de establecimiento y la ciudadanía, a saber, los propios pilares de la construcción de la Unión [apdo. 24 de las conclusiones].

⁶⁹⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Yves Bot, presentadas el 26 de mayo de 2016, asunto C-218/15, ECLI:EU:C:2016:370, apdos. 18 y 19.

⁶⁹¹ Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, DO L 328 de 5.12.2002, p. 17.

El concreto elemento del orden público que resulta amenazado por este delito es el propio estatuto jurídico de ciudadanía de la Unión:

El deseo de que, atendiendo a cada situación concreta, se pueda bien juzgar al culpable que reside en el extranjero por la alteración causada al orden público de la Unión, bien proceder a su expulsión, demuestra hasta qué punto dicho orden público se ve alterado por este tipo de delito [apdo. 25 de las conclusiones].

De este modo, el principio de retroactividad de la ley penal más favorable no puede justificar la lesión al orden público:

[N]o cabe duda de que se trata del orden público de la Unión. Ahora bien, no encuentro ninguna disposición en la Directiva 2002/90 ni en ningún otro texto normativo que permita considerar que el acceso a una ciudadanía «completa» de la Unión debe, o incluso simplemente puede, implicar la desaparición del perjuicio causado a dicho orden público superior y como consecuencia, la del delito cometido por los inculpados, que se dedicaron a lo que, en lenguaje corriente, se denomina tráfico de mano de obra [apdo. 26 de las conclusiones].

Debemos apreciar que el Abogado distingue dos niveles de orden público y atribuye al de la Unión la misma caracterización que el orden público estatal: considerado como un núcleo de valores morales y principios fundamentales, el orden público, a través de la tipificación delictiva, impone la salvaguardia de un concreto elemento (la adquisición de la ciudadanía de la Unión, presupuesto para todos los derechos de la Unión) sobre otros principios, como el de retroactividad de la ley penal más favorable.

7.6. El caso *Achmea* (C-284/16)⁶⁹².

La empresa neerlandesa Achmea constituyó una filial en Eslovaquia después de que este país reformara su sistema sanitario y permitiera la entrada en su mercado de las empresas nacionales de otros Estados que ofrecieran prestaciones de seguro de enfermedad privado. No obstante, en 2007 una ley eslovaca —que finalmente fue declarada inconstitucional— prohibió la distribución de los beneficios procedentes de las actividades de seguro de enfermedad privado. Por ello, Achmea demandó a Eslovaquia para reclamar los perjuicios ocasionados. La demanda la interpuso en Alemania, a través del procedimiento de arbitraje previsto en el art. 8 del Tratado para el Fomento y la Protección Recíproco de las

⁶⁹² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-284/16, *Achmea*, de 6 de marzo de 2018, ECLI:EU:C:2018:158.

Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca (TBI), y obtuvo un laudo estimatorio que llegó hasta el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán (apdos. 7 a 9).

El órgano *a quo* preguntó, en concreto, si era compatible con los arts. 18⁶⁹³, 267⁶⁹⁴ y 344⁶⁹⁵ TFUE la cláusula de sometimiento a arbitraje del art. 8 del TBI. El TJUE solucionó el caso apelando al principio de confianza mutua entre Estados miembros:

El Derecho de la Unión se asienta, por tanto, en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que estos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión, como se precisa en el artículo 2 TUE. Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica [apdo. 34]⁶⁹⁶.

Por ello, el TJUE estableció que el art. 8 del TBI vulneraba la autonomía del Derecho de la Unión (apdo. 59) y podía poner en peligro tanto el principio de confianza mutua entre los Estados miembros como la preservación del carácter propio del Derecho establecido por los Tratados, no siendo compatible con el principio de cooperación leal (apdo. 58). Afirmó que el tribunal arbitral del art. 8 del TBI, que podía verse obligado a interpretar o aplicar disposiciones relativas a las libertades fundamentales (apdo. 42), no era un órgano jurisdiccional facultado para solicitar una decisión prejudicial al TJUE (apdo. 49) y, aunque el laudo estaba sujeto al control de un órgano judicial de un Estado miembro (en este caso, el alemán), dicho tribunal sólo podía realizar un control judicial en la medida de lo

⁶⁹³ «En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones».

⁶⁹⁴ «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión».

⁶⁹⁵ «Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos».

⁶⁹⁶ Este apartado 34 reproduce el apartado 168 del Dictamen 2/13 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictamen 2/13, *Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, de 18 de diciembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2454). Para LENAERTS, el Dictamen 2/13 confirmó que el principio de confianza mutua, cuya base constitucional sería el principio de igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, es un principio constitucional que impregna el total espacio de libertad, seguridad y justicia. LENAERTS, K. (2017), *op. cit.*, pp. 808 y 813.

permitido por su Derecho nacional, que, en el caso alemán, limita el control a la validez del convenio arbitral conforme a ley aplicable o la vulneración del orden público (apdo. 53).

En consecuencia,

[L]os artículos 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un tratado internacional celebrado entre Estados miembros, como el artículo 8 del [TBI], conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro [fallo].

El Abogado General Melchior Wathelet llega, sin embargo, a la conclusión opuesta, pues considera que el tribunal arbitral del art. 8 del TBI sí es un órgano judicial⁶⁹⁷ y, por tanto, no se infringe el principio de confianza mutua (apdo. 267 de las conclusiones). Interesa a nuestros efectos sus opiniones respecto al orden público europeo, concepto que se encuentra ausente en la argumentación del TJUE. El Abogado avanza en su teorización del orden público europeo emprendida en *Gazprom* y *Genentech* y enumera los que son, a su juicio, los componentes de dicha categoría:

[E]n el ejercicio de su papel de guardianes del Derecho de la Unión, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros velarán por el cumplimiento de las normas y principios que constituyen las propias bases del ordenamiento jurídico de la Unión, como la primacía del Derecho de la Unión, las cuatro libertades fundamentales, la ciudadanía de la Unión, el espacio de libertad, seguridad y justicia, el Derecho en materia de competencia y ayudas estatales y los derechos fundamentales [apdo. 236 de las conclusiones].

Además, afirma que son los órganos jurisdiccionales nacionales los responsables de velar por la plena vigencia y eficacia del orden público europeo: son los «encargados de garantizar la uniformidad de la aplicación del Derecho de la Unión y el cumplimiento de las normas de orden público europeo» (apdo. 241 de las conclusiones), y ello con independencia del tipo de procedimiento judicial y tanto en materia de competencia como en otros ámbitos de Derecho de la Unión (apdo. 244 de las conclusiones). El orden público europeo actúa, asimismo, como un factor de homogeneización:

La uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión puede quedar garantizada al amparo de varios motivos, entre los cuales los más pertinentes son la falta de conformidad del procedimiento

⁶⁹⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Melchior Wathelet, presentadas el 19 de septiembre de 2017, asunto C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699, apdo. 85.

arbitral con lo acordado por las partes, y el resultar contrario al orden público, incluido el orden público europeo [apdo. 250 de las conclusiones].

En definitiva, a pesar del silencio que al respecto guarda el TJUE, en las conclusiones a este caso el Abogado General apuesta definitivamente por un concepto de orden público propio de la Unión, si bien puede afirmar que resulta excesivamente amplio, pues equipara derechos y libertades fundamentales con un principio del ordenamiento de la Unión como el de la primacía, un conjunto de normativa (el espacio de libertad, seguridad y justicia) y el Derecho económico de la competencia.

7.7. Conclusiones de la sexta fase. Valoración conclusiva del análisis jurisprudencial.

Las fases presentadas en este trabajo han intentado ofrecer una sistematización a una jurisprudencia cuya evolución, por su propia naturaleza, depende de manera directa de la progresión del proyecto comunitario. Durante las tres primeras fases el orden público era concebido como un concepto esencialmente estatal, aunque se admitía que la integración en la UE debía producir un impacto en el mismo y que era necesario otorgar al TJUE una intervención a su invocación en la esfera europea. El debate, pues, no giraba en torno a la delimitación de un orden público europeo, cuyo contenido transitará desde las normas continentales de intereses jurídicos hasta los derechos fundamentales, sino a la articulación entre los órdenes públicos nacionales y el Derecho de la Unión.

Es en la cuarta fase cuando la jurisprudencia del TJUE empieza a asumir la necesidad de otorgar al orden público unos contornos europeos e incluso se empieza a tomar en consideración la posible existencia de un orden público estrictamente europeo. Sin embargo, las sentencias analizadas durante la quinta fase demuestran que la existencia de un concepto autónomo de orden público de la Unión se muestra, aún, lejana. El orden público quedará de este modo reforzado como un mecanismo que permite a los Estados miembros ampararse en sus particulares concepciones sobre valores, principios o derechos para impedir la aplicación en dichos Estados de normas de Derecho de la Unión que pudieran contradecirlas.

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa no ha modificado la configuración del orden público en la jurisprudencia del TJUE, cuyos perfiles —concepto de naturaleza

esencialmente estatal comprensivo de normas jurídicas imperativas de especial trascendencia y de valores, principios y derechos fundamentales, con un contenido procedente del Derecho de la Unión— no han sido alterados. Al contrario, se ha profundizado en ellos: así, en *flyLAL-Lithuanian Airlines* el TJUE concebirá el orden público como aquellos «intereses jurídicos» que necesariamente deben ser trasladados a normas jurídicas, y en *Diaego Brands* reafirmará la existencia de un contenido europeo en un concepto de orden público restringido, que no se extiende a la totalidad del Derecho de la Unión.

En cualquier caso, se consolida la definición (indirecta) de orden público formulada en *Krombach*: la violación del orden público se produce en caso de vulneración inaceptable del ordenamiento jurídico del Estado miembro, lo que se produce en caso de una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en dicho ordenamiento o de un derecho reconocido como fundamental en el mismo.

Por otra parte, debe destacarse que, tal vez fruto de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en *flyLAL-Lithuanian Airlines*, *Diaego Brands* y *Gazprom* el TJUE insiste particularmente en desvincular el orden público de los intereses de naturaleza económica, de modo que la finalidad económica de una norma no puede presuponer su naturaleza de orden público.

A pesar de las escasas aportaciones de la jurisprudencia de esta última fase, en los Abogados Generales encontramos un esfuerzo extraordinario por estudiar la dogmática jurídica y el propio diálogo entre Abogados para ofrecer una construcción de, en este caso sí, un orden público europeo autónomo y dotado de contenido y contornos propios.

Si bien en Juliane Kokott y Maciej Szpunar todavía encontramos una concepción estatal de orden público —la primera afirmará en *flyLAL-Lithuanian Airlines* que el orden público contiene un componente internacional y europeo determinado por los derechos fundamentales y el segundo dotará al orden público, en *Diaego Brands*, de un contenido estatal y otro de Derecho de la Unión— Yves Bot y Melchior Wathelet sí apuestan por un orden público propio de la Unión.

El Abogado General Bot distingue en *Paoletti* entre un orden público estatal y un orden público europeo, al cual atribuye la misma caracterización que aquél: un núcleo de

valores morales y principios fundamentales que debe superponerse sobre cualquier otro tipo de normativa. Por su parte, el Abogado General Wathelet identifica el orden público europeo con los principios que constituyen las propias bases del ordenamiento jurídico de la Unión, manifestadas en forma de normas y valores cuya inobservancia no sería concebible porque, de otro modo, sería inaceptable desde el punto de vista de un Estado de Derecho, libre y democrático (*Gazprom*). Dichas bases serían la primacía del Derecho de la Unión, las cuatro libertades fundamentales, la ciudadanía de la Unión, el espacio de libertad, seguridad y justicia, el Derecho en materia de competencia (arts. 101 y 102 TFUE: *Genentech*) y ayudas estatales y los derechos fundamentales (*Achmea*). Finalmente, Melchior Wathelet afirma que el orden público europeo, que actuaría como un factor de homogeneización (*Achmea*), debe salvaguardarse por los órganos jurisdiccionales nacionales con independencia de si la violación es o no manifiesta o flagrante, si se ha discutido o no en un procedimiento arbitral o incluso aunque el Derecho nacional impida una revisión en cuanto al fondo (*Genentech*).

En definitiva, el análisis jurisprudencial efectuado nos ha permitido dotar al orden público de una caracterización propia en la Unión: opera como categoría jurídica de naturaleza estatal —cuya concreción corresponde a los Estados miembros si bien comprende un contenido propio de Derecho de la Unión— que, con carácter general, permite a los Estados miembros ampararse en concepciones axiológicas singulares para restringir en su territorio la aplicabilidad del Derecho de la Unión.

Sólo en los Abogados Generales encontramos una tendencia a reconocer un orden público propio de la Unión, existente o emergente, al que habría de dotar de un contenido propio y de una operatividad específica en el contexto europeo. Estas construcciones, no obstante, no se trasladan a la argumentación del TJUE, cuyas sentencias se refieren sólo tangencialmente a un «orden público europeo» y en ningún caso construyen o caracterizan el concepto de manera autónoma, incluso aunque el Abogado General lo hubiera incluido en sus conclusiones⁶⁹⁸.

⁶⁹⁸ Aunque anecdótico, basta con comparar las palabras clave proporcionadas por la base de datos InfoCuria (<<https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>>) para comprobar cómo, mientras en las de las conclusiones aparece «orden público europeo», en la sentencia quedan reducidas a «orden público» sin otro calificativo. *Vid.*, por ejemplo, lo apuntado en los casos *Josemans* y *Diageo Brands*.

En conclusión, tampoco en la jurisprudencia del TJUE podemos encontrar un concepto de orden público propio de la Unión que, análogamente a lo que sucede en los ordenamientos constitucionales estatales, opere como cláusula de garantía de la dignidad y de centralización de la persona en el ordenamiento jurídico-político. Ello implica que, tras analizar las diferentes opiniones doctrinales sobre el tema, el Derecho originario y derivado de la UE, las posiciones de las instituciones comunitarias manifestadas en diferentes tipos de resoluciones y la jurisprudencia del TJUE, debemos concluir que no es posible trasladar a la UE, en la actualidad, las construcciones realizadas sobre el orden público en el Capítulo 1: se rechaza expresamente la existencia de una concepción homogénea de valores compartida por todos los Estados miembros y el propio análisis jurisprudencial evidencia que la máxima protección de la persona y de sus derechos fundamentales no son siempre la *ratio* principal de sus decisiones.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

**PARTE III. LA CONFORMACIÓN DE UN ORDEN
PÚBLICO PROPIO DE LA UNIÓN EUROPEA.**



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Introducción

La premisa sobre la que se construye este trabajo es que la constitucionalización de la UE requiere de una *dogmatización* que sitúe a la persona en el centro del proyecto político y del ordenamiento jurídico europeo. Si como enseñara el art. 16 DDHC todo ordenamiento constitucional pretende ordenar, limitar y racionalizar el poder (dimensión orgánica de la constitución) para garantizar así los derechos de la ciudadanía (dimensión dogmática), ambos elementos —orgánico y dogmático— son necesarios para garantizar un espacio de poder que procure la máxima realización de la igual dignidad humana, objetivo último del constitucionalismo social.

El orden público es la institución jurídica que, compuesta por los elementos axiológicos (valores, principios y derechos) vigentes en una sociedad determinada, garantiza la centralidad de la persona en el sistema político y jurídico. La ausencia de este *telos* en el ordenamiento jurídico-político europeo, dominado por intereses estatales y económicos, motiva la traslación al mismo del concepto de orden público, por otra parte olvidado en los estudios constitucionales contemporáneos.

Un orden público *europeo* puede, como el estatal, orientar el ordenamiento jurídico de la UE hacia la máxima centralidad, protección y promoción de la persona —de la igual dignidad humana—. En cuanto que núcleo axiológico, un orden público de la Unión puede suponer la *dogmatización* del espacio constitucional europeo al dotarle al mismo de un determinado y único objetivo: la centralidad de la persona en todas las manifestaciones de ejercicio del poder público.

En la Parte II ha podido comprobarse que no es posible identificar en el actual estado de la Unión un orden público europeo con la misma caracterización que su análogo

estatal, en particular en relación con las funciones que debe desempeñar la categoría. En la Parte III nos preguntaremos, en primer lugar, si es posible la efectiva traslación de este concepto a un nivel supranacional de ejercicio del poder, acudiendo para ello a la otra organización supraestatal de Europa: el Consejo de Europa y su Convenio Europeo de Derechos Humanos (Capítulo 5); en segundo lugar, exploraremos las razones que obstaculizan el desarrollo de un orden público en la UE (Capítulo 6); y, finalmente, estudiaremos las reformas a acometer en el Derecho originario y en el Derecho derivado de la Unión que podrían considerarse necesarias para la conformación de dicho orden público europeo (Capítulo 7).



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO 5. El orden público del Convenio Europeo de Derechos Humanos como modelo de referencia.

1. Concepto y contenido del orden público europeo del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La traslación de las categorías conceptuales propias del constitucionalismo a espacios supranacionales puede presentar problemas como consecuencia de la elaboración de aquéllas, fundamentalmente, en el marco del Estado-nación. Así, por ejemplo, no es perfectamente identificable en la UE una separación de poderes tal y como fue construida en el constitucionalismo clásico, del mismo modo que el Parlamento Europeo no es equiparable *strictu sensu* a los parlamentos nacionales. Por ello, la ausencia ya confirmada de un orden público de la UE puede conducirnos a la conclusión de su imposible traslación a aquel nivel por la necesaria reducción del concepto al espacio estatal; aseveración que, no obstante, debe rechazarse en atención al modelo que representa el orden público europeo del CEDH.

Como se expondrá más adelante, las tareas de reconstrucción social, económica y política del continente europeo tras la Segunda Guerra Mundial se bifurcaron en dos tendencias: una de integración económica (CECA, Euratom y CEE) y otra de cooperación para la promoción de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos. Esta segunda, que conduciría a la creación del Consejo de Europa⁶⁹⁹, ha dado lugar al sistema

⁶⁹⁹ La cita al Consejo de Europa se entiende referida al ámbito espacial de aplicación del CEDH y a la labor

de protección regional de derechos más ambicioso y eficaz del mundo, y ha convertido a su carta de derechos, el CEDH, en un «instrumento constitucional de orden público europeo»⁷⁰⁰.

El CEDH constituye de este modo un instrumento de integración europea basado en el respeto a un mínimo de derechos fundamentales⁷⁰¹ cuya finalidad es el establecimiento de un orden público europeo. Así se desprende de la primera mención al concepto que encontramos en el ámbito del Consejo de Europa, la decisión de admisibilidad del caso *Austria c. Italia* (1961), en el que la Comisión Europea de Derechos Humanos⁷⁰² afirmó que

*the propose of the High Contracting Parties in concluding the Convention was not to concede to each other reciprocal rights and obligations in pursuance of their individual national interests but to realise the aims and ideals of the Council of Europe, as expressed in its Statute, and to stablish a common public order of the free democracies of Europe with the object of safeguarding their common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law*⁷⁰³.

La conformación de un orden público europeo propio del ámbito del Consejo de Europa nos obliga a analizar la construcción del mismo por parte del TEDH a partir del CEDH —al que califica como instrumento constitucional de orden público europeo— para, a continuación, extraer las lecciones que de esta conformación pueden servir a los efectos de un orden público propio de la Unión, con indicación, finalmente, de las cautelas a

interpretadora y aplicadora del TEDH.

⁷⁰⁰ De hecho, como apunta RODRÍGUEZ, «[l]as elaboraciones doctrinales sobre la naturaleza de la CEDH como una *Constitutional Bill of Rights* de los Estados miembros del Consejo de Europa se remontan a la consideración de la Convención como expresión del “orden público europeo” en materia de Derechos Humanos, indisponible, en este sentido, para sus propios Estados miembros, y a su caracterización en este sentido por parte del propio TEDH». RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 118.

⁷⁰¹ BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. DE, *op. cit.*, p. 349.

⁷⁰² Con anterioridad a la entrada en vigor del Protocolo n.º 11 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio (Estrasburgo, 11 de mayo de 1994), las demandas individuales por violaciones de derechos humanos eran dirigidas, en primer lugar, a una Comisión Europea de Derechos Humanos (art. 25.1 CEDH, redacción original), que emitía, si no era posible el acuerdo, un informe relativo a los hechos del caso y un dictamen sobre si los hechos implicaban una violación de derechos (art. 31.1 CEDH, ídem). El informe era remitido al Comité de Ministros (art. 31.2 CEDH, ídem), que podía resolver el caso mediante decisión o derivarlo al TEDH (art. 32 CEDH, ídem). El Protocolo n.º 11 reconoció la legitimación activa directa ante el TEDH a las víctimas de presuntas vulneraciones de derechos, eliminando el filtro de la Comisión Europea de Derechos Humanos.

⁷⁰³ Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de admisibilidad de 11 de enero de 1961, demanda 788/60, *Austria c. Italia*, en *Yearbook of the European Convention on Human Rights. The European Commission and European Court of Human Rights. Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commission et Cour Européennes des Droits de l'Homme. 1961*, vol. 4, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1962, pp. 116-183. En concreto, p. 138.

adoptar en la traslación de aquella categoría al ámbito propio de la Unión. En este epígrafe analizaremos la jurisprudencia del TEDH a los efectos de determinar la conceptualización y caracterización que del orden público ha efectuado este tribunal a partir del instrumento de protección de derechos que constituye el CEDH.

1.1. Conceptualización del orden público europeo en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El TEDH no ha elaborado ninguna definición precisa del concepto de orden público europeo —«síntesis» del sistema europeo de garantía de los derechos humanos según ANDRIANTSIMBAZOVINA⁷⁰⁴— ni ha realizado ninguna catalogación de los concretos valores, principios o derechos que lo componen, pese a ser frecuente su invocación en su jurisprudencia. Las referencias al orden público europeo se limitan a la atribución a determinados derechos del calificativo de orden público y, sobre todo, al establecimiento del criterio que fundamenta el concepto y que servirá de parámetro de ponderación, aplicación y límite a los derechos: la democracia.

No obstante, nos interesa formular, por motivos metodológicos y con intención clarificadora, una definición general, desligada de su posible contenido, del concepto. Las manifestaciones que algunos jueces del TEDH han realizado en sus opiniones concurrentes o disidentes aportan información útil a estos efectos. Según el juez portugués Pinto de Albuquerque, el orden público europeo son «los valores más básicos e innegociables del ordenamiento jurídico europeo a cuya violación el Tribunal no podría permanecer indiferente»⁷⁰⁵ y estaría formado por «los estándares mínimos fundamentales de protección de los derechos humanos»⁷⁰⁶. De estas ideas podemos deducir que el orden público europeo estaría integrado por valores (esto es, sería una categoría axiológica),

⁷⁰⁴ ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., «"Chronique droits de l'homme". L'élaboration progressive d'un ordre public européen des droits de l'homme. Réflexions à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1988 à 1995», en *Cahiers de droit européen*, vol. 33, n.º 5-6, 1997, p. 667.

⁷⁰⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, opinión concurrente del juez Pinto de Albuquerque, a la que se unen los jueces Hajiyev, Pejchal y Dedov, demanda 5809/08, *Al-Dulimi y Montana Management Inc. c. Suiza*, de 21 de junio de 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0621JUD000580908, apdo. 49.

⁷⁰⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, opinión concurrente del juez Pinto de Albuquerque, (...) demanda 5809/08, *cit.*, apdo. 37.

inspirados por el único material jurídico del que dispone el TEDH: los derechos humanos garantizados en el CEDH y sus Protocolos⁷⁰⁷.

El problema de la indeterminación del concepto ya había sido denunciado por el juez Pettiti, que apostaba por que el TEDH definiera directamente el orden público europeo, señalando, incluso, el método para efectuarlo:

*A study of comparative law should be undertaken by the member States by appointing an ad hoc committee of experts to examine the legislation and judicial and administrative practices of the member States in these areas so as to avoid divergences from country to country, which would not be compatible with the common undertaking of member States to guarantee together the protection of the rights enshrined in the European Convention on Human Rights*⁷⁰⁸.

En otra opinión disidente, el juez Pinto de Albuquerque dedicó especial atención al carácter europeo del orden público que se manifiesta en este ámbito: está formado por estándares europeos y no puede ser instrumentalizado conforme a parámetros nacionales —al modo, como se ha visto, de la utilización que de la institución de orden público realizan los Estados miembros en el ámbito de la UE—:

*[T]he Court has previously had occasion to describe the Convention as a «constitutional instrument of European public order (ordre public)». This means that ordre public cannot be raised against the Convention system as a bulwark to ring-fence the national margin of appreciation. European standards form an integral part of this ordre public and cannot be negated for the sake of national preferences. The notion of ordre public cannot be instrumentalised as if were a tool of variable parameters whose application is subject to national circumstances*⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ Resulta interesante, por ejemplo, la equiparación que en el caso *Chipre c. Turquía* se efectúa entre «orden público europeo» y derechos humanos a propósito de las violaciones de derechos (detención, asesinato, desplazamiento de personas, separación de familias, saqueos, etc.) perpetradas como consecuencia de la ocupación turca del cuarenta por ciento del territorio de Chipre en la operación Atila de 20 de julio de 1974. El gobierno chipriota alegó que las violaciones sistemáticas de derechos humanos cometidas por Turquía constituían una «violación flagrante del orden público de Europa» (Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de admisibilidad de 10 de julio de 1978, demanda 8007/77, *Chipre c. Turquía*, en *Yearbook of the European Convention on Human Rights. Council of Europe. Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Conseil de l'Europe. 1978*, vol. 21, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1979, pp. 100-247. En concreto, p. 200). También adujo que el orden público de Europa se había visto perturbado por las violaciones flagrantes del Convenio por parte de Turquía (Comisión Europea de Derechos Humanos, informe de 4 de octubre de 1983, hecho público por el Comité de Ministros mediante Resolución de 2 de abril de 1992; Resolución DH (92) 12, p. 522). Esta equiparación también fue efectuada, en sendas *separate opinion*, por los jueces A. Triantafyllides y G. Tenekides. Aquél afirmó que existía una «gran urgencia en restablecer el orden público de Europa» en Chipre (p. 550) y éste que, en este país, el «orden público europeo ha sido perturbado» (p. 559) (ambos en el citado informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos).

⁷⁰⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, opinión concurrente del juez Pettiti, demanda 19465/92, *Nasri c. Francia*, de 13 de julio de 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:0713JUD001946592.

⁷⁰⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, opinión disidente del juez Pinto de Albuquerque, a la que se une el juez Vehabović, demanda 43494/09, *Garib c. Países Bajos*, de 6 de noviembre de 2017,

Como toda declaración de derechos, el CEDH y sus Protocolos deben ser interpretados conforme a una escala de valores determinada. Aunque el concepto de orden público europeo pretende precisamente constituir una escala de valores propia europea, los valores primigenios proceden del, en palabras del preámbulo del Convenio, «patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas» de Europa. En este sentido, conforme a dicho patrimonio común axiológico será posible alcanzar en determinados derechos un entendimiento mutuo (por ejemplo, una interpretación del derecho a la vida que excluya la pena de muerte), mientras que en otros el grado de entendimiento será menor (por ejemplo, una interpretación del derecho al matrimonio que incluya el matrimonio entre personas del mismo sexo).

El criterio que determina la concreta interpretación y aplicación de un determinado derecho, que puede oscilar desde el acuerdo absoluto (los cuarenta y siete Estados parte comparten una misma valoración de un derecho) hasta el desacuerdo absoluto (existen cuarenta y siete valoraciones distintas de un mismo derecho) está constituido por el «margen de apreciación»⁷¹⁰, criterio determinado libremente por el TEDH⁷¹¹ según el grado de aceptación de una determinada interpretación del derecho así como los criterios éticos, religiosos, morales o de otra índole implicados⁷¹².

ECLI:CE:ECHR:2017:1106JUD004349409, apdo. 9.

⁷¹⁰ Sobre el margen de apreciación, *vid.* ARAI-TAKAHASI, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia/Hart, Amberes/Oxford, 2002; GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010; GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 104-136.

⁷¹¹ A pesar de ser un instrumento elaborado por la jurisprudencia del TEDH, el Protocolo n.º 15 pretende positivizar el margen de apreciación, así como el principio de subsidiariedad, mediante la inclusión al final del preámbulo del CEDH del siguiente nuevo considerando: «Afirmando que incumbe en primer lugar a las Altas Partes Contratantes, con arreglo al principio de subsidiariedad, garantizar el respeto de los derechos y libertades definidos en el presente Convenio y sus protocolos, y que, al hacerlo, gozan de un margen de apreciación, bajo el control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que instituye el presente Convenio». Protocolo n.º 15 de enmienda al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Estrasburgo, 24 de junio de 2013. El Protocolo entró en vigor el 1 de agosto de 2021.

⁷¹² Según la jurista francesa DELMAS-MARTY, la inexistencia de un «espacio público europeo» donde converjan valores comunes obliga al TEDH a tener en cuenta la diversidad de tradiciones nacionales a través del «margen nacional de apreciación». En este sentido, un control demasiado restringido, que se correspondería con un margen nacional de apreciación importante, corre el riesgo de sacrificar la unidad de la noción de sociedad democrática y, por tanto, la construcción de un orden europeo de libertades. DELMAS-MARTY, M., «Pluralisme et traditions nationales (revendication des droits individuels)», en TAVERNIER, P. (ed.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme? Le Cour de Strasbourg et la réalisation d'une «union plus étroite» (35 années de jurisprudence: 1959-1994)*, Bruylant, Bruselas, 1996, pp. 87-88. No obstante, GARCÍA ROCA considera necesario el margen de apreciación nacional tanto por la propia diversidad de los Estados parte del CEDH como por la naturaleza subsidiaria del instrumento. GARCÍA ROCA, J., «Soberanía estatal versus integración

Un común entendimiento general sobre la valoración de un derecho por parte de los Estados miembros impedirá al Estado demandado, en mayor o menor medida, aplicar su propia interpretación discordante de la general. Por el contrario, un entendimiento poco común de un mismo derecho permitirá a los Estados aplicaciones distintas y dispares, incluso contradictorias, del mismo⁷¹³. Esta autolimitación del TEDH no es sino una consecuencia de la naturaleza limitada y subsidiaria de la protección internacional de derechos⁷¹⁴. Ilustraremos con dos ejemplos la aplicación de este margen de apreciación.

En el caso *Tyrer c. Reino Unido* (1978)⁷¹⁵ el joven de 15 años Anthony M. Tyrer, residente en la Isla de Man, dependiente del Reino Unido, fue condenado a ser golpeado con una vara por agredir a otro joven (apdos. 9 y 10). Aunque los castigos corporales fueron suprimidos en 1948 en Inglaterra, Gales y Escocia y en 1968 en Irlanda del Norte (apdo. 14), en la década de 1970 continuaban en vigor en la Isla de Man como medio para proteger el orden público (apdo. 15). El fiscal de dicho distrito alegó ante el TEDH, frente a una posible vulneración del art. 3 CEDH (prohibición de la tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes), que no existía violación del Convenio porque el castigo judicial corporal estaba admitido por la opinión pública local (apdo. 31).

El TEDH desestimó la alegación del fiscal y constató la violación del CEDH por ser inadmisibile conforme al «patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de primacía del Derecho» al que se refiere el preámbulo del CEDH y en el que debe considerársele partícipe (apdo. 38). Se trata de un caso, por tanto, en que se aplicó un estándar europeo contrario a una práctica nacional que se escudaba en la

europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?», en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 29-30.

⁷¹³ GARCÍA ROCA utiliza la imagen de los círculos concéntricos para ilustrar la relación entre el margen de apreciación nacional y el control europeo: en el círculo externo, donde se situarían derechos como los de propiedad, el control europeo sería poco intenso y el margen de apreciación nacional amplio; en el círculo interno y más pequeño, en el que se situaría el derecho a la vida o la prohibición de tortura, el control europeo sería estricto y el margen nacional reducido; la mayoría de los derechos se situaría en el círculo intermedio, por lo que sería en esa zona donde se debería trabajar para un mayor entendimiento común europeo de los derechos. GARCÍA ROCA, J., «El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo», en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 36-37.

⁷¹⁴ GARCÍA ROCA, J. (2019), *op. cit.*, p. 104.

⁷¹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 5856/72, *Tyrer c. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978, ECLI:CE:ECHR:1978:0425JUD000585672.

defensa de su propio orden público para pretender su mantenimiento. El margen de apreciación era muy reducido, porque era prácticamente unánime en Europa el rechazo a las torturas como forma de castigo judicial. El Reino Unido (la Isla de Man) no podía, en consecuencia, imponer su interpretación diferente (contraria) a dicho común entendimiento.

La situación contraria se produce en el caso *Orlandi y otros c. Italia* (2017)⁷¹⁶. Un grupo de parejas homosexuales demandó a Italia ante el TEDH por vulneración de los arts. 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), 12 (derecho a contraer matrimonio) y 14 (prohibición de discriminación) del CEDH porque las autoridades italianas habían denegado la inscripción en los registros públicos de sus matrimonios, contraídos en países que sí reconocían el matrimonio entre parejas del mismo sexo (en concreto, Canadá, Países Bajos y también California), porque, aducían aquéllas, el matrimonio entre parejas del mismo sexo era contrario a las normas del orden público interno. El gobierno italiano alegó que el CEDH no reconoce a las parejas homosexuales el derecho a casarse, lo que requeriría un consenso entre los Estados (apdo. 171)⁷¹⁷, mientras que entre los terceros intervinientes se adujo que el matrimonio entre personas del mismo sexo no formaba parte del orden público europeo⁷¹⁸.

El margen de apreciación en esta materia era amplio, pues los Estados no habían alcanzado un entendimiento común sobre la aceptación del matrimonio homosexual⁷¹⁹.

⁷¹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demandas 26431/12, 26742/12, 44057/12 y 60088/12, *Orlandi y otros c. Italia*, de 14 de diciembre de 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:1214JUD002643112.

⁷¹⁷ Aunque no lo formula en los mismos términos, su postura se asemeja a la mantenida por la Corte de Casación italiana en el procedimiento previo a la demanda ante el TEDH: la denegación de la inscripción del matrimonio homosexual en el registro público no se fundamentaba en su oposición al orden público, sino como una simple consecuencia del hecho de que no estaba reconocido como matrimonio en el ordenamiento jurídico italiano (apdo. 63). Esto es, el matrimonio homosexual era contrario al ordenamiento jurídico porque no estaba permitido por la normativa italiana, pero no era contrario al orden público, ya que no se oponía, en principio, a los valores italianos.

⁷¹⁸ Según el European Centre for Law and Justice (ECLJ), el principal instrumento del orden público europeo —cuya existencia reconocen como una realidad al margen del orden público nacional— es el CEDH, y dado que el derecho a contraer matrimonio no es otorgado por este instrumento a los homosexuales, no puede formar parte del orden público europeo (apdos. 188 y 189). A pesar de que el orden público había sido un argumento recurrente por las partes, el TEDH no realiza un análisis exhaustivo de la problemática, probablemente porque no concibe al orden público como núcleo axiológico (como lo había hecho el ECLJ), sino como la oposición al desorden que derivaría de un resultado contrario al ordenamiento jurídico (la existencia de matrimonios homosexuales en un ordenamiento que no permite el matrimonio homosexual).

⁷¹⁹ Pese a ello, el TEDH reconoció una creciente tendencia a su aceptación: quince países del Consejo de Europa reconocían el matrimonio homosexual (apdo. 110) y diecinueve alguna otra forma de unión civil (apdo. 111).

Por ello, el TEDH recordó su doctrina según la cual el art. 12 CEDH no se limita al matrimonio heterosexual, pero tampoco impone el reconocimiento del matrimonio homosexual⁷²⁰. La no imposición, no obstante, no excluye que las parejas del mismo sexo no necesiten una protección y un reconocimiento legal⁷²¹. Esto es, no existe una común aceptación respecto al matrimonio homosexual, pero sí en relación con algún tipo de reconocimiento y protección (como las uniones civiles)⁷²², pues de lo contrario se estaría ignorando la «realidad social» (apdo. 209).

En el caso *Orlandi y otros c. Italia* podemos observar, por una parte, cómo el margen de apreciación ante una valoración no unánime de un derecho (el derecho a contraer matrimonio) permite al Estado una interpretación distinta a la de otros Estados parte (aquellos que reconocen el matrimonio homosexual); por otra parte, apreciamos también una tendencia a incluir progresivamente el matrimonio entre personas del mismo sexo en el concepto de orden público europeo sobre la base de la creciente aceptación social.

1.2. El orden público europeo y la democracia.

Como órgano del Consejo de Europa, la misión del TEDH es garantizar en la mayor medida posible la tríada de objetivos para la que dicha organización fue constituida: democracia, Estado de Derecho y derechos humanos. A tal fin, el tribunal ha afirmado reiteradamente que estos tres conceptos no son independientes e inconexos, sino que están interrelacionados entre sí, constituyendo la democracia la piedra angular del sistema del CEDH. De este modo, el TEDH vincula los conceptos de orden público europeo y democracia, siendo éste el fundamento de aquél.

⁷²⁰ Criterio fijado en Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 30141/04, *Schalk y Kopf c. Austria*, de 24 de junio de 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0624JUD003014104, apdos. 61 a 63. Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 37359/09, *Hämäläinen c. Finlandia*, de 16 de julio de 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0716JUD003735909, apdo. 96; demandas 18766/11 y 36030/11, *Oliari y otros c. Italia*, de 21 de julio de 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, apdos. 191 a 193; demanda 40183/07, *Chapin y Charpentier c. Francia*, de 9 de junio de 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0609JUD004018307, apdo. 39.

⁷²¹ Criterio fijado en Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 30141/04, *cit.*, apdo. 99. Vid. también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demandas 29381/09 y 32684/09, *Vallianatos y otros c. Grecia*, de 7 de noviembre de 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, apdo. 81.

⁷²² Este hecho motivó la constatación de la vulneración del 8 CEDH respecto de las situaciones producidas antes de la entrada en vigor de la legislación italiana que reconocía las uniones civiles para las parejas homosexuales.

La primera y principal elaboración sobre la relación entre democracia, derechos humanos y orden público europeo la encontramos en la sentencia *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía* (1998)⁷²³. Esta sentencia parte de un estudio axiológico del significado del preámbulo del Convenio para afirmar que la democracia es, «sin duda», una característica fundamental del orden público europeo⁷²⁴. El tribunal analiza en primer lugar su cuarto párrafo⁷²⁵ para llegar a la conclusión de que, de acuerdo con el CEDH, el mantenimiento y la realización —es decir, la efectividad— de los derechos humanos y las libertades fundamentales dependen, en primer lugar, de una democracia política efectiva (en la traducción española, de un «régimen político verdaderamente democrático») y, en segundo lugar, de una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos⁷²⁶.

⁷²³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 19392/92, *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía*, de 30 de enero de 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0130JUD001939292. Dicho análisis se realiza en el apartado 45 de la sentencia.

⁷²⁴ La consagración de la democracia como elemento fundamental del orden público europeo, tal y como se argumenta en el caso *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía* será constantemente referida en la jurisprudencia del TEDH; por ejemplo: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sección tercera, demandas 41340/98, 41342/98, 41343/98 y 41344/98, *Refah Partisi (The Welfare Party) y otros c. Turquía*, de 31 de julio de 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0731JUD004134098, apdo. 45; demanda 17707/02, *Melnychenko c. Ucrania*, de 19 de octubre de 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:1019JUD001770702, apdo. 53; demanda 72881/01, *The Moscow Branch of The Salvation Army c. Rusia*, de 5 de octubre de 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:1005JUD007288101, apdo. 60; demanda 1543/06, *Bączkowski y otros c. Polonia*, de 3 de mayo de 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0503JUD000154306, apdo. 61; demanda 7/08, *Tănase y Chirtoacă c. Moldavia*, de 18 de noviembre de 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1118JUD000000708, apdo. 100; demandas 412/03 y 35677/04, *Holy Synod of The Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) y otros c. Bulgaria*, de 22 de enero de 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0122JUD000041203, apdo. 121; demanda 20201/04, *Frodl c. Austria*, de 8 de abril de 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0408JUD002020104, apdo. 22; demandas 42461/13 y 44357/13, *Karácsony y otros c. Hungría*, de 17 de mayo de 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0517JUD004246113, apdo. 141; demanda 310/15, *Mugemangango c. Bélgica*, de 10 de julio de 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0710JUD000031015, apdo. 67. Las propias partes también empezaron a incorporar la referencia a la democracia en sus alegaciones. Así, en el caso *Herri Batasuna y Batasuna c. España*, el gobierno español citó la jurisprudencia del TEDH que establece que la democracia es una característica fundamental del orden público europeo. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demandas 25803/04 y 25817/04, *Herri Batasuna y Batasuna c. España*, de 30 de junio de 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0630JUD002580304, apdo. 72.

⁷²⁵ En este párrafo se establece literalmente que los gobiernos signatarios reafirman «su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos de los cuales dependen».

⁷²⁶ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 22954/93, *Ahmed y otros c. Reino Unido*, de 2 de septiembre de 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0902JUD002295493, apdo. 52; sección primera, demanda 58278/00, *Ždanoka c. Letonia*, de 17 de junio de 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0617JUD005827800, apdo. 78; pleno, demanda 58278/00, *Ždanoka c. Letonia*, de 16 de marzo de 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0316JUD005827800, apdo. 98.

De los términos literales del preámbulo se desprende que su finalidad no es tanto evaluar la situación de los Estados contratantes firmantes del Convenio (afirmar que son todos Estados democráticos, al menos hasta un cierto nivel) sino, por el contrario, definir las condiciones para asegurar su éxito en un futuro. Ello exigiría, en primer lugar, que todos los Estados garantizaran un auténtico sistema democrático como único «ecosistema» en que pueden asegurarse efectivamente los derechos fundamentales (la división de poderes o los contrapesos al poder como condición para un adecuado ejercicio de los derechos).

Mayor interés despierta el segundo fundamento de este razonamiento, el común entendimiento o «concepción y respeto comunes de los derechos humanos», que el TEDH reconduce al primero hasta convertir la democracia en el basamento único del orden público europeo. Dejando de lado el «común respeto» de los derechos fundamentales — como condición evidente para el buen desarrollo del CEDH—, la afirmación de la «común concepción» plantea algunas dificultades. Como indica el TEDH, para su comprensión debemos acudir al siguiente párrafo del preámbulo: los Estados contratantes están «en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de primacía del Derecho». Este patrimonio común, indicábamos, es una condición necesaria para el buen desarrollo de la CEDH y, por tanto, de los derechos humanos.

El TEDH afirma que es ese patrimonio común el que proporciona los valores que subyacen al Convenio: «*The Court has observed that in that common heritage are to be found the underlying values of the Convention*»⁷²⁷. Se desprende de ello que todo catálogo, declaración o sistema de derechos necesita de un núcleo axiológico que, subyaciendo a los mismos, les dote de sentido y coherencia: esto es lo que denominamos orden público. Esos valores, dada la inexistencia de un ordenamiento jurídico europeo, sólo pueden proceder del «patrimonio común» —lo que equivaldría, en la terminología del TJUE, a las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros»—. La labor consecuente sería determinar cuáles son, en concreto, los valores que integrarían el orden público europeo.

⁷²⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 19392/92, *cit.*, apdo. 45. *Vid.* también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 14038/88, *Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001403888, apdo. 88.

Sin embargo, como se ha afirmado anteriormente, el TEDH evita la realización de un catálogo de valores para, en su lugar, formular una regla de determinación de los mismos: «[I]t has pointed out several times that the Convention was designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society»⁷²⁸. Aquello que debe guiar la interpretación y aplicación de los derechos debe ser, por tanto, el criterio de la «sociedad democrática», sus ideales y valores. Este criterio sirve, entre otros aspectos, para justificar las limitaciones a los derechos consagrados en el CEDH: los artículos 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), 9 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), 10 (libertad de expresión) y 11 (libertad de reunión y de asociación) del CEDH requieren que las interferencias en el ejercicio de esos derechos se evalúen de acuerdo con aquello que es «necesario en una sociedad democrática»; en otros términos, el único tipo de necesidad que puede justificar una interferencia en cualquiera de esos derechos es aquél que proceda de una «sociedad democrática». De este modo, según el TEDH, «*democracy thus appears to be the only political model contemplated by the Convention and, accordingly, the only one compatible with it*»⁷²⁹.

El hecho de que el TEDH funde el orden público europeo en la democracia no desvirtúa la caracterización que del concepto se realizó en el Capítulo 1, esto es, el orden público como guía axiológica orientadora del ordenamiento jurídico hacia la máxima protección de la igual dignidad humana —considerada por el TEDH, junto a la libertad, la esencia misma del CEDH⁷³⁰—. Si la democracia constituye la base del orden público europeo, la dignidad humana lo es de la democracia: «[T]olerance and respect for the equal dignity of all human beings constitute the foundations of a democratic, pluralistic society»⁷³¹. La democracia, pues, constituye la vía de inserción de la dignidad humana en la esfera del CEDH.

⁷²⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 19392/92, *cit.*, apdo. 45. *Vid.* también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demandas 5095/71, 5920/72 y 5926/72, *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000509571, apdo. 53; demanda 14038/88, *cit.*, apdo. 87.

⁷²⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 19392/92, *cit.*, apdo. 45.

⁷³⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 20166/92, *S. W. c. Reino Unido*, de 22 de noviembre de 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:1122JUD002016692, apdo. 44.

⁷³¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 35071/97, *Gündüz c. Turquía*, de 4 de diciembre de 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:1204JUD003507197, apdo. 40. Con anterioridad el TEDH había afirmado que «[t]he very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom». Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 2346/02, *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0429JUD000234602, apdo. 65.

Debe ponerse de manifiesto, además, que la democracia debe inspirar toda limitación a los derechos fundamentales y no puede operar como cláusula de *ultima ratio* que únicamente impida el ejercicio de derechos cuando dicha limitación pueda alterar el orden constitucional democrático. De este modo se pronunció el TEDH en la sentencia *Ahmed y otros c. Reino Unido* (1998):

*The Court does not accept the applicants' argument that the protection of effective democracy can only be invoked as a justification for limitations on the rights guaranteed under Article 10 in circumstances where there is a threat to the stability of the constitutional or political order. To limit this notion to that context would be to overlook both the interests served by democratic institutions such as local authorities and the need to make provision to secure their proper functioning where this is considered necessary to safeguard those interests*⁷³².

No ignora el TEDH el elevado grado de abstracción que representa la referencia a la «sociedad democrática» como elemento axiológico ponderativo en caso de colisión de derechos. Por ello, en *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía*⁷³³ el tribunal identifica determinadas previsiones del CEDH que considera características de una sociedad democrática y que, por extensión, podemos afirmar que integran el orden público europeo: la celebración pública del juicio y en presencia de las partes —conforme al art. 6 CEDH⁷³⁴—, la libertad de expresión⁷³⁵ o el derecho a unas elecciones libres del art. 3 del Protocolo n.º 1⁷³⁶.

⁷³² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 22954/93, *cit.*, apdo. 52.

⁷³³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 19392/92, *cit.*

⁷³⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 332/57, *Lawless c. Irlanda*, de 14 de noviembre de 1960, ECLI:CE:ECHR:1960:1114JUD000033257. *Vid.* también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 56422/09, *Schädler-Eberle c. Liechtenstein*, de 18 de julio de 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0718JUD005642209, apdo. 55: «*Furthermore, the applicant submitted that the reservation [una reserva temporal realizada por Liechtenstein en virtud del art. 57 CEDH] was invalid, in any event, for being incompatible with the public order of the Council of Europe. Under the present-day standards of the Convention, it had to be considered as contrary to European public order to allow national courts an unfettered discretion as to whether or not to hold a hearing. It also rendered the case-law of the Liechtenstein courts inaccessible to the public*».

⁷³⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 17851/91, *Vogt c. Alemania*, de 26 de septiembre de 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:0926JUD001785191, apdo. 52. *Vid.* también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 5493/72, *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372, apdo. 49.

⁷³⁶ Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. París, 20 de marzo de 1952. La sentencia *Mathieu-Mohin and Clerfayt c. Bélgica* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 9267/81, *Mathieu-Mohin and Clerfayt c. Bélgica*, de 2 de marzo de 1987, ECLI:CE:ECHR:1987:0302JUD000926781, apdo. 47) señaló el art. 3 del Protocolo n.º 1 como un artículo de una importancia primordial en el sistema del Convenio, y la sentencia *Ždanoka c. Letonia* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pleno, demanda 58278/00, *cit.*, apdo. 103) estableció que los derechos garantizados en ese artículo son cruciales para el establecimiento y mantenimiento de los fundamentos de una democracia efectiva y significativa regida por el Estado de Derecho. En el mismo sentido, *vid.* Tribunal Europeo de

Previamente, el TEDH ya había afirmado, en su sentencia *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca* (1976), que el «pluralismo educativo» es esencial en la preservación de la sociedad democrática⁷³⁷, estando precisamente el CEDH destinado a proteger y promover los valores de dicho tipo de sociedad⁷³⁸. La sentencia *Handyside c. Reino Unido* (1976)⁷³⁹ consideró, en el marco de la libertad de expresión, que sin pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura (*broadmindedness*) no existe sociedad democrática. Finalmente, en el caso *Makhmudov c. Rusia* (2007)⁷⁴⁰ afirmará que el derecho de reunión pacífica del art. 11 CEDH es un derecho fundamental en una sociedad democrática y, como el derecho de libertad de expresión, uno de los fundamentos de dicha sociedad. Los anteriores derechos, expresivos de una sociedad democrática e integrantes del orden público europeo, disfrutarían de una posición preponderante en caso de colisión con otros derechos e incluso podrían justificar la limitación de su ejercicio.

1.3. Otros componentes del orden público europeo.

Aunque, como se ha afirmado, no es habitual la enumeración por parte del TEDH de un catálogo de valores, principios o derechos que formen parte del orden público europeo, podemos encontrar, además de las anteriores referencias a derechos cuya preeminencia es exigida por el criterio de la sociedad democrática, otros principios o derechos que también han recibido, de manera aislada, el calificativo de orden público europeo. Por ejemplo, en la sentencia *Fabris c. Francia* (2013), se afirma que «[i]t has constantly reiterated this fundamental principle, establishing the prohibition of discrimination on grounds of a child's birth "outside marriage" as a standard of protection of European public order»⁷⁴¹.

Derechos Humanos, demanda 10226/03, *Yumak y Sadak c. Turquía*, de 8 de julio de 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0708JUD001022603, apdo. 105; demanda 7/08, *cit.*, apdo. 100; demanda 20201/04, *cit.*, apdo. 22; demandas 42461/13 y 44357/13, *cit.*, apdo. 141; demanda 14737/08, *Uspaskich c. Lituania*, de 20 de diciembre de 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1220JUD001473708, apdo. 87.

⁷³⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demandas 5095/71, 5920/72 y 5926/72, *cit.*, apdo. 50.

⁷³⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demandas 5095/71, 5920/72 y 5926/72, *cit.*, apdo. 53.

⁷³⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 5493/72, *cit.*, apdo. 49. Vid también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 14234/88, *Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda*, de 29 de octubre de 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:1029JUD001423488, apdo. 71.

⁷⁴⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 35082/04, *Makhmudov c. Rusia*, de 26 de julio de 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0726JUD003508204, apdo. 63.

⁷⁴¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 16574/08, *Fabris c. Francia*, de 7 de febrero de 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0207JUD001657408, apdo. 57.

El TEDH también afirmó, en *Al-Dulimi y Montana Management Inc. c. Suiza* (2016)⁷⁴², que uno de los componentes fundamentales del orden público europeo es el Estado de Derecho, constituyendo la arbitrariedad una negación de ese principio. Por otra parte, formaría también parte del «orden público en el Consejo de Europa» el derecho a la libertad y a la seguridad del art. 5 CEDH⁷⁴³.

La apelación al orden público europeo a partir de la identificación de derechos concretos ha sido también realizada por las diferentes partes implicadas en el proceso. Así, en *Grande Stevens c. Italia* (2014)⁷⁴⁴, los demandantes alegaron que el art. 4 del Protocolo n.º 7⁷⁴⁵, que establece el derecho a no ser juzgado o condenado dos veces, forma parte del orden público europeo. Aunque dicho argumento no recibió respuesta por parte del TEDH, nos abre la puerta a otro aspecto de potencial conflictividad: la construcción del orden público europeo a partir también de los Protocolos y no meramente del CEDH. El orden público no dependería en tal caso del grado de adhesión que un derecho recibiera por parte de los Estados contratantes, esto es, de su ratificación como derecho incluido en un Protocolo⁷⁴⁶, sino más bien del propio contenido del derecho en sí —sin perjuicio de las dificultades que presentaría la situación en que estuviera en juego un derecho incluido en un Protocolo no ratificado por el Estado concernido—.

El recurso al orden público europeo ha sido utilizado asimismo como refuerzo argumentativo por parte de los jueces del TEDH en sus opiniones concurrentes o disidentes. Así, por ejemplo, los jueces Gölcüklü y Pettiti afirmaron que es compatible con los

⁷⁴² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 5809/08, *cit.*, apdo. 145.

⁷⁴³ «[T]he right to liberty is too important in a “democratic society” within the meaning of the Convention for a person to lose the benefit of the protection of the Convention for the single reason that he gives himself up to be taken into detention. Detention might violate Article 5 (art. 5) even although the person concerned might have agreed to it. When the matter is one which concerns ordre public within the Council of Europe, a scrupulous supervision by the organs of the Convention of all measures capable of violating the rights and freedoms which it guarantees is necessary in every case». Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demandas 2832/66, 2835/66 y 2899/66, *De Wilde, Ooms and Versyp* («Vagrancy») c. Bélgica, de 18 de junio de 1971, ECLI:CE:ECHR:1971:0618JUD000283266, apdo. 65. Los jueces Tulkens, Spielmann y Garlicki también apuntaron que dicho precepto es una disposición que figura en todos los instrumentos, universales y regionales, de derechos humanos y que forma parte del orden público europeo. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, opinión disidente conjunta de los jueces Tulkens, Spielmann y Garlicki, demandas 39692/09, 40713/09 y 41008/09, *Austin y otros c. Reino Unido*, de 15 de marzo de 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0621JUD000580908, apdo. 3.

⁷⁴⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 18640/10, *Grande Stevens c. Italia*, de 4 de marzo de 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0304JUD001864010, apdo. 205.

⁷⁴⁵ Protocolo n.º 7 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984.

⁷⁴⁶ En este caso, el Protocolo n.º 7 ha sido ratificado por los cuarenta y cuatro Estados parte.

fundamentos del CEDH y del orden público, tanto el interno como el europeo, la existencia de disciplina militar, que es, en su opinión, necesaria por su propia naturaleza en una sociedad democrática en cuanto contribuye a evitar las subversiones anárquicas o antidemocráticas⁷⁴⁷.

Por otra parte, en el ámbito doctrinal GARCÍA ROCA ha visto en el derecho a la vida (artículo 2 CEDH), la prohibición de tortura y de tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH) y la prohibición de esclavitud y de trabajo forzado (artículo 4 CEDH) un «núcleo duro del orden público europeo», en cuanto la lesión a alguno de estos tres derechos produce un daño irreparable a la dignidad humana⁷⁴⁸.

2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos como instrumento constitucional de orden público europeo.

De lo expuesto hasta el momento se extrae la conclusión de que el orden público europeo es también en el ámbito del Consejo de Europa un núcleo axiológico que actúa como guía del juez (el TEDH) en la solución de colisiones de derechos y que se compone de valores (los derivados del Estado democrático de Derecho), principios (por ejemplo, el pluralismo educativo o el principio de prohibición de discriminación de los hijos e hijas nacidos fuera del matrimonio, que no es sino una derivación del principio de igualdad) y derechos (derecho a un juicio público, libertad de expresión, elecciones libres, reunión pacífica, etc.)⁷⁴⁹, articulados a partir del criterio de la sociedad democrática. El siguiente paso en nuestro análisis debe ser la determinación de las consecuencias derivadas de la consideración del CEDH, por parte del propio TEDH, como un «instrumento constitucional de orden público europeo».

⁷⁴⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, opinión disidente conjunta de los jueces Gölcüklü y Pettiti, demanda 121/1996/740/939, *Grigoriades c. Grecia*, de 25 de noviembre de 1997, ECLI:CE:ECHR:1997:1125JUD002434894.

⁷⁴⁸ GARCÍA ROCA, J. (2019), *op. cit.*, p. 117.

⁷⁴⁹ Debe ponerse de manifiesto que el TEDH evita utilizar un concepto excesivamente amplio o abstracto del concepto de orden público al hacerlo depender más de derechos que de principios o valores, como, por otra parte, corresponde a un tratado internacional y no a un ordenamiento jurídico.

2.1. El carácter especial del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La naturaleza del CEDH como un tratado internacional especial se desprende del propio preámbulo, «contexto hermenéutico» del Convenio⁷⁵⁰. De su lectura se puede afirmar que el CEDH nació con la pretensión de convertirse en un instrumento *sui generis* de ejecución de la DUDH de 1948 —es decir, de los derechos garantizados en ella— en el ámbito del continente europeo, de acuerdo con las particularidades propias de los ordenamientos jurídicos de los Estados europeos.

De este modo, el primer párrafo del preámbulo del CEDH menciona la DUDH⁷⁵¹ y el segundo su objetivo: asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos humanos⁷⁵². El tercero recuerda que el Consejo de Europa nació con el propósito de realizar una «unión más estrecha»⁷⁵³ entre los Estados europeos, para lo que pueden utilizarse diversas vías, entre las que se encuentra la protección de los derechos humanos⁷⁵⁴. El cuarto párrafo sienta, como se ha visto, los fundamentos de una protección efectiva de los derechos fundamentales: un «régimen político verdaderamente democrático» y una «concepción y un respeto comunes de los derechos humanos»⁷⁵⁵. El quinto y último párrafo, como corolario de las premisas anteriores, responsabiliza a los gobiernos de los Estados europeos de los citados compromisos y configura al CEDH como una de las «primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal»⁷⁵⁶.

⁷⁵⁰ GARCÍA ROCA, J. (2005), *op. cit.*

⁷⁵¹ «Considerando la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948».

⁷⁵² «Considerando que esta Declaración tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ella enunciados».

⁷⁵³ Para GARCÍA JIMÉNEZ, «cuando los Preámbulos del Estatuto del Consejo de Europa y del CEDH se refieren a “la unión más estrecha...”, están haciendo alusión, en cierto modo, al llamado orden público europeo», de lo que se sigue que «cuando hablamos del orden público europeo nos referimos a un conjunto de elementos cuya concurrencia, en la medida adecuada, debe conducir a la realización de la “unión más estrecha...”». GARCÍA JIMÉNEZ, M. E., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 33.

⁷⁵⁴ «Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales».

⁷⁵⁵ Reproducido en pie de página 725.

⁷⁵⁶ «Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados por un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de primacía del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal».

Como veremos, el CEDH no es un tratado internacional ordinario que genere derechos y obligaciones recíprocos entre los firmantes, pues instituye un sistema de garantía colectiva que permite la interposición de demandas por quienes carecen de un interés directo en el asunto. El CEDH protege un conjunto de derechos que deben ser respetados en todo el espacio europeo y atribuye a los Estados parte su cuota de responsabilidad en la vigilancia y consiguiente denuncia de sus posibles violaciones en cualquiera de los otros Estados que han suscrito el Convenio.

Este carácter especial del CEDH fue reconocido por el TEDH en el caso *Loizidou c. Turquía* (1995), que lo calificó como un «instrumento constitucional de orden público europeo (*ordre public*)»:

*If, as contended by the respondent Government, substantive or territorial restrictions were permissible under these provisions, Contracting Parties would be free to subscribe to separate regimes of enforcement of Convention obligations depending on the scope of their acceptances. Such a system, which would enable States to qualify their consent under the optional clauses, would not only seriously weaken the role of the Commission and Court in the discharge of their functions but would also diminish the effectiveness of the Convention as a constitutional instrument of European public order (*ordre public*)⁷⁵⁷.*

El TEDH pretendía con ello garantizar la integridad del Convenio, de modo que los Estados miembros no pudieran, bajo el umbral de los otrora arts. 25 y 46 CEDH⁷⁵⁸, adherirse sólo a aquellas obligaciones que les conviniese y en la medida en que estuvieran dispuestos a respetarlas, tanto sustantiva como territorialmente.

El TEDH no se ha pronunciado expresamente sobre el sentido de calificar al CEDH como un instrumento «constitucional». En nuestra opinión, el adjetivo se incluye por su

⁷⁵⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, excepciones preliminares, demanda 15318/89, *Loizidou c. Turquía*, de 23 de marzo de 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:0323JUD001531889, apdo. 75.

⁷⁵⁸ Según el antiguo art. 25.1 CEDH —que hoy equivaldría, *mutatis mutandis*, al art. 34 CEDH—, «[l]a Comisión podrá conocer de cualquier demanda dirigida al Secretario General del Consejo de Europa por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares, que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el presente Convenio, en el caso en que la Alta Parte Contratante acusada haya declarado reconocer la competencia de la Comisión en esta materia. Las Altas Partes Contratantes que hayan suscrito tal declaración se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho». Por su parte, el art. 46 CEDH —que no tiene equivalencia en la redacción actual del Convenio— establecía: «1. Cada una de las Altas Partes Contratantes puede declarar, en cualquier momento, que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convenio especial la jurisdicción del Tribunal para todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del presente Convenio. 2. Las declaraciones a que se refiere el párrafo anterior podrán hacerse pura y simplemente o bajo condición de reciprocidad por parte de varias o de ciertas otras Altas Partes Contratantes, o por un período determinado».

voluntad de contraposición a «instrumento de Derecho internacional», en el sentido de que el CEDH no constituye un instrumento internacional ordinario, pues no pretende la satisfacción de derechos y obligaciones recíprocos entre las partes ni la obtención de ningún beneficio propio por parte de los firmantes. Su objetivo, en cambio, es salvaguardar el orden público europeo, siendo precisamente la salvaguardia del orden público una función propia de los textos y ordenamientos constitucionales.

En ese sentido, GARCÍA ROCA considera incluso que el CEDH «es un instrumento al servicio de la creación progresiva de un orden constitucional europeo»⁷⁵⁹, de modo que «al garantizar unos *estándares convencionales comunes*, el Convenio ha llegado a ser “una especie de Carta Magna” del ciudadano europeo frente a todos los Estados, que desplaza progresivamente las garantías nacionales»⁷⁶⁰.

Por ello, se ha afirmado que el CEDH tiene cuerpo de tratado internacional y alma de constitución⁷⁶¹: «Su creación responde a la forma clásica de tratado, pero se ocupa de una materia típicamente constitucional, los derechos fundamentales»⁷⁶². Esta postura puede verse reforzada por la afirmación que el TEDH realiza en el caso *Loizidou c. Turquía* de que el Convenio es un instrumento de orden público europeo *para* los seres humanos individuales:

[T]he Court must bear in mind the special character of the Convention as an instrument of European public order (ordre public) for the protection of individual human beings and its mission, as set out in Article 19 (art. 19), «to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties»⁷⁶³.

La afirmación de la centralidad de la persona constituye una característica definitoria de los ordenamientos constitucionales pero no del Derecho internacional, cuyos actores principales y casi únicos son los Estados, por lo que puede denotarse así la voluntad del tribunal de distanciar el Convenio de los tratados internacionales ordinarios.

⁷⁵⁹ GARCÍA ROCA, J. (2019), *op. cit.*, p. 91.

⁷⁶⁰ GARCÍA ROCA, J. (2019), *op. cit.*, p. 142.

⁷⁶¹ GARCÍA ROCA, J. (2005), *op. cit.*, p. 28.

⁷⁶² GARCÍA ROCA, J. (2019), *op. cit.*, p. 78.

⁷⁶³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 15318/89, *cit.*, apdo. 93.

2.2. Las consecuencias del carácter especial del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Como se ha afirmado, el CEDH no constituye una convención internacional ordinaria mediante la cual los diferentes Estados signatarios pudieran pretender la obtención de unos determinados intereses, sino que, por el contrario, configura un sistema europeo de derechos humanos dotado de autonomía respecto a la voluntad de dichos Estados. Este carácter especial del Convenio requiere, en consecuencia, de unos mecanismos particulares para la protección de los derechos proclamados en ella: en primer lugar, el CEDH constituye un sistema de obligaciones objetivas y de garantía colectiva que se activa mediante los asuntos interestatales y las demandas individuales; en segundo lugar, la protección de los derechos se apoya en un sistema eficaz de medidas cautelares; en tercer lugar, estas particularidades confieren a la jurisprudencia del TEDH un sentido y alcance pretendidamente constitucional.

2.2.1. Garantía colectiva, obligaciones objetivas, asuntos interestatales y demandas individuales.

La principal peculiaridad del CEDH como «instrumento constitucional de orden público europeo» es el establecimiento de un mecanismo de garantía colectiva. El CEDH —como señalaría el TEDH en el caso *Irlanda c. Reino Unido* (1978)⁷⁶⁴— crea, más que una red de compromisos mutuos y bilaterales entre Estados contratantes, obligaciones objetivas, que, en palabras de su preámbulo, se benefician de una garantía colectiva. De este modo, el TEDH afirmaría en el caso *Chipre c. Turquía* (1978) que el otrora art. 24 CEDH⁷⁶⁵ —que preveía este mecanismo y que hoy equivaldría, *mutatis mutandis*, al art. 33 CEDH— constituye el vehículo del orden público de Europa⁷⁶⁶.

El mecanismo de garantía colectiva conlleva un relajamiento de los requisitos procesales exigidos a las partes (la necesidad de un interés directo en el asunto para

⁷⁶⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pleno, demanda 5310/71, *Irlanda c. Reino Unido*, de 18 de enero de 1978, ECLI:CE:ECHR:1978:0118JUD000531071, apdo. 239.

⁷⁶⁵ Según dicho artículo, «[t]oda Parte Contratante puede denunciar a la Comisión, a través del Secretario General del Consejo de Europa, cualquier incumplimiento de las disposiciones del presente Convenio que crea poder ser imputado a otra Parte Contratante».

⁷⁶⁶ Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de admisibilidad de 10 de julio de 1978, demanda 8007/77, *cit.*, p. 226.

configurar una legitimación activa y pasiva) en favor de la mayor protección (*garantía*) por parte de todos los Estados parte (*colectiva*, es decir, no limitada al Estado parte directamente afectado por la vulneración del derecho) de los derechos fundamentales del CEDH y sus Protocolos y, en definitiva, del orden público europeo. La garantía colectiva funciona a través de dos instrumentos: los asuntos interestatales y las demandas individuales.

Los *asuntos interestatales* (art. 33 CEDH⁷⁶⁷) se caracterizan porque, aunque el conflicto sea llevado al conocimiento del TEDH por un Estado contra otro, ello no implica que ostenten ningún tipo de legitimación activa y pasiva (no son, en ese sentido, «obligaciones subjetivas»). Para un correcto entendimiento del significado de las obligaciones objetivas y del sistema de garantía colectiva debemos acudir al célebre caso, ya citado, *Austria c. Italia*⁷⁶⁸. En él, la Comisión Europea de Derechos Humanos afirmó que la finalidad de las Altas Partes Contratantes al firmar el Convenio no era concederse entre ellos derechos y obligaciones recíprocos en cumplimiento de sus intereses nacionales individuales, sino realizar los objetivos e ideales del Consejo de Europa y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su patrimonio común de tradiciones políticas, ideales, libertad y Estado de Derecho⁷⁶⁹.

Lo afirmado en *Austria c. Italia* supone que las obligaciones que el Convenio impone a los Estados contratantes tienen un carácter objetivo, pues están diseñadas más para proteger los derechos fundamentales de las personas de violaciones que pudieran proceder de cualquier Alta Parte Contratante que para crear derechos subjetivos y recíprocos entre ellas⁷⁷⁰. Por eso, cuando un Estado parte denuncia un incumplimiento por parte de otro Estado parte, dicha denuncia no debe considerarse como el ejercicio de un derecho de acción para la defensa de sus propios derechos o los derechos de sus nacionales⁷⁷¹, sino como la puesta en conocimiento de la Comisión Europea de Derechos

⁷⁶⁷ «Toda Alta Parte Contratante podrá someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Alta Parte Contratante».

⁷⁶⁸ Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de admisibilidad de 11 de enero de 1961, demanda 788/60, *cit.*

⁷⁶⁹ Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de admisibilidad de 11 de enero de 1961, demanda 788/60, *cit.*, p. 138.

⁷⁷⁰ Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de admisibilidad de 11 de enero de 1961, demanda 788/60, *cit.*, p. 140.

⁷⁷¹ El juez Karakaş señala, en el caso *Chipre c. Turquía* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, opinión disidente del juez Karakaş, demanda 25781/94, satisfacción, *Chipre c. Turquía*, de 12 de mayo de 2014,

Humanos (hoy solo del TEDH) de una presunta violación del orden público de Europa⁷⁷². Lo anterior no es incompatible, sin embargo, con que, al mismo tiempo, el Estado demandante pueda defender los intereses de sus nacionales⁷⁷³ o que, incluso, tenga razones de tipo político en conseguir la condena del Estado demandado⁷⁷⁴.

Por otra parte, también las *demandas individuales* (art. 34 CEDH⁷⁷⁵), que copan el trabajo del TEDH en mucha mayor medida que los asuntos interestatales⁷⁷⁶, son importantes para la protección del orden público europeo, especialmente ante una posible pasividad de los Estados parte motivada por intereses políticos. La significación de las demandas individuales fue señalada en la sentencia *Loizidou c. Turquía*, en la que el TEDH afirmó que aquéllas desempeñan un papel nuclear para la efectividad del sistema del CEDH porque definen la responsabilidad de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del TEDH de «asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes» (art. 19 CEDH), en cuanto que determinan su competencia para examinar las denuncias sobre presuntas violaciones de los derechos y libertades establecidos en el Convenio. Y es que, como afirma el TEDH, «[i]n interpreting these key provisions it must have regard to the special character of the Convention as a treaty for the collective

ECLI:CE:ECHR:2014:0512JUD002578194, apdo. B), diversos ejemplos en que los Estados actúan puramente como «guardianes del orden público europeo»: Comisión Europea de Derechos Humanos, informe de 5 de noviembre de 1969, demandas 3321/67, 3322/67, 3323/67 y 3344/67, *Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos c. Grecia*, en *Yearbook of the European Convention on Human Rights. The European Commission and European Court of Human Rights. 1969. The Greek Case*, vol. 12, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1972; Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de admisibilidad de 6 de diciembre de 1983, demandas 9940/82, 9941/82, 9942/82, 9943/82 y 9944/82, *Francia, Noruega, Dinamarca, Suecia y Países Bajos c. Turquía*, en *Yearbook of the European Convention on Human Rights. Council of Europe. Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Conseil de l'Europe. 1983*, vol. 26, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987, pp. 1-32.

⁷⁷² Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de admisibilidad de 11 de enero de 1961, demanda 788/60, *cit.*, p. 140. *Cfr.*, entre otros, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 25781/94, satisfacción, *cit.*, apdos. 37 y 44; sección tercera, demanda 5310/71, *Irlanda c. Reino Unido*, de 20 de marzo de 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0320JUD000531071, apdo. 13.

⁷⁷³ Según el juez Pinto de Albuquerque, «*Article 33 claims are not exclusively aimed at upholding the European public order, but may also simultaneously seek to protect and satisfy the interests of one or more nationals of the applicant State*». Tribunal Europeo de Derechos Humanos, opinión concurrente del juez Pinto de Albuquerque con la adhesión del juez Vučinić, demanda 25781/94, satisfacción, *cit.*, apdo. 4.

⁷⁷⁴ Comisión Europea de Derechos Humanos, informe de 5 de noviembre de 1969, demandas 3321/67, 3322/67, 3323/67 y 3344/67, *cit.* A partir de: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, opinión parcialmente concurrente y parcialmente disidente del juez Casadevall, demanda 25781/94, satisfacción, *cit.*, apdo. 4.

⁷⁷⁵ «El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho».

⁷⁷⁶ GARCÍA ROCA, J. (2019), *op. cit.*, p. 147.

enforcement of human rights and fundamental freedoms»⁷⁷⁷. Asimismo, según SUDRE las demandas individuales contribuyen, a través de los efectos de sus sentencias, a la armonización de los Derechos nacionales en torno al estándar común del CEDH y a la formación subsiguiente de un Derecho común europeo de derechos humanos⁷⁷⁸.

En definitiva, ambos instrumentos —asuntos interestatales y demandas individuales— convierten al CEDH en un sistema de garantía colectiva en el que la denuncia de una violación del orden público europeo puede proceder de múltiples actores (Estados e individuos).

2.2.2. Las medidas cautelares.

Entre los mecanismos que, en concreto, hacen posible la consideración del CEDH como un instrumento de defensa del orden público europeo se encuentran también las medidas cautelares del art. 39 del Reglamento de Procedimiento del TEDH⁷⁷⁹, pues permiten actuar con carácter preventivo a una vulneración o agravación de lesiones a derechos fundamentales.

Las medidas cautelares se adoptan en el marco de un procedimiento ante el TEDH cuando existe un riesgo inminente de daño irreparable —normalmente la expulsión o extradición— y su estimación es excepcional. Su importancia ha devenido esencial, sobre todo en el marco de la extradición en caso de pena de muerte o torturas. Así, en la sentencia *Soering c. Reino Unido* (1989) el TEDH afirmó que

*[i]t would hardly be compatible with the underlying values of the Convention, that «common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law» to which the Preamble refers, were a Contracting State knowingly to surrender a fugitive to another State where there were substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture, however heinous the crime allegedly committed*⁷⁸⁰.

En esta misma sentencia, el juez de Meyer afirmó en su opinión concurrente que la pena de muerte es un castigo incompatible con el estado actual de la civilización europea, de

⁷⁷⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 15318/89, *cit.*, apdo. 70.

⁷⁷⁸ SUDRE, F., *op. cit.*, pp. 49-50.

⁷⁷⁹ Rules of Court, de 1 de agosto de 2018, recuperado de: <https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf>.

⁷⁸⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 14038/88, *cit.*, apdo. 88.

modo que una extradición que comportara la ulterior imposición de esta pena sería contraria al orden público de Europa⁷⁸¹.

Por otra parte, en la sentencia *Mamatkulov y Askarov c. Turquía* (2005)⁷⁸² se estableció que si el Estado demandado no cumplía con las medidas provisionales impuestas por el TEDH socavaría la efectividad del derecho de demanda individual del art. 34 CEDH y el compromiso formal del Estado de proteger los derechos y libertades que asumieron en el art. 1 CEDH⁷⁸³. En definitiva,

*[a]ny laxity on this question would unacceptably weaken the protection of the Convention core rights and would not be compatible with its values and spirit [...]; it would also be inconsistent with the fundamental importance of the right of individual application and, more generally, undermine the authority and effectiveness of the Convention as a constitutional instrument of European public order*⁷⁸⁴.

2.2.3. La naturaleza especial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A diferencia de lo que viene siendo habitual en los tratados internacionales, el Tribunal de Estrasburgo no opera como una instancia de resolución de las controversias surgidas con ocasión de la aplicación del tratado que lo constituye. La función esencial del TEDH no es resolver un conflicto entre partes, dado que el propio concepto de parte (procesal) queda diluido en el CEDH. Su objetivo es «asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes» (art. 19 CEDH), esto es, los derechos del Título I de la CEDH (art. 1 CEDH) y, en esencia, la defensa del orden público europeo⁷⁸⁵ como si de un «Tribunal Constitucional Europeo»⁷⁸⁶ se tratase.

⁷⁸¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, opinión concurrente del juez de Meyer, demanda 14038/88, *cit.*

⁷⁸² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demandas 46827/99 y 46951/99, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, de 4 de febrero de 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0204JUD004682799, apdo. 125.

⁷⁸³ «Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio».

⁷⁸⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 71386/10, *Savridin Dzhurayev c. Rusia*, de 25 de abril de 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0425JUD007138610, apdo. 213.

⁷⁸⁵ *Vid.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 22277/93, *İlhan c. Turquía*, de 27 de junio de 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0627JUD002227793, apdo. 110.

⁷⁸⁶ Así se refirió al TEDH el juez Pinto de Albuquerque en *Fabris c. Francia*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, opinión concurrente del juez Pinto de Albuquerque, demanda 16574/08, *cit.* Para RODRÍGUEZ, es el activismo demostrado por el TEDH lo que ha propiciado su calificación como tribunal constitucional europeo. RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 122. Por su parte, para GARCÍA ROCA «[I]os criterios y principios habitualmente usados por el TEDH en su jurisprudencia tienden a parecerse a los que maneja un tribunal constitucional con la excepción del margen de apreciación nacional». GARCÍA ROCA, J. (2019), *op. cit.*, p. 92.

Dado que el objeto de estudio del TEDH son las violaciones a derechos fundamentales, y en atención a la —política y jurídicamente explicable— indeterminación del Convenio, el CEDH requiere de toda una elaboración doctrinal sobre el concepto, contenido, límites y ejercicio de los derechos. El TEDH es responsable, por tanto, de emitir una jurisprudencia que permita articular una doctrina sobre derechos fundamentales, que, a su vez, inspire a los Estados miembros⁷⁸⁷. Por ello, los propios Estados han solicitado en ocasiones al TEDH un análisis más detallado en sus sentencias: la sentencia *Finger c. Bulgaria* (2011) estableció que

[t]he High Contracting Parties clearly wished the Court to devote more time to cases which warrant consideration on the merits, whether seen from the perspective of the legal interest of the individual applicant or considered from the broader perspective of the law of the Convention and the European public order to which it contributes⁷⁸⁸.

Resulta interesante, en este sentido, la opinión del juez Jambrek, quien afirmó que el principio según el cual el TEDH debe limitarse al examen de la cuestión concreta sometida a su enjuiciamiento no debería aplicarse restrictivamente. En su opinión, un análisis que presentara conclusiones más generales y no restringido al alcance y las circunstancias del caso «*would contribute better to the quality of the Court's case-law in the service of the Convention as a living constitutional instrument on European public order*»⁷⁸⁹.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

⁷⁸⁷ En la sentencia *Ahmet Sadik c. Grecia* el TEDH estableció que «*in those cases where domestic courts, under their national law, are in a position to apply the Convention ex officio, those courts must do so under the Convention. That is an obvious demand of the effectiveness both of the Convention as a constitutional instrument of European public order (ordre public) and of the "national human right systems"*». Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 18877/91, *Ahmet Sadik c. Grecia*, de 15 de noviembre de 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1115JUD001887791, apdo. 11. La concepción del orden público europeo del TEDH como parámetro de inspiración ha sido en ocasiones referida por instituciones comunitarias: por ejemplo, el Comité Económico y Social Europeo afirmó, respecto a la relación entre el derecho a la privacidad y la protección de datos, que «*[e]n el estado actual del orden público europeo que instaura el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, el derecho a la privacidad no se configura solamente desde un aspecto pasivo, sino también, y con menor intensidad, en el aspecto activo*». Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la conservación de datos tratados en relación con la prestación de servicios públicos de comunicación electrónica y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE», DO C 69 de 21.3.2006, p. 16, apdo. 2.4.3.

⁷⁸⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 37346/05, *Finger c. Bulgaria*, de 10 de mayo de 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0510JUD003734605, apdo. 69.

⁷⁸⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, opinión concurrente del juez Jambrek, demanda 16922/90, *Fischer c. Austria*, de 26 de abril de 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:0426JUD001692290.

Otra peculiaridad del CEDH como «instrumento constitucional de orden público europeo» radica en la necesaria interpretación evolutiva que del mismo realiza el TEDH. En la sentencia *Tyrer c. Reino Unido*, arriba mencionada, el TEDH afirmó que el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales⁷⁹⁰. Los jueces Costa, Ress, Türmen, Zupančič y Steiner apuntaron que esta interpretación viva, además, «has generally been “progressive”, in the sense that they have gradually extended and raised the level of protection afforded to the rights and freedoms guaranteed by the Convention to develop the “European public order”»⁷⁹¹.

En definitiva, coherentemente con la concepción del CEDH como un instrumento constitucional de orden público europeo, la interpretación de los derechos fundamentales que lleva a cabo el TEDH es, como apunta GARCÍA ROCA, una interpretación constitucional, especialmente después de la entrada en vigor del Protocolo n.º 11⁷⁹². Según dicho autor, esta interpretación, análoga a la desempeñada por los tribunales y cortes constitucionales nacionales, hace posible la emergencia de un orden público europeo entendido como un estándar común de protección de derechos: «La existencia de una análoga interpretación constitucional de unos derechos complementarios entraña un código común desde el que edificar un espacio de diálogo entre altos tribunales que está contribuyendo a crear un orden público europeo»⁷⁹³.

3. La generación de un orden público en el Consejo de Europa: lecciones para un orden público de la Unión Europea.

Tras dos guerras mundiales que dejaron devastado el continente, los países de Europa decidieron crear un instrumento jurídico único que preponderara la defensa de la persona

⁷⁹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 5856/72, *op cit.*, apdo. 31. En ese caso concreto (condena a un varón de quince años a ser golpeado con una vara), afirmó que el tribunal debe tener en cuenta los desarrollos y las normas comúnmente aceptadas en la política penal de los Estados miembros del Consejo de Europa en dicho campo, renuentes a los castigos corporales.

⁷⁹¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, opinión disidente conjunta de los jueces Costa, Ress, Türmen, Zupančič and Steiner, demanda 36022/97, *Hatton y otros c. Reino Unido*, de 8 de julio de 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003602297, apdo. 2.

⁷⁹² GARCÍA ROCA, J. (2012), *op. cit.*, p. 186. Este autor también apunta que el TEDH se aparta de la lógica del Convenio de Viena —que atiende a los trabajos preparatorios y al contexto en que se celebró el tratado— en favor de una interpretación basada en el preámbulo del CEDH y la alianza con otros tribunales internacionales o constitucionales. GARCÍA ROCA, J. (2012), *op. cit.*, p. 187.

⁷⁹³ GARCÍA ROCA, J. (2012), *op. cit.*, p. 187.

frente a la de los intereses estatales. En efecto, si los tratados internacionales ordinarios representan un acuerdo entre Estados para la obtención de intereses propios, el CEDH diseñó un sistema con el que no obtendrían ningún beneficio directo —de hecho, sólo les perjudicaba, al admitir que pudieran ser demandados—, pero que concedía a los seres humanos la mayor protección jurídica supranacional de la historia. Por encima de las particularidades estatales de los derechos fundamentales, se imponía una concepción homogénea de valores y derechos: un orden público europeo.

De la existencia y efectividad de la protección supranacional de derechos que representa el sistema del Consejo de Europa —su declaración de derechos (el CEDH) y su órgano jurisdiccional (el TEDH)— cabe extraer varias conclusiones que demuestran que es posible la conformación en la UE de un orden público propio.

3.1. El orden público como categoría supranacional.

En primer lugar, el orden público del CEDH evidencia que los márgenes de esta institución jurídica no quedan reducidos necesariamente al Estado, sino que es posible su traslación, con cautelas, a espacios supraestatales de ejercicio del poder. Se trata de un orden público que, no obstante, no equivale *strictu sensu* al descrito en el Capítulo 1 en cuanto que aquél, por definición, constituye el núcleo (dogmático o axiológico) de un determinado ordenamiento jurídico.

El sistema del CEDH, pese a su innegable importancia en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales, no deja de fundamentarse en un tratado internacional y su interpretación jurisprudencial por el TEDH, por lo que no constituye un ordenamiento jurídico en el sentido clásico del término. En cualquier caso, se trata de un instrumento que permite la centralización, incluso en espacios internacionales, de la persona y de su dignidad frente a los intereses del Estado, sujeto principal del Derecho internacional. Esta primera conclusión demuestra que es posible la existencia de un orden público europeo en el nivel supranacional que representa la UE.

3.2. La conformación del orden público a partir de los derechos fundamentales.

En segundo lugar, se confirma la hipótesis trazada en el Capítulo 1 según la cual el orden público, como síntesis axiológica del ordenamiento jurídico, se construye a partir de los derechos fundamentales. La tutela por parte del TEDH de los derechos contemplados en el CEDH y sus Protocolos, así como el mecanismo de la garantía colectiva y su naturaleza de tribunal constitucional europeo, dan lugar a un sistema de valores homogéneo y a un común entendimiento de los derechos fundamentales en el espacio europeo.

El orden público europeo del CEDH se construye así a partir de la doble dimensión de los derechos fundamentales: subjetiva, en cuanto que son efectivamente garantizados por el TEDH, y objetiva, como generadores de una determinada concepción de los valores que ha de guiar la interpretación y aplicación de los derechos por los actores nacionales. De esta segunda consecuencia se infiere que la elaboración de un orden público en la UE debe articularse a partir de los derechos fundamentales.

3.3. El orden público como núcleo axiológico del ordenamiento.

En tercer lugar, el orden público se erige en el estrato supranacional constituido por el Consejo de Europa en una categoría axiológica autónoma y distinta de aquello que constituye su fuente: los sistemas de valores, principios y derechos de los Estados parte. Los valores que *subyacen* al CEDH (*Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía*) no son aquéllos que se desprendían de los Estados contratantes en el momento de su ratificación, sino el resultado de la jurisprudencia evolutiva del TEDH.

El tribunal recibió el mandato de construir un estándar mínimo de protección de derechos que se inspirara en los valores comunes a los Estados miembros en cada momento —distintos, pues, de los vigentes en el momento en que se constituyó (el patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas de los Estados contratantes)—. Por ejemplo, en 1950 subyacían al Convenio los valores de la libertad y la igualdad, pero no su significación actual tendente a una mayor protección de los derechos de las personas homosexuales (*Orlandi y otros c. Italia*). Trasladado al ámbito de la UE, colegimos que el orden público debe constituir también allí una categoría que, aun bebiendo de las

tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, sea independiente en su caracterización de los sistemas axiológicos de éstos.

3.4. La función armonizadora del orden público.

En cuarto lugar, como corresponde a dicha categoría, el orden público europeo desarrolla una función informadora, inspiradora y orientadora de los ordenamientos jurídicos sobre los que despliega su eficacia —los de los Estados signatarios del CEDH— hacia la mayor protección de la igual dignidad humana (*Tyrer c. Reino Unido*) conforme a una escala de valores homogénea, propia y europea. De este modo, este orden público o concepción común de valores, principios y derechos se despliega y se impregna en los ordenamientos constitucionales de los Estados parte y armoniza su dimensión dogmática (en particular, su sistema de protección de derechos) conforme a esta escala de valores europea.

Ante el riesgo de una corrección por parte del TEDH en cuanto que instancia revisora, la interpretación y aplicación que de los derechos fundamentales realicen los órganos judiciales y cortes constitucionales nacionales deberá tener en cuenta los parámetros delimitados en la esfera supranacional europea⁷⁹⁴. Se contribuye así a la formación de una «teoría europea de los derechos fundamentales» —un análogo entendimiento de los derechos por encima de las fronteras⁷⁹⁵— o «*ius commune*» europeo⁷⁹⁶.

La doctrina desarrollada por el TEDH sobre derechos fundamentales sigue la máxima de compatibilizar la búsqueda del mayor consenso europeo sobre una interpretación de un derecho específico con el respeto necesario al margen de apreciación nacional. El resultado es la configuración de una noción europea sobre los derechos fundamentales en la que los tribunales y cortes constitucionales se inspiran y que, de este modo, armoniza a escala europea los sistemas axiológicos de los Estados parte.

⁷⁹⁴ Así, por ejemplo, el TEDH corrigió a España en su equilibrio entre la libertad de expresión y la dignidad de la persona que ocupa un cargo público. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demandas 51168/15 y 51186/15, *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 13 de marzo de 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0313JUD005116815.

⁷⁹⁵ GARCÍA ROCA, J. (2009), *op. cit.*, p. 19.

⁷⁹⁶ GARCÍA ROCA, J. (2019), *op. cit.*, p. 140. Según este autor, el CEDH habría dado lugar a «un espacio de integración a través de derechos y, por consiguiente, de limitación de las soberanías nacionales». GARCÍA ROCA, J. (2019), *op. cit.*, p. 140.

Uno de los autores que mejor ha explicado, en nuestra opinión, la armonización que ha conseguido el orden público europeo sobre los derechos fundamentales es RODRÍGUEZ. Según este autor, la integración en materia de derechos se habría conseguido gracias a tres condiciones. Por un lado, la propia concepción del CEDH como un «mínimo común denominador europeo en materia de derechos fundamentales», lo que se explica a su vez por tres razones. Primero, su propia naturaleza de tratado internacional. Segundo, la intención de los redactores del Convenio de alcanzar precisamente una *armonización* y no tanto una *uniformidad* sobre derechos fundamentales entre los Estados europeos. Tercero, dado el debate existente durante su proceso de elaboración entre quienes optaban por un listado simple de derechos (tradición continental) y quienes preferían una definición concreta de cada uno que contemplara sus restricciones y limitaciones (tradición anglosajona), el CEDH acabó previendo sólo aquellos derechos más importantes, sobre los que existía un mayor consenso, de modo que la protección se ciñera así al mínimo común denominador entre los Estados parte⁷⁹⁷.

Por otro lado, la armonización también se produce gracias al denominado «principio de interpretación consensual». Según este principio, para interpretar el Convenio el TEDH recurre al Derecho interno de los Estados miembros, de modo que en la atribución de sentido a las normas del CEDH desempeñan un papel importante los valores comunes a los Estados. Ello plantea inevitablemente el problema de «cómo de comunes deben ser estos valores para poder ser aplicados como criterio de una interpretación consensual de la CEDH»⁷⁹⁸. RODRÍGUEZ considera que la solución a este problema se basa en considerar que el «Derecho común» lo forman aquellos principios reconocibles en las características generales de los ordenamientos jurídicos estatales, y no tanto como el resultado derivado de sumar los principios de todos ellos⁷⁹⁹. En su opinión, tanto el TEDH como el TJCE «acuden, a la hora de definir los estándares de protección de derechos, a los principios, valores o tradiciones comunes que comparten sus Estados miembros»⁸⁰⁰.

Este autor advierte, no obstante, que, aunque en aplicación del principio de interpretación consensual el Tribunal de Estrasburgo infiera un valor o un principio común

⁷⁹⁷ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, pp. 102-104.

⁷⁹⁸ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 109.

⁷⁹⁹ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, pp. 108-110.

⁸⁰⁰ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 308.

a los Estados miembros, ello no le exime de su deber de fijación del estándar preciso de protección que deberá aplicar al caso concreto, el cual puede no coincidir ni ser común al de los Estados parte:

Puesto que valores comunes no significa estándares comunes de protección, el TEDH, una vez aplicado el principio de interpretación consensual para identificar una determinada tendencia general en los Estados miembros sobre cómo proteger un derecho establecido por la CEDH, tiene luego que precisar, sobre la base de argumentos propios, cuál de los diferentes estándares nacionales será elevado a estándar de la Convención⁸⁰¹.

Esto supone que el estándar europeo pueda no ser necesariamente superior al del Derecho interno de los Estados parte: en la práctica, «el estándar europeo de protección se ha situado a veces por encima y a veces por debajo del dispensado por gran parte de los Estados miembros»⁸⁰².

Finalmente, el TEDH también ha conseguido armonizar la interpretación europea sobre derechos fundamentales gracias a la elaboración de «naciones autónomas»:

No se trata, ahora, como ocurre con la aplicación del principio de interpretación consensual, de destilar de los diversos ordenamientos de los Estados miembros cuál es el principio común que hay que aplicar para interpretar la Convención, sino de dotar a ésta de un significado nuevo e independiente del que podría deducirse de una consideración conjunta del derecho interno de los Estados miembros⁸⁰³.

Este principio de interpretación autónoma produce, por un lado, un efecto uniformizador, pues el estándar de protección «será siempre nuevo y original, fundamentado exclusivamente en la propia CEDH y sin enlace directo con lo que establecen los Estados», pero, por otro lado, del mismo modo que sucede con el principio de interpretación consensual, ello no se traducirá necesariamente en un estándar más elevado⁸⁰⁴.

Por su parte, GARCÍA ROCA destaca la importancia de la actuación de los tribunales constitucionales nacionales en la armonización de los derechos fundamentales en Europa, en un sistema que, por el diálogo que se produce entre los tribunales que interpretan las

⁸⁰¹ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 310.

⁸⁰² RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 311. En el ámbito de la UE este autor afirma que «en la práctica regía la aplicación de una regla de no rechazo, de acuerdo con la cual un principio constitucional vigente en uno de los Estados miembros era considerado principio general del derecho comunitario a menos que fuera expresamente rechazado por el derecho nacional de otro Estado miembro». RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 314.

⁸⁰³ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 111.

⁸⁰⁴ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 312.

constituciones nacionales, la CDFUE y el CEDH, forma una «estructura múltiple en distintos niveles y basada en un pluralismo constitucional»⁸⁰⁵.

Según este autor,

los *tribunales constitucionales* de los diferentes Estados miembros del Consejo de Europa pueden llegar a *interpretaciones diferentes* de los derechos a causa de sus diferentes realidades políticas, sociales y culturales, o de sus «conformaciones históricas como Estados» [...], o de acuerdo a sus específicas tradiciones constitucionales o sensibilidades culturales⁸⁰⁶[,]

es decir, a causa de sus órdenes públicos. Ahora bien, deben

hacer un esfuerzo por alcanzar en sus exégesis una compatibilidad con la doctrina del TEDH. Pero es verdad que este fuerte pluralismo cultural está en la base misma de la idea de Europa y tales situaciones específicas deben ser tenidas en cuenta por el Tribunal de Estrasburgo; por más que no puedan ser aceptadas las soluciones nacionales que pugnen con el consenso regional europeo⁸⁰⁷[,]

esto es, con el orden público europeo.

Para GARCÍA ROCA, por tanto, el orden público europeo sería posible a través de una interpretación de los tribunales constitucionales conforme con la jurisprudencia del TEDH, que compatibilizara el respeto a sus particularidades (a su «orden público») con la consecución de un «consenso regional europeo».

De esta cuarta observación que se extrae del análisis del orden público del CEDH es posible colegir que el orden público de la UE podría conducir a un sistema axiológico armonizado en toda la Unión que situara a la persona en el eje del ordenamiento jurídico comunitario. Algunos autores apuntan al respecto que en dicha labor puede desempeñar un papel fundamental una institución propia del ámbito del CEDH: el «margen de apreciación nacional». Según PEROTTO BIAGI,

lo esencial no es concebir la CDFUE, desde ya, como propulsora de una protección estrictamente uniforme de los derechos fundamentales para toda Europa, sino de una teoría europea de los derechos fundamentales que pueda proporcionar, con el paso del tiempo, una más simétrica protección a cada uno de los individuos en Europa⁸⁰⁸.

En ese sentido,

⁸⁰⁵ GARCÍA ROCA, J. (2012), *op. cit.*, p. 192.

⁸⁰⁶ GARCÍA ROCA, J. (2012), *op. cit.*, pp. 199-200.

⁸⁰⁷ GARCÍA ROCA, J. (2012), *op. cit.*, p. 200.

⁸⁰⁸ PEROTTO BIAGI, C., «La aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: hacia una armonización de la protección de los derechos fundamentales en Europa», en BALAGUER CALLEJÓN, F. y ARANA GARCÍA, E. (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Rafael Barranco Vela*, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 541.

la doctrina del margen de apreciación constituye instrumento idóneo para armonizar la diversidad jurídico-cultural de los Estados miembros de la Unión Europea, ya que posibilita modulaciones del alcance de un derecho fundamental, siempre que se observe el núcleo común de los valores expresados por la CDFUE, que finalmente permitirá que se avance con el proceso de integración, a la vez que se preserva la identidad cultural de los Estados miembros de la Unión Europea⁸⁰⁹.

3.5. Orden público e integración europea.

En quinto lugar, y como consecuencia de la anterior conclusión, el orden público europeo se convierte en un mecanismo de integración política europea, esto es, de unión entre los Estados parte del Consejo de Europa. Destaca en este sentido la propuesta de «principio de integración o de unidad funcional» elaborada por GARCÍA ROCA. Según este principio, a través de la protección jurisprudencial equivalente de ciertos derechos básicos de las personas y de las formaciones sociales en que se integran puede alcanzarse una unión más estrecha de los Estados Miembros⁸¹⁰.

GARCÍA ROCA señala que las interpretaciones y los argumentos del TEDH deben comprender el pluralismo de los ordenamientos jurídicos europeos tanto para ponderarlos antes de dictar un pronunciamiento fundado en un sólido basamento mayoritario como para otorgar una mayor legitimidad a sus decisiones, generar amplios consensos interestatales y, en consecuencia, contribuir a construir una identidad europea en torno a unos derechos. Todo ello, como suele decir el propio Tribunal, con el fin de lograr que el Convenio actúe como un verdadero *instrumento constitucional del orden público europeo* y alcanzar una unión más estrecha⁸¹¹.

Del mismo modo, para GARCÍA JIMÉNEZ uno de los objetivos del CEDH es precisamente el de «favorecer el desarrollo de una verdadera identidad europea»⁸¹², y según FERACI el CEDH contribuye a edificar una «identidad jurídica europea común» tendente a la promoción de los derechos fundamentales⁸¹³. Por ello, un orden público propio de la UE deviene un instrumento imprescindible para la integración política de los Estados

⁸⁰⁹ PEROTTO BIAGI, C. (2014), *op. cit.*, p. 548.

⁸¹⁰ GARCÍA ROCA, J. (2005), *op. cit.*, p. 31. GARCÍA ROCA afirmará con posterioridad, inspirándose en SMEND, que la efectividad del principio de integración como medio para alcanzar una armonización cultural depende de la publicidad y la pedagogía sobre los pronunciamientos del TEDH. GARCÍA ROCA, J. (2009), *op. cit.*, p. 41. Sobre la influencia *smendiana*, el autor cita a SMEND, R., *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán* (traducción y estudio preliminar de J. Brage Camazano), Universidad Nacional Autónoma de México, México D F., 2005, p. 47 y ss.

⁸¹¹ GARCÍA ROCA, J. (2012), *op. cit.*, p. 205.

⁸¹² GARCÍA JIMÉNEZ, M. E., *op. cit.*, pp. 26-27.

⁸¹³ FERACI, O., *op. cit.*, p. 325.

miembros de la UE, pues constituye, como ha venido reiterándose, la necesaria *dogmatización* de dicho nivel supranacional de ejercicio del poder.

Por último, no podemos finalizar este apartado dedicado a las lecciones que pueden extraerse del orden público del CEDH para la elaboración de un orden público de la UE sin exponer la construcción elaborada por WEILER al respecto. Este autor relaciona la consideración del CEDH como «estándar mínimo» en materia de derechos fundamentales con un «equilibrio entre valores» que, en cierta medida, equivale al concepto de orden público descrito en este trabajo.

Según WEILER, los Estados parte del CEDH no sólo respetan la prohibición de aplicación de un estándar de protección de derechos más bajo al establecido en el Convenio, sino que incluso tienden a configurar estándares más elevados. Ello produce una doble consecuencia. Por un lado, el CEDH se convierte en un «*universal, culturally transcendent core of human rights*»⁸¹⁴; por otro lado, en el margen de protección que surge a partir del mínimo que representa el CEDH se abre toda una variedad de posibles interpretaciones de los derechos que permite individualizar los sistemas axiológicos de los Estados parte: «*[P]art of the uniqueness of States, part of what differentiates them from each other may be at the very way they give protection beyond the core universal standard*»⁸¹⁵.

Este singular entendimiento de los derechos fundamentales en cada Estado, que depende de su propio sistema de valores, constituye el orden público de su ordenamiento jurídico. Este orden público individualiza y diferencia a los Estados entre sí, pero siempre a partir de la base común que representa el orden público europeo del CEDH:

*[W]hen a society strikes that balance between these competing interests and characterizes that balance as a fundamental right or liberty (to property, to free speech, etc.) it is the balance which is fundamental [...]. This balance is an expression, then, of core values, of basic societal choices*⁸¹⁶.

El orden público equivale así al equilibrio de valores al que apunta WEILER, que caracteriza a un Estado por su particular manera de entender los valores y los derechos

⁸¹⁴ WEILER, J. H. H., «Fundamental rights and fundamental boundaries: on the conflict of standards and values in the protection of human rights in the European legal space», en WEILER, J. H. H., *The Constitution of Europe. "Do the new clothes have an emperor?" and other essays about European integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002b, p. 105.

⁸¹⁵ WEILER, J. H. H. (2002b), *op. cit.*, p. 105.

⁸¹⁶ WEILER, J. H. H. (2002b), *op. cit.*, p. 106.

fundamentales (o el conflicto entre ellos). De este modo, lo relevante en el ámbito de la UE es conseguir que ésta defina sus propios intereses, es decir, que alcance su propio orden público. Para ello, según este autor debe asumirse que la Unión constituye un sistema político diferente de sus Estados miembros, con un «*constitutional ethos*» que debe reflejar tanto la multiplicidad de tradiciones constitucionales de los Estados miembros como los propios Tratados de la Unión:

It is not about high or low standards. It is a call to acknowledge the Community and Union as a polity with its own separate identity and constitutional sensibilities which has to define its own fundamental balances —its own core values even if these cannot be dissociated entirely from the context in which the Community is situated⁸¹⁷.

4. Cautelas en la traslación de las lecciones del orden público del Convenio Europeo de Derechos Humanos a la construcción de un orden público de la Unión Europea.

La generación de un orden público europeo en el ámbito del Consejo de Europa demuestra que es viable sostener la hipótesis de su conformación también en la UE: sobre la base de que cabe un orden público en espacios supraestatales, su construcción en la UE deberá realizarse a partir de los derechos fundamentales y constituir una categoría autónoma de los sistemas axiológicos de los Estados miembros, y ello podrá dar lugar a un instrumento armonizador de la dimensión dogmática del espacio constitucional europeo y contribuir así a una unión más estrecha entre los Estados que integran el proyecto europeo. No obstante, estas observaciones o conclusiones que se desprenden del análisis del orden público del CEDH no son enteramente trasladables a la Unión: el Consejo de Europa y la UE, pese a constituir ambas organizaciones supraestatales del continente europeo, presentan diferencias estructurales.

El Consejo de Europa y las Comunidades Europeas fueron creadas para garantizar la paz en el continente europeo, pero se fundamentaron en objetivos diferentes. El Consejo de Europa habría de promover la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos, esto es, una integración política para la cual una declaración de derechos

⁸¹⁷ WEILER, J. H. H. (2002b), *op. cit.*, pp. 116-117.

adquiría pleno sentido⁸¹⁸. Por el contrario, las Comunidades Europeas asumían como propósito la integración económica; en concreto, la promoción del comercio y la estabilidad económica⁸¹⁹.

Por otra parte, ambos sistemas han evolucionado de manera diferente: la actual UE ha ido asumiendo progresivamente competencias de los Estados miembros que han supuesto cesiones de soberanía, mientras que en el Consejo de Europa no se ha producido dicha transferencia. Desde su constitución, los Estados parte no han atribuido al Consejo de Europa nuevas competencias o ámbitos de poder. Ahora bien, la única competencia que sí fue transferida en sus orígenes es la decisiva para la generación de un orden público: la «competencia para garantizar judicialmente ciertos derechos»⁸²⁰.

La anterior circunstancia contribuye a explicar decisivamente por qué ha sido posible la generación de un orden público en el ámbito del CEDH y no en la UE. El orden público se construye, como se ha expuesto, a partir de los derechos fundamentales, tanto de su dimensión subjetiva como, a partir de ella, de su dimensión objetiva, y su función será la de garantizar la centralidad de la igual dignidad humana en el sistema jurídico del que se predica.

En consecuencia, ningún otro interés —político, jurídico o económico— puede disputar a la dignidad humana aquella posición de centralidad. Esto es lo que sucede en el Consejo de Europa: como apunta RODRÍGUEZ,

[n]o existen, en el sistema de la CEDH, intereses propios cuya preservación deba incluirse en la ponderación o en el test de proporcionalidad aplicable a las restricciones impuestas por los Estados. Los Estados, por el contrario, aplican a los derechos de la Convención determinadas restricciones encaminadas a preservar intereses estatales, y el papel del TEDH se reduce a enjuiciar si estas restricciones pueden o no considerarse legítimas según la propia CEDH. Pero, puesto que los objetivos de la Convención se reducen a la salvaguardia de estos derechos, y no a la consecución de cualesquiera otros fines, no existen otros intereses, ajenos a los que el Estado alegue, que el TEDH deba tener en cuenta a la hora de ponderar una restricción⁸²¹.

⁸¹⁸ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 174.

⁸¹⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia», en *La Ley Unión Europea*, n.º 23, 2015, p. 41.

⁸²⁰ GARCÍA ROCA, J. (2019), *op. cit.*, p. 339.

⁸²¹ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, pp. 350-351.

Por el contrario, como se desarrollará más adelante, los derechos fundamentales no sólo no son un objetivo principal de la Unión (art. 3 TUE⁸²²), sino que ni siquiera constituyen una competencia propia (arts. 3 a 6 TFUE). En una organización que funciona por el principio de atribución de competencias (art. 5.2 TUE), sin dicha competencia el papel de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario resulta necesariamente muy limitado.

En este sentido, es interesante reproducir las palabras de la Abogada General Kokott en la Opinión que emitió en el procedimiento de dictamen 2/13 —que será analizada más adelante—:

Es posible que el equilibrio entre, por una parte, las exigencias de la tutela de los derechos fundamentales y, por otra, el interés general o incluso los intereses económicos no siempre sea definido por el TEDH de la misma manera que lo ha sido hasta ahora en la jurisprudencia de nuestro Tribunal de Justicia. En ese sentido, cuando, próximamente, las instituciones de la Unión queden vinculadas a la jurisprudencia del TEDH como consecuencia de la adhesión de la Unión al CEDH, es muy posible que se produzca cierto cambio en el centro de gravedad de las actuaciones que afecte, por ejemplo, a la relación que existe entre los derechos fundamentales y las libertades fundamentales del mercado interior europeo⁸²³.

La Abogada General reconoce, por tanto, que en la jurisprudencia del TJUE existe una preeminencia de las libertades económicas del mercado interior frente a los derechos fundamentales⁸²⁴ y que esa preeminencia, en cambio, no se da en el TEDH, que sí prioriza la dignidad y los derechos fundamentales en su toma de decisiones.

⁸²² En efecto, el respeto, protección y promoción de los derechos fundamentales no aparece como un objetivo específico de la Unión. El art. 3 únicamente establece que la Unión *promoverá* «la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos» (apdo. 1). Si bien se establece que «[l]a Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño», ello se produce en el marco del tercer apartado del precepto, dedicado al establecimiento del mercado interior y otros objetivos económicos. Finalmente, la única referencia directa a la protección de los derechos humanos aparece en el quinto apartado, pero queda configurado como un fin a promover en las relaciones de la Unión con el resto del mundo.

⁸²³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, opinión de la Abogada General Juliane Kokott, presentada el 13 de junio de 2014, procedimiento de dictamen 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475, apdo. 206.

⁸²⁴ En este mismo sentido se pronuncian DI MAIO y TOMÁS, para quienes la actuación del TJUE está guiada por la lógica del mercado único, que necesita prevalecer sobre los intereses laborales y sociales. MAIO, C. DI y TOMÁS, A., «La ciudadanía europea ante el reto de la unidad política: ¿mero estatuto de libertades o motor para una sólida integración de la Unión Europea?», en *Revista Derecho del Estado*, n.º 40, enero-junio de 2018, p. 198. Así, se ha afirmado que el principio de no discriminación laboral por razón de sexo no fue incorporado al Tratado como un derecho fundamental sino como una exigencia del propio mercado, que no puede tolerar que algunos Estados compitan en mejores condiciones como consecuencia de una legislación que permite una mano de obra femenina más barata. APARICIO PÉREZ, M. A. y GONZÁLEZ RUIZ, F., *Acta Única y*

derechos fundamentales (una introducción a los sistemas europeos supranacionales de reconocimiento de derechos humanos), Editorial-Gráficas Signo, Esplugues de Llobregat (Barcelona), 1992, p. 44. Para una crítica sobre la subordinación de la tutela de los derechos fundamentales al objetivo de la mayor integración económica en la jurisprudencia del TJUE *vid.* también COPPEL, J. y O'NEILL, A., «The European Court of Justice: taking rights seriously?» en *Common Market Law Review*, n.º 29.4, 1992.

La preeminencia de las libertades económicas frente a los derechos fundamentales —esencialmente sociales— puede observarse, además de en la jurisprudencia analizada en el Capítulo 4 (*vid.* en particular el caso *Comisión/Luxemburgo*, C-319/06, epígrafe 6.4), en los siguientes asuntos. En el caso *Viking* se discutía la conformidad con los Tratados de una huelga de trabajadores que pretendía impedir a una empresa finlandesa de transporte con transbordadores el cambio de pabellón al estonio porque la normativa de dicho país permitía el pago de unos salarios inferiores a sus trabajadores. La preeminencia de la lógica económica frente a la social se manifiesta en el hecho de que, a pesar de que en esta sentencia el TJUE reconoce que «la Comunidad no sólo tiene una finalidad económica, sino también social» (apdo. 79), la regla general sigue siendo la libertad de establecimiento —y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo la excepción— : «[E]l derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado» (apdo. 77). Como tal excepción, está sometida a importantes restricciones: la huelga —como cualquier otro derecho—, para poder justificar una limitación a la libertad de establecimiento debe estar justificada por la protección de una razón imperiosa de interés general, ser adecuada para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y no ir más allá de lo necesario para lograr este objetivo (apdo. 90). Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-438/05, *The International Transport Workers' Federation y The Finnish Seamen's Union*, de 11 de diciembre de 2007, ECLI:EU:C:2007:772.

Estas restricciones condujeron al TJUE a considerar no justificada, en cuanto restricción a la libre prestación de servicios, una medida de conflicto colectivo consistente en el bloqueo de las obras de construcción de un centro escolar por una empresa letona en territorio sueco con el objetivo de que aquélla se adhiriera a un convenio colectivo —negociado con sindicatos suecos— cuyas cláusulas establecían unas condiciones laborales (sobre todo, salariales) más favorables a las previstas en las disposiciones legales pertinentes, de modo que se evitara, así, el *dumping* social —la empresa podría pagar a sus trabajadores letones un salario inferior al aplicable a los trabajadores suecos del mismo sector—. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-341/05, *Laval un Partneri*, de 18 de diciembre de 2007, ECLI:EU:C:2007:809.

Por su parte, en el asunto *Rüffert* el TJUE determinó que la libre prestación de servicios impide que una normativa nacional (en el caso, alemana) pueda exigir a las empresas adjudicatarias de un contrato público de obras la designación como adjudicatarias (en el caso, una empresa polaca) únicamente a las empresas que, por licitación, se comprometían por escrito a pagar sus trabajadores, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de ejecución de la obra, lo que producía en el asunto concreto que los trabajadores polacos recibieran en Alemania un salario inferior al que correspondería conforme a la normativa laboral alemana. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-346/06, *Rüffert*, de 3 de abril de 2008, ECLI:EU:C:2008:189.

Es posible encontrar ejemplos, no obstante, que se pronuncian en un sentido contrario; así, en el caso *Schmidberger* el TJUE consideró que una concentración —considerada el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y la libertad de reunión reconocidos en los arts. 10 y 11 del CEDH— a favor del medio ambiente que provocó la paralización de la circulación en la autopista de Brenner, a la altura de Austria, durante casi treinta horas primaba sobre la libre circulación de mercancías (*vid.* epígrafe 5.6 del Capítulo 4). Igualmente en el caso *Omega* el TJUE priorizó la particular concepción alemana de la dignidad humana sobre la libre prestación de servicios y la libre circulación de mercancías para justificar la prohibición de la explotación comercial en el país germano de un juego de matar con láseres para el que se importaban piezas del Reino Unido (*vid.* epígrafe 6.1 del Capítulo 4). Finalmente, en el caso *Digital Rights Ireland*, el TJUE declaró inválida la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE (DO L 105 de 13.4.2006, p. 54) —que obligaba a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas a la conservación de datos de tráfico y de localización (no así de contenido) de todos sus usuarios, incluso de los que no existían indicios que sugirieran una relación con delitos graves y sin excepcionar las comunicaciones amparadas por el secreto profesional, con el objetivo de contribuir a la lucha contra la delincuencia grave—, por vulneración de los derechos al respeto de la vida privada y de las comunicaciones y a la protección de

En definitiva, la consecución de un orden público propio de la UE no será posible si no va acompañada de una identificación clara de los factores que impiden su conformación y la realización, a partir de ella, de una serie de reformas en los Tratados que tengan por objeto la potenciación de los derechos fundamentales. A lo primero se dedicará el Capítulo 6; a lo segundo, el Capítulo 7.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

datos de carácter personal (arts. 7 y 8 CDFUE). Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros*, de 8 de abril de 2014, ECLI:EU:C:2014:238.

CAPÍTULO 6. Factores impeditivos de un orden público de la Unión Europea: la dimensión dogmática del Derecho de la Unión.

1. La identificación de los obstáculos a la conformación de un orden público de la Unión en sus elementos constitutivos.

En la Parte II de este trabajo se ha llegado a la conclusión de que no es posible identificar, en el actual estado de la Unión, un orden público análogo en su conceptualización, caracterización y funciones al concepto de orden público estatal desarrollado en la Parte I, esto es, como fundamento dogmático que garantiza la centralidad de la persona en el ordenamiento jurídico-político. A continuación, nos planteábamos en el Capítulo 5 de esta Parte III si dicha ausencia podía deberse a la constricción del orden público al ámbito estatal: tras acudir al modelo que constituye el CEDH es posible afirmar que cabe la conformación de un orden público en el espacio de la UE, siempre y cuando se adopten las reformas necesarias en su ámbito dogmático. En consecuencia, en este Capítulo 6 exploraremos los obstáculos que impiden el desarrollo de un orden público de la UE.

Compartimos con FERACI⁸²⁵ que es razonable buscar las fuentes del orden público de la Unión en los valores enunciados en el TUE, el TFUE y la CDFUE, así como en los principios generales relevantes para la jurisprudencia del TJUE y, en especial, los derechos fundamentales. A tal efecto, se analizarán los elementos materiales que componen el

⁸²⁵ FERACI, O., *op. cit.*, p. 362.

concepto de orden público —valores, principios y derechos— para tratar de encontrar en su reconocimiento y garantía en el nivel del Derecho europeo los motivos por los que no ha sido posible la conformación de un orden público propio de la Unión.

2. Los valores y principios de la Unión Europea.

Nos dedicaremos en primer lugar a analizar la posición que ocupan en el Derecho europeo las categorías axiológicas de corte más marcadamente abstracto: los valores y principios⁸²⁶. Para ello, analizaremos primero los diferentes entendimientos que pueden apuntarse respecto al término «valor» en la Unión Europea para, posteriormente, realizar un somero recorrido histórico del reconocimiento de los valores y principios en la Unión y esbozar su configuración jurídica actual en el Derecho originario.

2.1. La Europa de los valores.

La «Europa de los valores» es una expresión comúnmente empleada en el vocabulario europeo. Europa, como continente, habría generado unos valores (igualdad, democracia, libertad, Estado de Derecho, etc.) que serían, ahora, mundiales. Los valores humanísticos serían la gran aportación del continente europeo al mundo y constituirían la propia razón de ser de la UE, aquello que la diferenciaría de otras organizaciones internacionales: la UE como espacio de un modo de vida europeo.

De este modo, se afirma que Europa vive de una serie de valores fundamentales que deben ser constante y públicamente reiterados, afirmados y desarrollados⁸²⁷, y que son estos valores comunes los que fundamentan el «patrimonio europeo común»⁸²⁸. Estos

⁸²⁶ Los Tratados no atribuyen una distinción de significado a los términos «valor» y «principio»: la libertad, la democracia, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos son considerados como principios en el cuarto párrafo del preámbulo del TUE y como valores en el art. 2 TUE, y la igualdad es un principio en el art. 9 TUE y un valor en el art. 2 TUE. En general, en el lenguaje comunitario existe una confusión en la utilización del término «principio», pues abarca los valores, los principios fundamentales de la Unión (democracia —arts. 2, 9 y 12 TUE—, respeto de los derechos fundamentales —art. 6.3 TUE—, igualdad de los Estados miembros —art. 4.2 TUE—, respeto a la identidad nacional de los Estados miembros y cooperación leal —art. 4.2 y 3 TUE—) y los principios informadores del Derecho de la Unión (principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad —art. 5 TUE—, autonomía y eficacia directa —Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-26/62, *cit.*—, y primacía —Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-6/64, *cit.*—).

⁸²⁷ HÄBERLE, P. (1998), *op. cit.*, p. 130. Para este autor «[e]n Europa existe ya un espacio público cultural y es a partir de éste como Europa debe constituirse y desarrollarse». HÄBERLE, P. (1998), *op. cit.*, p. 134.

⁸²⁸ FREIXES SANJUÁN, T., «Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la

valores, articulados en torno a un orden de libertad y democracia, serían fundamentales para un respeto mutuo entre Estados miembros que permitiera un «espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores»⁸²⁹.

Los valores europeos serían identificados en la Declaración sobre la identidad europea, emitida por el Consejo Europeo de Copenhague de 14 y 15 de diciembre de 1973⁸³⁰, que pretendía enunciar los elementos fundamentales de la identidad europea con el objetivo de fortalecer su propia cohesión y contribuir al encuadre de una política exterior «genuinamente europea» (apdo. 22). En la Declaración se afirmaba que

[t]he Nine [los nueve Estados miembros] wish to ensure that the cherished values of their legal, political and moral order are respected, and to preserve the rich variety of their national cultures. Sharing as they do the same attitudes to life, based on a determination to build a society which measures up to the needs of the individual, they are determined to defend the principles of representative democracy, of the rule of law, of social justice — which is the ultimate goal of economic progress — and of respect for human rights. All of these are fundamental elements of the European Identity [apdo. 1.II].

El Consejo Europeo ideaba en esta Declaración una Europa en la que se reproducían los principios fundamentales del Estado constitucional (democracia, Estado de Derecho, derechos humanos) y se situaba a la persona en el centro de su actuación. No obstante, dicha imagen quedaría desvirtuada al incluir, como «parte esencial de la identidad europea», el mercado común, basado en una unión aduanera (apdo. 2). En cualquier caso, esta Declaración constituye uno de los primeros documentos en los que se afirma que la entonces CEE, además de los objetivos de cooperación económica y establecimiento de un mercado interior, comparte un sustrato de valores comunes.

Desde una perspectiva jurídico-constitucional TOGGENBURG⁸³¹ señala que la expresión «valores europeos» puede referirse a tres realidades que, en nuestra opinión, corresponden al pasado, el presente y el futuro del sistema axiológico de la Unión. En primer lugar, los valores fundacionales (*foundational values*), esto es, las ideas políticas

construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 4, 2005, p. 44.

⁸²⁹ PEROTTO BIAGI, C. (2017), *op. cit.*, p. 312.

⁸³⁰ Declaration on European Identity, Bulletin of the European Communities, n.º 12, Luxemburgo, diciembre 1973, pp. 118-122.

⁸³¹ TOGGENBURG, G. N., «Cultural diversity at the background of the European debate on values – an introduction», en PALERMO, F. y TOGGENBURG, G. B. (eds.), *European constitutional values and cultural diversity*, Europäische Akademie Bozen, Bolzano (Italia), 2003, pp. 11-13.

subyacentes a la Comunidad Europea, que se reflejarían en el preámbulo⁸³² y el art. 2⁸³³ TCE: la promoción del progreso económico y social, la mejora de las condiciones de vida y trabajo, la paz y la libertad. Se trataría, pues, de los valores que motivaron la creación de la CEE como vía para la convivencia pacífica tras la Segunda Guerra Mundial.

En segundo lugar, los «principios jurídicos comunes» (*common legal principles*), que serían los valores y principios proclamados en el actual art. 2 TUE, que analizaremos más adelante. Estos valores inspirarían el funcionamiento de la UE y formarían un acervo jurídico comunitario en torno a conceptos como el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Es ésta la concepción de valores que interesa a nuestro estudio. Estos valores desempeñan una posición política e ideal y en caso de incumplimiento generan consecuencias jurídicas para las instituciones europeas y los Estados miembros (art. 7 TUE). Además, se convierten en objetivos de la Unión, por lo que condicionan sus principios y métodos de actuación, convirtiéndose en parámetro de legalidad (de constitucionalidad) del comportamiento de las instituciones comunitarias⁸³⁴.

Finalmente, TOGGENBURG identifica una tercera categoría que necesitaría ser desarrollada por la doctrina, las «ideas europeas» (*european ideas*). Según este autor, estas *ideas*, propias de posturas ideológicas o antroposóficas, surgirían en el debate sobre la identidad europea y tratarían de esbozar una especie de «columna vertebral cultural

⁸³² «RESUELTOS a sentar las bases de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos, DECIDIDOS a asegurar, mediante una acción común, el progreso económico y social de sus respectivos países, eliminando las barreras que dividen Europa, FIJANDO como fin esencial de sus esfuerzos la constante mejora de las condiciones de vida y trabajo de sus pueblos, RECONOCIENDO que la eliminación de los obstáculos existentes exige una acción concertada para garantizar un desarrollo económico estable, un intercambio comercial equilibrado y una competencia leal, PREOCUPADOS por reforzar la unidad de sus economías y asegurar su desarrollo armonioso, reduciendo las diferencias entre las diversas regiones y el retraso de las menos favorecidas, DESEOSOS de contribuir, mediante una política comercial común, a la progresiva supresión de las restricciones a los intercambios internacionales, PRETENDIENDO reforzar la solidaridad de Europa con los países de Ultramar y deseando asegurar el desarrollo de su prosperidad, de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, RESUELTOS a consolidar, mediante la constitución de este conjunto de recursos, la defensa de la paz y la libertad e invitando a los demás pueblos de Europa que participan de dicho ideal a asociarse a su esfuerzo, HAN DECIDIDO crear una Comunidad Económica Europea».

⁸³³ «La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran».

⁸³⁴ ADAM, R. y TIZZANO, A., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2014, p. 392.

común» de Europa. Dado que estas ideas tienen un valor jurídico débil y un inestable consenso político subyacente, sólo parcialmente pueden dotar de una legitimidad adicional al proceso de integración europea. En su opinión, a pesar de que Europa es el único continente que ha sido definido por sus habitantes y no por influencias externas imperialistas, aún es difícil identificar «lo europeo».

2.2. Los valores y principios de la Unión en sus Tratados.

La primera referencia a los valores en los Tratados aparece en el tercer párrafo del preámbulo del Acta Única Europea de 1986:

Decididos a promover conjuntamente la democracia basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social [...].

También en el quinto párrafo del preámbulo se afirmaba que

[c]onscientes de la responsabilidad que incumbe a Europa de procurar adoptar cada vez más una postura uniforme y de actuar con cohesión y solidaridad, con objeto de proteger más eficazmente sus intereses comunes y su independencia, así como reafirmar muy especialmente los principios de la democracia y el respeto del Derecho y de los derechos humanos que ellos propugnan, a fin de aportar conjuntamente su propia contribución al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales de acuerdo con el compromiso que asumieron en el marco de la Carta de las Naciones Unidas.

No obstante, será el Tratado de Maastricht de 1992 —cuyo preámbulo, en su párrafo tercero, confirmaba la «adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho»— el que consagre dichos valores en la parte dispositiva de los Tratados. La inclusión, sin embargo, era indirecta y muy deficitaria: el art. F establecía en su primer apartado que los sistemas de gobierno de los Estados miembros «se basarán en los principios democráticos» y, en su segundo apartado, que la Unión «respetará los derechos fundamentales».

Habrá que esperar al Tratado de Ámsterdam de 1997 para contemplar proclamados, por fin, los valores europeos. El art. 1.8).a) reescribió el apartado 1 del

artículo F del TUE⁸³⁵ para incluir que «[l]a Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros». Asimismo, como se explicará en un epígrafe posterior, el Tratado de Ámsterdam incluyó en un nuevo artículo F.1⁸³⁶ el denominado mecanismo sancionador, cuya regulación se ha mantenido hasta el actual art. 7, apartados 2 a 5, del TUE.

Tras estos antecedentes, el segundo párrafo del preámbulo de la vigente versión del Tratado de la Unión Europea según el Tratado de Lisboa establece: «Inspirándose en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho». Este apartado representó una novedad del Tratado de Lisboa y procede íntegramente del primer párrafo del preámbulo del *non nato* Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 2004. La afirmación no marca la singularidad propia de la UE, sino el papel que Europa ha desempeñado en el mundo: el pasado cultural, religioso y humanista de Europa proporcionó al mundo los valores del respeto por los derechos humanos, la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho. Se trata, pues, de valores universales de origen europeo.

La anterior tesis queda reforzada si atendemos a los dos primeros párrafos del preámbulo del proyecto de Tratado constitucional, que finalmente no se reflejaron en el texto definitivo:

Conscientes de que Europa es un continente portador de civilización, de que sus habitantes, llegados en sucesivas oleadas desde los tiempos más remotos, han venido desarrollando los valores que sustentan el humanismo: la igualdad de las personas, la libertad y el respeto a la razón,
Con la inspiración de las herencias culturales, religiosas y humanistas de Europa, cuyos valores, aún presentes en su patrimonio, han hecho arraigar en la vida de la sociedad el lugar primordial de la persona y de sus derechos inviolables e inalienables, así como el respeto del Derecho [...]⁸³⁷.

⁸³⁵ El art. F TUE se convertiría en el art. 6 tras la reenumeración efectuada por el Anexo del Tratado de Ámsterdam (art. 12 de este tratado).

⁸³⁶ Precepto que, tras la reenumeración efectuada por el Tratado de Ámsterdam, se convertiría en el art. 7 TUE.

⁸³⁷ Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, DO C 169 de 18.7.2003, p. 8.

El párrafo cuarto del preámbulo del TUE reproduce lo afirmado en el Tratado de Maastricht: «Confirmando su adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho». El hecho de que se vuelvan a mencionar aquí los valores confirma la hipótesis trazada: el segundo párrafo no afirmaba los valores de la Unión —lo que sí realiza el cuarto párrafo—, sino que resaltaba la importancia de Europa como motor de civilización en el mundo. En cualquier caso, es evidente que estos valores, si bien rigen en la UE, no son característicos del mismo, pues coinciden con los considerados «valores universales». Se pierde así la oportunidad de trazar una línea de valores estrictamente europeos que caracterice a los Estados miembros y en los que la ciudadanía europea pueda sentirse identificada.

Por lo que se refiere a su articulado, los valores ocupan una triple posición en el TUE. En primer lugar, como *fin de la Unión*. Según el art. 3.1 TUE, «[l]a Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos». Para ello, «[l]a Unión dispone de un marco institucional que tiene como finalidad promover sus valores, perseguir sus objetivos, defender sus intereses, los de sus ciudadanos y los de los Estados miembros⁸³⁸, así como garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones» (art. 13.1 TUE). A esta categoría pertenece la proclamación solemne del art. 2 TUE —cuya redacción ha permanecido idéntica a la prevista en el proyecto de Tratado constitucional— y los mecanismos del art. 7 TUE —que serán analizados en un epígrafe posterior—, ejes fundamentales sobre los que tiene lugar el reconocimiento y el tratamiento de los valores en el Derecho originario.

Según el art. 2 TUE, cuyos valores son considerados por algunos autores como el núcleo del orden público de la UE⁸³⁹,

[l]a Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

⁸³⁸ Esta afirmación refleja la doble legitimidad de la Unión Europea, basada en los Estados y la ciudadanía. Vid. al respecto BARÓN CRESPO, E., «El desarrollo de la codecisión como procedimiento legislativo de la UE», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 46, 2012.

⁸³⁹ FERACI, O., *op. cit.*, p. 365.

Se trata de un precepto que, aunque no produce efectos directos, sí guía la interpretación de las normas⁸⁴⁰.

La primera frase del art. 2 TUE procede del Tratado de Ámsterdam⁸⁴¹, aunque el Tratado de Lisboa realiza dos importantes modificaciones. Primero, sustituye el verbo «basarse» por «fundamentarse», remarcando de este modo la importancia de los valores *en* la UE como valores *de* la UE: «basarse» implica apoyar una cosa (la UE) sobre un soporte preexistente y no modificado (los valores), mientras que «fundamentarse» denota una connotación de raíz o cimiento que conduce a considerar que los valores hunden sus raíces en los Estados miembros pero afloran como valores de la Unión.

Asimismo, en un cierto avance hacia los paradigmas propios del constitucionalismo social, introduce en el listado de valores a la dignidad humana —que sitúa a su inicio, como piedra angular de los subsiguientes valores— así como a la igualdad y los derechos pertenecientes a las minorías —se colocan con función enfática, pues en principio estarían comprendidos en los derechos humanos—. Más enigmática resulta la segunda frase, que enuncia una serie de valores que no quedan incorporados en la lista general de la primera; por el contrario, son considerados como «elementos característicos de la sociedad europea». En nuestra opinión, ello no debe desvirtuar su consideración como valores con la misma categoría que los enunciados en la primera frase. Su inclusión en una oración independiente obedece más bien a la distinta naturaleza de los elementos incluidos: valores típicos (pluralismo, justicia, solidaridad), manifestaciones del principio de igualdad (no discriminación, igualdad entre mujeres y hombres) y afirmaciones de respeto (tolerancia).

En segundo lugar, los valores se configuran como *objetivos de implantación en el mundo*. De este modo, el art. 3.5 TUE establece que,

[e]n sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo,

⁸⁴⁰ VON BOGDANDY, A., KOTTMANN, M., ANTPÖHLER, C., DICKSCHEN, J., HENTREI, S. y SMRKOLJ, M., «Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States», en *Common Market Law Review*, n.º 49, 2012, pp. 500-501.

⁸⁴¹ Según su art. 6.1 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea tras el Tratado de Ámsterdam, «[l]a Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros».

la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

Este artículo contribuye, junto con el art. 2 TUE, a identificar el potencial contenido del orden público europeo, dado su mayor grado de concreción: el desarrollo sostenible del planeta o la protección de los derechos del niño son ejemplos destacados de concreción de los valores generales.

El planteamiento anterior vuelve a aparecer en el art. 21.1 TUE, según el cual

[l]a acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional.

Estos valores o principios⁸⁴² bien podrían constituir el objeto del orden público europeo pero, como en las anteriores ocasiones, la enumeración presenta una amplitud excesiva que conduciría a calificarlos como de orden público «occidental», pues no contiene ningún rasgo distintivo propio de la UE.

Por su parte, el art. 21.2 TUE establece que

[l]a Unión definirá y ejecutará [en la escena internacional] políticas comunes y acciones y se esforzará por lograr un alto grado de cooperación en todos los ámbitos de las relaciones internacionales con el fin de:

- a) defender sus valores, intereses fundamentales, seguridad, independencia e integridad;
- b) consolidar y respaldar la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y los principios del Derecho Internacional.

La enumeración de valores del art. 21 TUE no desempeña la misma función que la del art. 2 TUE. En éste los valores son los propios y característicos de la UE, integrantes de un hipotético orden público europeo. Por el contrario, los valores del art. 21 TUE serían aquellos que, formando parte del orden público europeo, la UE considera indispensables o nucleares. Así, por ejemplo, no puede exigirse a un país extranjero un mismo entendimiento de la libertad de expresión, pero sí unos parámetros mínimos de democracia (elecciones libres, proporcionalidad, etc.).

⁸⁴² El Tratado utiliza indistintamente los términos «valores» y «principios» para referirse a la democracia, el Estado de Derecho, la dignidad humana o los derechos humanos.

En cualquier caso, todos estos valores constituyen la base para el establecimiento de un espacio de prosperidad y buena vecindad con los países vecinos de la Unión (art. 8.1 TUE⁸⁴³); deben ser tenidos en cuenta por los Estados miembros en el contexto de la Política Exterior y de Seguridad Común al emprender cualquier actuación en la escena internacional o asumir cualquier compromiso que pueda afectar a los intereses de la Unión (art. 32 TUE⁸⁴⁴); y su defensa puede constituir el objeto de una misión encomendada por el Consejo en el marco de la Política Común de Seguridad y Defensa (art. 42.5 TUE⁸⁴⁵).

En tercer lugar, el último de los ámbitos en que se manifiestan los valores en el TUE constituye el punto de conexión entre los dos primeros: entre los *criterios de Copenhague*⁸⁴⁶ o requisitos que un Estado candidato debe reunir para convertirse en miembro de la Unión se encuentra el respeto y promoción de los valores europeos: «Cualquier Estado europeo que respete los valores mencionados en el artículo 2 y se comprometa a promoverlos podrá solicitar el ingreso como miembro en la Unión» (art. 49 TUE).

Respecto al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la única mención a los valores se encuentra, como corresponde a su naturaleza meramente organizativa frente a la constitucional del TUE, en el art. 14, en el que se afirma que

a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial la Unión y los

⁸⁴³ «La Unión desarrollará con los países vecinos relaciones preferentes, con el objetivo de establecer un espacio de prosperidad y de buena vecindad basado en los valores de la Unión y caracterizado por unas relaciones estrechas y pacíficas fundadas en la cooperación».

⁸⁴⁴ «Los Estados miembros se consultarán en el seno del Consejo Europeo y del Consejo sobre cualquier cuestión de política exterior y de seguridad que revista un interés general, a fin de definir un enfoque común. Antes de emprender cualquier actuación en la escena internacional o de asumir cualquier compromiso que pueda afectar a los intereses de la Unión, cada Estado miembro consultará a los demás en el seno del Consejo Europeo o del Consejo. Los Estados miembros garantizarán, mediante la convergencia de su actuación, que la Unión pueda defender sus intereses y valores en la escena internacional. Los Estados miembros serán solidarios entre sí».

⁸⁴⁵ En el contexto de la Política Común de Seguridad y Defensa, «[e]l Consejo podrá encomendar la realización de una misión, en el marco de la Unión, a un grupo de Estados miembros a fin de defender los valores y favorecer los intereses de la Unión. La realización de esta misión se regirá por el artículo 44».

⁸⁴⁶ Los criterios de adhesión exigidos para la integración de un Estado en la UE fueron implantados en el Consejo Europeo de Copenhague de 1993 y ampliados en el Consejo Europeo de Madrid de 1995. Consejo Europeo. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Copenhague de 21 y 22 de junio de 1993, recuperado de: <<https://www.consilium.europa.eu/media/21221/72925.pdf>>; Consejo Europeo. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Madrid de 15 y 16 de diciembre de 1995, recuperado de: <<https://www.consilium.europa.eu/media/21173/madrid-consejo-europeo.pdf>>. En esencia, los criterios se refieren a la necesidad de contar con un sistema democrático estable y respetuoso con el Estado de Derecho y los derechos humanos y una economía de mercado capaz de asumir las obligaciones europeas.

Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido.

Se trata de una mención secundaria de la dimensión social de la economía como valor de la Unión que, como todos ellos, debe inspirar y ser tenido en cuenta en la producción normativa de la UE.

Además de los primeros artículos del TUE, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea constituye el instrumento axiológico y dogmático por excelencia de la UE, su *Bill of Rights* en que se manifiestan los valores propios de la Unión. En el preámbulo de la Carta, que representa su declaración teleológica, los valores aparecen, en primer lugar, como un proyecto de futuro: «Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha⁸⁴⁷, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes» (primer párrafo). Los valores, así, se configuran como el motivo que explica la unión de los pueblos de Europa. Esta idea se reproduce en el segundo párrafo:

Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación.

En el Capítulo 1 se afirmaba que el concepto de orden público no era neutro, sino que tenía como finalidad asegurar la centralidad de la persona en el ordenamiento jurídico. La Carta manifiesta esta idea en el contexto de los valores de la Unión, lo que nos conduce a afirmar que reconoce la existencia de una síntesis axiológica europea garante de la persona. No obstante, debemos poner de manifiesto la equívoca redacción del preámbulo en este sentido: son los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la democracia y el Estado de Derecho los que garantizan la centralidad de la persona; la ciudadanía de la Unión es sólo el estatuto jurídico formal que convierte a la persona en titular de una posición jurídica en la Unión y, por tanto, de un catálogo de derechos; y el espacio de libertad, seguridad y justicia es un objetivo a alcanzar

⁸⁴⁷ La «unión más estrecha» se ha convertido en un lugar común en los instrumentos europeos desde que apareciera por primera vez en el preámbulo del TCEE. Aparece en los preámbulos del TUE, del TFUE, de la CDFUE, del Estatuto del Consejo de Europa y del CEDH y parece inspirarse en la fórmula «*We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union...*», que aparece en el preámbulo de la Constitución de Estados Unidos de 1787.

del que se beneficiará la persona, pero que, en sí, no la hace situar en el centro de actuación de la Unión.

Finalmente, el tercer párrafo deja constancia del complejo equilibrio a alcanzar entre homogeneidad de valores y diversidad de tradiciones:

La Unión contribuye a defender y fomentar estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos a escala nacional, regional y local; trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, así como la libertad de establecimiento.

3. Los derechos fundamentales en la Unión Europea (I). Del desarrollo jurisprudencial a su incorporación en el Derecho originario.

Una vez analizada la proclamación de los valores y principios de la Unión efectuada por los instrumentos de Derecho originario, procederemos a continuación al estudio de la institución jurídica a partir de la cual se construye conceptualmente el orden público —y que, por ello, será objeto de un análisis más pormenorizado—: los derechos fundamentales. Será objeto de este epígrafe la configuración originaria de los derechos fundamentales por parte de la jurisprudencia del TJUE y su posterior traslación a los Tratados; en el siguiente epígrafe analizaremos con detalle, en concreto, la CDFUE.

3.1. Los derechos fundamentales en los inicios de la Unión Europea. La vía pretoriana.

Todo análisis de la posición de los derechos fundamentales en la estructura jurídico-constitucional de la UE debe realizarse, como se efectúa respecto de los principios europeos desarrollados de manera pretoriana, a través de su evolución histórica.

Se ha convertido en un tópico en el ámbito académico la afirmación de que el objetivo de la primigenia CEE era la integración económica, pero no política y menos aún en materia de derechos fundamentales. En efecto, el art. 2 TCEE proclamaba que la Comunidad «tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado

común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad [...]».

Por el contrario, el Estatuto del Consejo de Europa⁸⁴⁸ asumía como finalidad «realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social» (art. 1.a); finalidad que se perseguiría, entre otros medios, a través de «la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales» (art. 1.b).

Los ámbitos de actuación en el continente europeo quedaban de este modo perfectamente delimitados: el Consejo de Europa se ocuparía de restablecer la paz tras la Segunda Guerra Mundial a través de la afirmación de los principios de democracia, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos comunes a los Estados firmantes, mientras que la CEE procuraría la consecución de una economía de mercado abierta y de libre competencia, sin perjuicio de que, con el tiempo, esta apuesta sentara, como manifestaría Robert Schuman el 9 de mayo de 1950, «las primeras bases concretas de una federación europea indispensable para la preservación de la paz»⁸⁴⁹.

Como consecuencia de este reparto de roles, la UE mostró inicialmente una actitud indiferente o desinteresada en relación con los derechos fundamentales⁸⁵⁰. En 1959, en la sentencia *Stork*⁸⁵¹, el TJCE rechazó que una decisión de la Alta Autoridad de la CECA pudiera vulnerar los derechos fundamentales de libre desarrollo de la personalidad y de libre elección de profesión u oficio, proclamados en la mayoría de las constituciones de los Estados miembros —y, para el concreto caso, en los arts. 2 y 12 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949—. El TJCE no analizó el fondo del asunto al considerar que sus funciones se limitaban a la garantía del respeto del Derecho

⁸⁴⁸ Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949, recuperado de: <<https://rm.coe.int/1680306052>>.

⁸⁴⁹ Vid. el epígrafe 4.1.1 de la Parte Introductoria.

⁸⁵⁰ PASTOR RIDRUEJO, J. A., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la adhesión al Convenio Europeo según el Tratado de Lisboa», en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 4.

⁸⁵¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-1/58, *Stork & Cie./Alta Autoridad*, de 4 de febrero de 1959, ECLI:EU:C:1959:4.

comunitario, por lo que no tenía competencia para enjuiciar el Derecho interno, incluso aunque resultaran vulnerados ciertos principios de Derecho constitucional alemán⁸⁵².

Más adelante, en la sentencia *Comptoirs de vente*⁸⁵³ (1960), a pesar de que el Abogado General Lagrange había propuesto al TJCE que, aunque no aplicara directamente las reglas de Derecho interno, podía «verse influido por tales normas en la medida en que, en su caso, pudiera ver en ella la expresión de un principio general del Derecho susceptible de ser tomado en consideración para la aplicación del Tratado»⁸⁵⁴, el tribunal continuó afirmando que no le corresponde «asegurarse de que las reglas del Derecho interno, incluidas las reglas constitucionales⁸⁵⁵, en vigor en uno u otro de los Estados miembros sean respetadas» (apdo. 348). Asimismo, afirmó que «el Derecho comunitario, tal como se surge del Tratado CECA, no contiene ningún principio general, expreso o de otro tipo, que garantice el mantenimiento de los derechos adquiridos» (apdo. 439).

Finalmente, a esta primera etapa de indiferencia por parte del TJCE respecto a los derechos fundamentales pertenece también la sentencia *Sgarlata*⁸⁵⁶, de 1965, en la que el tribunal afirmaría que la protección por la Comunidad de los derechos fundamentales, al corresponder a las diferentes constituciones nacionales y, por tanto, estar sujetos a distintos regímenes jurídicos, atentaría contra la uniformidad y la autonomía del Derecho comunitario.

A finales de la década de 1960, se producen dos acontecimientos que conducen al TJCE a un replanteamiento de esta doctrina. Por un lado, el Tribunal Constitucional Federal alemán advierte por primera vez, en el auto de 18 de octubre de 1967⁸⁵⁷, que admitiría recursos de inconstitucionalidad contra normas europeas que se fundamentaran en posibles violaciones a los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental de

⁸⁵² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-1/58, *cit.*, apdo. 4.a).

⁸⁵³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados C-36/59, C-37/59, C-38/59 y C-40/59, *Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft y otros/Alta Autoridad*, de 15 de julio de 1960, ECLI:EU:C:1960:36.

⁸⁵⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Lagrange, presentadas el 24 de mayo de 1960, asuntos acumulados C-36/59, C-37/59, C-38/59 y C-40/59, ECLI:EU:C:1960:27, apdo. III, párrafo cuarto. La opción de considerar los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario será, finalmente, la solución adoptada por el TJCE.

⁸⁵⁵ En concreto, se alegaba que la decisión discutida vulneraba el derecho de propiedad proclamado en el art. 14 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

⁸⁵⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-40/64, *Scarlata/Comisión de la CEE*, de 1 de abril de 1965, ECLI:EU:C:1965:36.

⁸⁵⁷ Bundesverfassungsgericht, auto 1 BvR 248/63 y 1 BvR 216/671, de 18 de octubre de 1967.

la República Federal de Alemania⁸⁵⁸. Por otro lado, en 1968, el luxemburgués Pierre Pescatore⁸⁵⁹ pone de manifiesto, un año después de su toma de posesión como juez del TJCE, la obligación de la CEE de mantener, como parte del Derecho comunitario, los derechos fundamentales procedentes de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros⁸⁶⁰.

Las tesis de Pescatore, que ya habían sido insinuadas por el Abogado General Lagrange en el asunto *Comptoirs de vente*, se verán finalmente reflejadas en la sentencia *Stauder*⁸⁶¹, de 1969. Por medio de este procedimiento prejudicial se sometía a la consideración del TJCE si la Decisión 69/71/CEE de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 12 de febrero de 1969, que exigía que los beneficiarios de determinados regímenes de asistencia social comunicaran sus nombres a los vendedores para proceder al suministro de mantequilla a precio reducido, era compatible con los «principios generales del Derecho comunitario en vigor». El TJCE llegó a la conclusión de que si se entiende que la disposición no impone, pero tampoco prohíbe, la identificación nominal de los beneficiarios, de ella no se derivaría «ningún elemento que permita cuestionar los derechos fundamentales de la persona subyacentes en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia» (apdo. 7). Los derechos fundamentales se convertían así en componentes de los principios generales del Derecho comunitario y, como tales, debían ser protegidos por el Tribunal de Justicia.

Un año después, en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft mbH*⁸⁶², el Tribunal de Justicia aplicó la doctrina *Stauder* («la observancia de los derechos

⁸⁵⁸ MANGAS MARTÍN, A., «Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales.», en MANGAS MARTÍN, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 37.

⁸⁵⁹ PESCATORE, P., «Les droits de l'Homme et l'intégration européenne», *Cahiers de Droit Européenne*, n.º 4, 1968, p. 629 y ss.

⁸⁶⁰ Como pone de manifiesto AGUDO ZAMORA, las «tesis de Pescatore» consistían en una interpretación extensiva del art. 164 TCEE, según el cual «[e]l Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado». Este precepto debía interpretarse en el sentido de que el Derecho comunitario incluía, además del Derecho de los Tratados, principios comunes a todos los Estados miembros. AGUDO ZAMORA, M., «La protección de los derechos en la Unión Europea. Claves para entender la evolución histórica desde el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 4, 2005, p. 389.

⁸⁶¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-29/69, *Stauder/Stadt Ulm*, de 12 de noviembre de 1969, ECLI:EU:C:1969:57.

⁸⁶² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, de 17 de diciembre de 1970,

fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia») y añadió que «la salvaguardia de dichos derechos [...] se inspir[a] en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» (apdo. 4). El tribunal incorporaba de este modo una fuente (la única, de momento) de determinación de los derechos fundamentales —que actuarían en la Comunidad Europea como principios generales—: las tradiciones constitucionales comunes.

La procedencia nacional de los derechos (de los Estados miembros procedía no sólo su identificación sino también la delimitación de su contenido) no empecía, no obstante, su naturaleza jurídica comunitaria, por lo que la garantía de los derechos debía producirse «en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad» (apdo. 4). El TJCE llegó a la conclusión de que la única forma de justificar la negativa a la oponibilidad de normas nacionales relativas a derechos fundamentales frente a su posible violación por un acto comunitario era integrar esos mismos derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario: el perjudicado podría alegar entonces que el acto comunitario vulneraba derechos fundamentales, pero no los proclamados en las constituciones nacionales, sino aquellos consagrados como principios generales del Derecho comunitario⁸⁶³.

Respecto al contenido de las «tradiciones constitucionales comunes», que aún hoy permanecen como fuente de los principios generales del Derecho de la Unión (art. 6.3 TUE)⁸⁶⁴, PIZZORUSSO considera que comprenden los derechos fundamentales y los principios

ECLI:EU:C:1970:114.

⁸⁶³ Resultan ilustrativas las explicaciones del Abogado General Dutheillet de Lamothe: «[L]os principios fundamentales de los Derechos nacionales contribuyen a permitir al Derecho comunitario encontrar en sí mismo los recursos necesarios para garantizar, en caso de necesidad, el respeto a los derechos fundamentales que forman el patrimonio común de los Estados miembros. Esta posibilidad del Derecho comunitario de garantizar por sí mismo y en cualquier circunstancia la protección de los derechos de la persona humana reconocidos como fundamentales, la afirmó este Tribunal de Justicia en la sentencia [...] Stauder [...]. El Tribunal de Justicia tendría que afirmarla de nuevo en esta ocasión con mayor fuerza aún, porque el caso presente se presta particularmente a ello. En efecto, el derecho fundamental que se invoca aquí es el derecho de un individuo a que no se le limite su libertad de acción más que en la medida necesaria para el interés general; pero esto ya está garantizado por los principios generales del Derecho comunitario cuya observancia incumbe controlar al Tribunal de Justicia por una disposición expresa del Tratado». Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Alain Dutheillet de Lamothe, presentadas el 2 de diciembre de 1970, asunto C-11/70, ECLI:EU:C:1970:100.

⁸⁶⁴ Del mismo modo, el quinto párrafo del preámbulo de la CDFUE afirma que «[l]a presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros». Para RUBIO LLORENTE, las referencias a las «tradiciones constitucionales comunes», primero, y al CEDH, después, responden a la necesidad de tener que «inventar» una carta de

generales en un sentido cultural (de cultura constitucional), en el que se encontrarían, además de los derechos fundamentales, los principios en materia de organización constitucional (el principio democrático y soberanía popular, el papel de los partidos políticos y la racionalización del gobierno parlamentario, la separación de poderes, la relación entre gobierno y administración, la independencia del juez y del Ministerio Público, la jurisdicción constitucional y el régimen de las autonomías)⁸⁶⁵.

3.2. La rebelión de los tribunales constitucionales.

La puntera doctrina sentada en *Stauder e Internationale Handelfessellschaft* no pudo evitar el estallido de la denominada «rebelión de los tribunales constitucionales»⁸⁶⁶, los cuales, ante la configuración del Derecho comunitario como un ordenamiento jurídico autónomo⁸⁶⁷, dotado de los principios de primacía⁸⁶⁸ y efecto directo⁸⁶⁹, amenazaron con no aceptar la primacía del Derecho comunitario si con ello se vulneraban sus disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales.

En esencia, los tribunales constitucionales consideraban que, dado que la Comunidad Europea no disponía de competencia en materia de derechos fundamentales ni contemplaba normas ni estándares de protección relativos a los mismos pese a que, por

derechos sin poder recurrir a fuentes ajenas al Derecho comunitario pero debiendo guardar alguna relación con él para que el recurso «resultara aceptable». RUBIO LLORENTE, F., «Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 64, enero-abril 2002a, p. 17.

⁸⁶⁵ PIZZORUSSO, A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bolonia, 2002, pp. 29-32 y 123-155.

⁸⁶⁶ Sobre la actuación frecuentemente recelosa de los tribunales constitucionales de los Estados miembros en relación con el Derecho europeo —y que se manifiesta de manera evidente en la «rebelión de los tribunales constitucionales»—, BALAGUER CALLEJÓN proporciona una perspectiva diferente a la habitual: estas actuaciones no se realizarían en defensa del Estado y contra la Unión, sino en defensa de la constitución y contra el poder desconstitucionalizado: «[L]a voz discordante de los tribunales constitucionales no era, como pudiera parecer y como de hecho se ha querido hacer ver, la de defensa de las prerrogativas estatales. Defender la constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos no es defender la soberanía del Estado sino defender el sometimiento del Estado a límites jurídicos que habían desaparecido en gran medida (a pesar de la impresionante labor del Tribunal de Justicia) mediante el desplazamiento del poder de decisión al ámbito europeo». No obstante, «en la medida en que la voz de los tribunales constitucionales internos sólo podía basarse en la Constitución nacional, la percepción extendida de ese protagonismo de los tribunales desde el ámbito europeo era la de una opinión discordante con el proceso de integración. No era así, sin embargo, porque estar a favor del control constitucional del poder no debería haberse considerado nunca como una resistencia frente al proceso de integración, sino como una crítica a la forma en que el proceso de integración se estaba desarrollando». BALAGUER CALLEJÓN, F. (2007), *op. cit.*, pp. 339-340.

⁸⁶⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-26/62, *cit.*

⁸⁶⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-6/64, *cit.*

⁸⁶⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-26/62, *cit.*

el número y la trascendencia de las competencias atribuidas, era concebible su posible vulneración, la última palabra en materia de derechos les debía corresponder a ellos⁸⁷⁰. Las cortes constitucionales, en fin, no estaban dispuestas a permitir que la nueva CEE produjera un déficit en la protección de los derechos fundamentales⁸⁷¹. En este sentido se pronunciaron los tribunales constitucionales italiano, primero, y alemán, después.

En 1973, la *Corte Costituzionale*, en su sentencia *Frontini*⁸⁷², estableció que la autonomía del Derecho comunitario no podía entenderse con carácter absoluto y, sin llegar a cuestionar los principios de primacía y eficacia directa⁸⁷³, estableció la conocida como *teoría de los contralímites*: el Derecho europeo se fundamenta en las competencias soberanas que los Estados miembros ceden a la Comunidad desde sus constituciones nacionales, por lo que éstas, en última instancia, constituyen el parámetro de la eficacia del Derecho europeo en el ámbito nacional, sobre todo en caso de vulneración de los derechos fundamentales garantizados en la constitución⁸⁷⁴.

Ajeno a la afrenta que esta jurisprudencia suponía al principio de primacía del Derecho comunitario —piedra angular de la garantía de la autonomía, la uniformidad y la eficacia del mismo—, el TJCE continuó en su labor de concreción de la doctrina sobre derechos fundamentales en la Comunidad Europea en el asunto *Nold*⁸⁷⁵. El TJCE afirmó en esta sentencia que, para la determinación de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho, debe advertirse que, junto a las tradiciones constitucionales comunes, «los Tratados internacionales para la Protección de los Derechos Humanos en los cuales han sido parte o a los cuales se han adherido los

⁸⁷⁰ BIAVATI, P., «La protección de los derechos humanos en Europa: relaciones entre los tribunales supranacionales y los tribunales constitucionales de los Estados», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 28, 2012, p. 6 y ss.

⁸⁷¹ BOU FRANCH, V., «La Unión Europea y los derechos fundamentales: desafíos actuales», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 24, p. 26.

⁸⁷² Corte Costituzionale, sentencia 183/1973, de 27 de diciembre de 1973, ECLI:IT:COST:1973:183.

⁸⁷³ GAMBINO, S., «La protección de los derechos fundamentales: el parámetro de los principios y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria y del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre» (traducción de J. F. Sánchez Barrilao), en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 8, 2007, p. 192 y ss.

⁸⁷⁴ AGUILAR CALAHORRO, A. (2015a), *op. cit.*, pp. 87-89.

⁸⁷⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-4/73, *Nold KG/Comisión*, de 14 de mayo de 1974, ECLI:EU:C:1974:51. Las líneas generales marcadas en *Nold* serán confirmadas y ampliadas en los casos *Hauer* (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-44/79, *Hauer/Land Rheinland-Pfalz*, de 13 de diciembre de 1979, ECLI:EU:C:1979:290) y *National Panasonic* (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-136/79, *National Panasonic/Comisión*, de 26 de junio de 1980, ECLI:EU:C:1980:169).

Estados miembros también pueden aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario» (apdo. 13). Se introduce así en la jurisprudencia del TJCE, coincidiendo con su ratificación por parte de Francia, el CEDH (citado en el apartado 12 del caso *Nold*), instrumento al que se referirá, especialmente, en el caso *Rutili* (1975)⁸⁷⁶.

La sentencia *Nold* no impidió que la «rebelión de los tribunales constitucionales» continuara, ahora en Alemania, con *Solange*⁸⁷⁷ (1974), sentencia en la que el Tribunal Constitucional Federal alemán afirmó que, en tanto (*solange*, en alemán) los derechos fundamentales no estuvieran garantizados en la Comunidad Europea, él mismo habría de efectuar un control de constitucionalidad sobre las normas procedentes de las instituciones de la Comunidad y si llegara a constatar una contradicción entre una norma comunitaria y los derechos fundamentales garantizados en la constitución, prevalecería «la garantía de los derechos fundamentales de la Ley fundamental»⁸⁷⁸. Este control se mantendría, según el *Bundesverfassungsgericht*,

[e]n tanto no haya alcanzado un desarrollo suficiente el proceso de integración de la Comunidad como para que el Derecho comunitario contenga también un catálogo formulado de derechos fundamentales aprobado por un parlamento y con vigencia efectiva que sea ajustado al catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental⁸⁷⁹.

De manera paralela a este desarrollo jurisprudencial, durante la década de 1970 los derechos fundamentales comenzaron a constituir un tema de discusión en el ámbito de las instituciones comunitarias. Así, unos meses antes de la sentencia *Frontini*, el Parlamento Europeo había emitido una resolución⁸⁸⁰ en la que solicitaba a la Comisión la presentación de un informe en que habría de explicar cómo pretendía prevenir, en la creación y desarrollo del Derecho comunitario, las infracciones a los derechos fundamentales

⁸⁷⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-36/75, *cit.*, apdo. 32.

⁸⁷⁷ Bundesverfassungsgericht, sentencia 2 BvL 52/71, *Solange I*, de 29 de mayo de 1974. En la segunda sentencia de esta saga (*Solange II*), el Tribunal Constitucional Federal alemán afirmaría que, teniendo en cuenta la positiva evolución de la jurisprudencia comunitaria, podía afirmarse que la protección de los derechos fundamentales en el Derecho de la Comunidad era equivalente al del Derecho interno, por lo que, si se mantenía ese nivel, no cabría cuestionar el principio de primacía del Derecho comunitario (Bundesverfassungsgericht, sentencia 2 BvR 197/83, *Solange II*, de 22 de octubre de 1986).

⁸⁷⁸ Boletín de Jurisprudencia Constitucional, n.º 58, Cortes Generales, febrero 1986, p. 252, considerando B, I, 4.

⁸⁷⁹ Boletín de Jurisprudencia Constitucional, n.º 58, Cortes Generales, febrero 1986, p. 253, considerando B, I, 7.

⁸⁸⁰ Resolution concerning the protection of the fundamental rights of Member States' citizens when Community law is drafted, DO C 26 de 30.4.73, p. 7.

consagrados en las constituciones de los Estados miembros, cuyos principios representaban las bases comunes filosóficas, políticas y jurídicas comunes de todos ellos.

En el informe emitido en 1976⁸⁸¹, la Comisión reconsideró la posición de la persona en el ordenamiento jurídico comunitario y condicionó el éxito de la integración a la atribución a la ciudadanía europea de un conjunto de derechos fundamentales. Afirmó que el ciudadano individual no debería estar sin protección frente a los poderes públicos, sino que debía ostentar ciertos derechos inviolables, pues era éste uno de los elementos fundamentales en la identidad y cohesión de la Comunidad (apdo. 8). La Comisión reconocía en el informe que la integración sólo tendría éxito cuando el ciudadano estuviera convencido de que las libertades que le eran concedidas por los Tratados serían extendidas en el curso de la integración europea y que podía contar con una protección efectiva de sus derechos (apdo. 17).

No obstante, la Comisión no consideraba aún necesaria una Carta de derechos por su difícil aceptabilidad por parte de los Estados miembros, pero sí el establecimiento de un «estándar de derechos fundamentales»; para ello, se comprometía a nivelar sus actividades al óptimo estándar en cuestión, y no con el común denominador más bajo de los estándares de derechos fundamentales logrados en los Estados miembros. De este modo, afirmaba, un estándar elevado de derechos fundamentales en el nivel de la Comunidad constituiría un elemento que potenciaría la integración (apdo. 31)⁸⁸².

En definitiva, los ejes sobre los que oscilaban los derechos fundamentales a mediados de la década de 1970 eran, por un lado, un TJCE que comenzaba a desarrollar un principio general de protección, o al menos de respeto, de los derechos fundamentales en la Comunidad Europea, cuya importancia comenzaba a ser percibida por las instituciones comunitarias; por otro lado, unos Estados miembros que advertían del carácter esencial

⁸⁸¹ The protection of fundamental rights as Community law is created and developed. Report of the Commission of 4 February 1976 submitted to the European Parliament and the Council, Bulletin of the European Communities, Supplement 5/76.

⁸⁸² En el Anexo al informe, el profesor BERNHARDT apostaba por que la protección del individuo contra la autoridad de la Comunidad debía proceder de dentro del Derecho comunitario y que el CEDH, ratificado por todos los Estados miembros, contenía conceptos jurídicos comunes subyacentes a todos ellos —relativos a la necesaria protección del individuo— que podían ser tenidos en cuenta en la construcción del estándar al que se refiere la Comisión. The problems of drawing up a catalogue of fundamental rights for the European Communities (A study requested by the Commission and drawn up by Professor R. Bernhardt, Director of the Max-Planck-Institute for Foreign Public Law and International Law, Heidelberg). Bulletin of the European Communities, Supplement 5/76.

que, para su propia identidad constitucional, representaban los derechos fundamentales, hasta el punto de que su inobservancia podía poner en peligro la primacía del Derecho comunitario y, con ello, su propia subsistencia.

3.3. La incorporación de los derechos fundamentales en el Derecho originario.

A partir de la Declaración conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión de 1977⁸⁸³, los derechos fundamentales abandonarían su presencia meramente jurisprudencial para, paulatinamente, incorporarse a los textos comunitarios. Así sucedió con el Acta Única Europea —aunque de forma secundaria⁸⁸⁴— y, sobre todo, el Tratado de Maastricht, que asumió la construcción sostenida años atrás por el Tribunal de Justicia y estableció que

[l]a Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario (art. F.2).

Finalmente, los derechos fundamentales ocuparán un lugar destacado —con los matices que oportunamente serán realizados más adelante— en el vigente Tratado de Lisboa. Procedente de los debates preparatorios del *non nato* Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el art. 6 TUE apoya el régimen de los derechos fundamentales de la Unión en dos pilares. Por un lado, la CDFUE de 7 de diciembre de 2000⁸⁸⁵ —según su adaptación de 12 de diciembre de 2007— se consagra definitivamente

⁸⁸³ Joint Declaration by the European Parliament, the Council and the Commission. DO C 103 de 27.4.77, p. 1. Esta declaración asume la doctrina afirmada por el Tribunal de Justicia, al destacar «la importancia primordial que atribuyen al respecto de los derechos fundamentales que resultan en particular de las constituciones de los Estados miembros, así como de la Convención Europea de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales».

⁸⁸⁴ El tercer párrafo del Preámbulo establecía lo siguiente: «Decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y Leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social».

⁸⁸⁵ Los antecedentes de la Carta debemos buscarlos en la Declaración del Parlamento Europeo de 1989 sobre los derechos y libertades fundamentales (Declaración de los derechos y libertades fundamentales, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo de 12 de abril de 1989, DO C 120 de 16.5.1989, p. 51), llamada a convertirse en la declaración de derechos de referencia del ámbito de la Unión hasta que se alcanzara «un instrumento básico comunitario de carácter legal y vinculante que garantice los derechos fundamentales» (considerando G). En ella, el Parlamento Europeo afirmaba que «el respeto de los derechos fundamentales constituye la condición indispensable de la legitimidad comunitaria» (considerando B) y que «la identidad

como la declaración de derechos propia de la Unión, con el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.1 TUE); por otro lado, la efectiva protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo sigue delegándose en el TEDH, al establecer imperativamente la adhesión al CEDH (art. 6.2 TUE); precepto que, pese a la opinión negativa del TJUE manifestada en su Dictamen 2/13⁸⁸⁶ aún sigue vigente. Asimismo, queda confirmada la proclamación de los derechos, tanto los que proceden del CEDH como los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario (art. 6.3 TUE)⁸⁸⁷.

comunitaria hace precisa la manifestación de los valores comunes a los ciudadanos europeos» (considerando D). La Declaración reconocía un total de veinticuatro derechos fundamentales —bajo los títulos «Dignidad», «Derecho a la vida», «Igualdad ante la ley», «Libertad de pensamiento», «Libertad de opinión y de información», «Vida privada», «Protección a la familia», «Libertad de movimiento», «Derecho a la propiedad», «Libertad de reunión», «Libertad de asociación», «Libertad profesional», «Condiciones de trabajo», «Derechos sociales colectivos», «Protección social», «Derecho a la educación», «Principio de democracia», «Derecho de acceso a la información», «Acceso a la Justicia», «Non bis in idem», «No retroactividad», «Pena de muerte», «Derecho de Petición» y «Medio ambiente y protección de los consumidores»—, a los que se sumaban cuatro disposiciones finales («Ámbito de aplicación», «Límites», «Nivel de protección» y «Abuso de derechos»).

⁸⁸⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictamen 2/13, *cit.*

⁸⁸⁷ Según dicho precepto, «[l]os derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales». A diferencia del Tratado de Maastricht, los derechos fundamentales no serán simplemente «respetados», sino que «formarán parte» como principios generales del Derecho de la Unión. DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ critica el mantenimiento de la previsión de los derechos como principios generales: «[H]ay dos tipos de normas protectoras de los derechos fundamentales en el derecho de la Unión Europea: las contenidas en la Carta, que son derecho primario; y las reconocidas como principios generales, que son derecho derivado, o cuanto menos subprimario. [...] [N]o se comprende por qué teniendo una propia declaración de derechos es preciso conservar la posibilidad de reconocimiento de derechos fundamentales como principios generales de creación jurisprudencial. Parece que el esfuerzo de la jurisprudencia debe ahora concentrarse en la interpretación y aplicación de la Carta, como de hecho ha ocurrido». DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., «Prólogo», en CARMONA CONTRERAS, A. M. (dir.), *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales: un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 19. También se mostraba crítico CRUZ VILLALÓN respecto al proyecto de Constitución europea de 2004 —si bien es aplicable al modelo de derechos diseñado por el Tratado de Lisboa—: «La suma de los tres elementos analizados, es decir, el mantenimiento en el futuro Tratado/Constitución del sistema actualmente vigente de protección de los derechos, el mantenimiento e incluso refuerzo de la situación de subordinación de los derechos de la Carta al sistema actualmente vigente y por último el sometimiento del texto de la Carta a la tutela de las “explicaciones” convierten la operación de juridificación e incluso constitucionalización de la Carta en una especie de viaje de ida y vuelta, casi en una victoria pírrica: la Carta es incorporada a la Constitución al precio de significar bien poco». CRUZ VILLALÓN, P. (2004), *op. cit.*, p. 128.

4. Los derechos fundamentales en la Unión Europea (II). La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Como se ha afirmado, tras las reformas operadas por el Tratado de Lisboa el art. 6 TUE constituye el único precepto de los Tratados que regula de manera exclusiva el papel de los derechos fundamentales en la Unión. Junto a la tradicional proclamación de los derechos reconocidos en el CEDH y los precedentes de las tradiciones constitucionales comunes como principios generales del Derecho de la Unión (art. 6.3 TUE), el art. 6 incluye en la órbita de los derechos de la Unión a la CDFUE (art. 6.1 TUE) y al CEDH (art. 6.2 TUE). Realizaremos en primer lugar un análisis descriptivo y crítico de la Carta, dejando para un epígrafe posterior el estudio de la función del CEDH en la UE.

4.1. El valor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea según la doctrina.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, el debate sobre la posición de los derechos fundamentales en la UE debía calibrarse sobre su construcción jurisprudencial, primero, y la incorporación de esa misma construcción, después, a los textos normativos europeos. No obstante, tras la adquisición de la vinculatoriedad jurídica propia del Derecho originario (art. 6.1 TUE), la CDFUE asume el protagonismo en materia de derechos en la arquitectura constitucional de la UE.

La adquisición por la CDFUE del mismo valor jurídico que los Tratados fue en general bien recibida por la doctrina científica. Se opinaba que su nuevo estatus permitiría renunciar a su naturaleza de «convidado de piedra»⁸⁸⁸ y constituiría el «germen de la definitiva constitucionalización de la Unión»⁸⁸⁹. La atribución de fuerza vinculante habría permitido, según PEROTTO BIAGI, desvincular definitivamente a la Unión de la centralidad del ámbito económico:

⁸⁸⁸ Así se denomina en CRUZ VILALLÓN, P. (2004), *op. cit.*

⁸⁸⁹ Para BALAGUER CALLEJÓN la CDFUE «establecerá un vínculo directo entre las instituciones europeas y la ciudadanía, reforzando la conformación de un *status* jurídico propio de la ciudadanía europea y contribuyendo a la configuración de una específica identidad constitucional europea». BALAGUER CALLEJÓN, F., «El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea.», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 83, mayo-agosto 2008b, p. 91.

[U]na de las grandes aportaciones de la CDFUE es el de sentar la tutela de los derechos fundamentales sobre otras bases, no ya de la lógica funcional de la integración económica, sino de la consagración del ser humano —en cuanto tal— como fin y premisa de toda actuación de la Unión Europea⁸⁹⁰.

Así lo consideraba también CRUZ VILALLÓN: «Con la CDF[UE] cualquier sombra de *instrumentalidad* de los derechos en el contexto de la Unión desaparece, para otorgarles definitivamente su condición de “fines en sí mismos”»⁸⁹¹.

Estas valoraciones atribuyen a la CDFUE, en nuestra opinión, un valor sobredimensionado. Si bien la incorporación de la CDFUE en el Derecho originario es, con los límites o apreciaciones que a continuación se expondrán, importante, este cambio no puede en ningún caso calificarse de estructural. La arquitectura constitucional de la UE no ha sido alterada por la atribución a la CDFUE del valor jurídico propio de los Tratados. En particular, no podemos coincidir con aquellas posiciones que consideran que, con el Tratado de Lisboa, la tutela de los derechos fundamentales se ha convertido en un objetivo prioritario de la Unión⁸⁹².

Del mismo modo, consideramos que también es matizable la afirmación de que «los derechos y libertades fundamentales se encuentran en el centro del orden jurídico de la Unión», por lo que constituyen «un parámetro de la validez del Derecho europeo derivado indiscutible y, como alcanzan también a los Estados cuando aplican el Derecho de la Unión, son también un parámetro para controlar la actuación estatal»⁸⁹³. Como se podrá

⁸⁹⁰ PEROTTO BIAGI, C. (2014), *op. cit.*, p. 512.

⁸⁹¹ CRUZ VILALLÓN, P., «El valor de la posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la *comunidad* constitucional europea», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 39, pp. 99-100. Para este autor, la bondad del CDFUE también radica en que, frente a la tradicional deducción jurisprudencial de derechos, la positivación «incorpora un valor democrático» y «acerca los derechos a los ciudadanos, facilita en términos prácticos su invocación, como facilita, en el caso de la Unión, a los jueces nacionales la confrontación del Tribunal de Justicia con ellos». CRUZ VILALLÓN, P. (2017), *op. cit.*, pp. 99-100.

⁸⁹² Así, se ha llegado a afirmar que «el sistema constitucional europeo que resulta después de atribuirle [a la CDFUE] “el mismo valor jurídico de los tratados” envuelve a tal ordenamiento de los derechos de una finalidad originaria, incluyendo entre sus competencias la de garantizarlos, en unidad con las garantía [sic] del mercado interior europeo». GAMBINO, S., «Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 18, 2012, p. 73.

⁸⁹³ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 142. Los autores ponen como ejemplo de aplicación directa de la CDFUE determinante de la invalidez de normas de Derecho derivado el caso *Association Belge des Consommateurs Test-Achats y otros*: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats y otros*, de 1 de marzo de 2011, ECLI:EU:C:2011:100. No obstante, aunque el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres cuya vulneración fundamenta la declaración de invalidez del art. 5.2 de la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DO L 373 de 21.12.2004, p. 37), se

comprobar más adelante, si bien los derechos fundamentales pueden operar en la UE como parámetro de validez del Derecho estatal y europeo, no constituyen el *único* ni el principal parámetro de validez, pues la tutela de los derechos puede ceder en asuntos en los que están implicadas, entre otras, cuestiones referentes al mercado interior y las libertades económicas, lo que contradice la propia idea de centralidad de los derechos fundamentales y de la dignidad humana en el ordenamiento jurídico⁸⁹⁴.

Por otro lado, algunos autores ponen de manifiesto la importancia que la CDFUE puede suponer para el desarrollo de una identidad europea. Así, para TAJADURA TEJADA

[l]a atribución de pleno valor jurídico a la Carta de Derechos Fundamentales convierte a esta en uno de los elementos esenciales de integración política de los ciudadanos de Europa, como ciudadanos iguales en derechos de una misma comunidad política. Por otro lado, desde un punto de vista jurídico, la Carta se configura como fundamento de la legitimidad de la Unión y de su derecho⁸⁹⁵.

Del mismo modo, DEMURO considera la CDFUE como la fuente primaria de la identidad constitucional de la UE⁸⁹⁶.

Esta función generadora de identidad le fue atribuida a la Carta incluso antes del Tratado de Lisboa, cuando la CDFUE simplemente había sido «proclamada» por las presidencias del Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo: HÄBERLE afirmó entonces que «[e]n favor de una Carta europea de derechos fundamentales se podría argumentar su función simbólica integradora del ciudadano y creadora de identidad, su efecto de legitimación, la seguridad jurídica, claridad y transparencia creada a través de ella y, finalmente, su repercusión pública»⁸⁹⁷.

encuentra proclamado en la Carta (arts. 21 y 23 CDFUE), la presencia de dicho principio en otros artículos de los Tratados (particularmente los arts. 3.3, segundo párrafo, TUE y 8 TFUE) revela que podría haberse alcanzado la misma solución sin necesidad de fundamentar la sentencia en los preceptos de la CDFUE.

⁸⁹⁴ Como afirmaba GRIMM, «[f]or the EU the four economic freedoms enjoy the highest priority, whereas in the Basic Law and in the constitutions of many other member states, economic rights are the weakest». GRIMM, D., «The Basic Law at 60 – Identity and Change», en *German Law Journal*, vol. 11, n.º 1, 2010, p. 46.

⁸⁹⁵ TAJADURA TEJADA, J., «Derechos fundamentales e integración europea», en *Estudios de Deusto*, enero-junio 2010, p. 276.

⁸⁹⁶ DEMURO, G., «A EU Constitutional Identity? An Inquiry into the Legal and Extra-Legal Elements of Legitimation of the EU Process of Integration», en PICHLER, J. W. Y BALTHASAR, A. (eds.), *The Report on the Future of Europe. Striking the Balance between “Unity” and “Diversity”? Proceedings of the Conference on European Democracy 2013*, NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Viena – Graz (Austria), 2014, p. 20.

⁸⁹⁷ HÄBERLE, P., «Prólogo», en RODRÍGUEZ, A., *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001b, p. 15. HÄBERLE afirmaba posteriormente que se debe «ir creando paulatinamente elementos constitucionales: junto a la Carta de derechos fundamentales, más tarde, como etapa siguiente, digamos una carta de valores fundamentales con delimitaciones competenciales bien definidas entre la UE, los Estados nacionales, las regiones o *länder*». HÄBERLE, P. (2001b), *op. cit.*, p. 15.

4.2. Las limitaciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La importancia histórica que supone la existencia en la UE de una declaración de derechos propia con el mismo valor jurídico que los Tratados no puede sin embargo conducirnos a una visión idealizada o acrítica de la misma. Pueden señalarse las siguientes limitaciones o apreciaciones al valor no sólo de la CDFUE sino, por extensión, del entero sistema de tutela de los derechos fundamentales en la UE.

4.2.1. La ausencia de competencia en materia de derechos fundamentales.

La UE no dispone de una competencia sustantiva o normativa autónoma en materia de derechos fundamentales. En una organización que sólo «actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan», de modo que «[t]oda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros» (art. 5.2 TUE, principio de atribución de competencias), estos Estados no han transferido a la UE competencia alguna en materia de derechos fundamentales, por lo que su margen de actuación en este ámbito es necesariamente reducido.

Por un lado, no existe ninguna referencia explícita a esta competencia en el título I del TFUE, relativo al ámbito competencial de la Unión. Por otro lado, los propios Tratados explicitan reiteradamente —incluso de manera obsesiva— que la Carta no amplía las competencias de la Unión: en particular, pero no exclusivamente, el segundo párrafo del art. 6.1 TUE establece que «[l]as disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados», previsión que también se contempla para el CEDH en el art. 6.2 TUE. La propia utilización en ese mismo precepto del término «reconocer» («[l]a Unión *reconoce* los derechos, libertades y principios enunciados» en la CDFUE), en lugar de otros como «proteger», «tutelar» o «garantizar», evidencia la intención de los redactores de los Tratados de reafirmar la falta de competencia de la Unión en esta materia. Del mismo modo, esta previsión también se encuentra en el art. 51.2 CDFUE: «La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia

o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados»⁸⁹⁸.

Dejando para más adelante la valoración sobre la necesidad de una competencia propia de la Unión en materia de derechos fundamentales, se debe afirmar en este momento que la confusión que gravita alrededor de la Carta y, en general, de los derechos en la UE, no viene motivada por dicha ausencia de competencia, sino por la aparente contradicción que deriva de la confluencia entre dicha ausencia y la incorporación de una declaración de derechos, la CDFUE, en el Derecho originario. Esta contradicción debe conducirnos a, por un lado, rechazar la negación a la CDFUE de cualquier eficacia jurídica y, por otro lado, matizar precisamente dicha eficacia.

En esta tarea deviene imprescindible partir de la doble vinculación de los derechos fundamentales: por un lado, los derechos limitan la acción del poder público —constituyen una barrera infranqueable a la acción de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial—, de modo que se prohíbe toda actuación que lesione o atente a los derechos (vinculación negativa); por otro lado, los derechos fundamentales obligan a los poderes públicos a protegerlos y promocionarlos (mandato que en España se plasma en el art. 9.2 CE), lo que conlleva fundamentalmente la obligación del legislador de dictar normativa de desarrollo de los derechos (vinculación positiva). Así, como señala HÄBERLE, «los derechos fundamentales norman los límites del Estado constitucional, así como sus “tareas”, pero describen también de manera positiva tareas que le corresponden»⁸⁹⁹.

⁸⁹⁸ Junto al art. 6.1 TUE y 51.2 CDFUE, la referencia a la falta de competencia sobre derechos fundamentales aparece también en los siguientes preceptos: art. 1 del Protocolo n.º 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido: «1. La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún otro órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma. 2. En particular, y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional»; Declaración n.º 1 relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «La Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna nueva competencia ni ningún nuevo cometido para la Unión y no modifica las competencias y cometidos definidos por los Tratados»; segundo apartado de la Declaración n.º 53 de la República Checa relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «La República Checa subraya igualmente que la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y no crea ninguna competencia nueva para la Unión. La Carta no reduce el ámbito de aplicación del Derecho nacional y no limita ninguna competencia actual de las autoridades nacionales en este ámbito».

⁸⁹⁹ HÄBERLE, P. (2001a), *op. cit.*, p. 249.

La atribución de eficacia jurídica a la CDFUE otorga a los derechos contemplados en ella⁹⁰⁰ vinculación negativa, pero la no asunción de competencia en materia de derechos fundamentales les priva de vinculación positiva. Así, como se verá a continuación, la Carta obliga a —debe ser respetada por— las instituciones, órganos y organismos de la Unión y a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, por lo que la vulneración de un derecho fundamental proclamado por la Carta debe ser considerada como una violación de los Tratados, y como tal debe ser reparada.

No obstante, las autoridades de la Unión no pueden llevar a cabo una actividad normativa de tutela de los derechos: no pueden dictar normativa de desarrollo de los mismos ni desarrollar iniciativas armonizadoras⁹⁰¹. De este modo,

el hecho de que se proclame un determinado derecho o libertad en la Carta no significa que la Unión tenga por ello competencia para regular el derecho o libertad en cuestión, sino, sencillamente, que deberá respetarlo en el ejercicio de los concretos poderes de acción que le atribuyan los Tratados. [...] Así, el hecho de que la Carta proclame la libertad religiosa (artículo 10), no conlleva competencia de la Unión para regular los cultos; pero ello no excluye su respeto por las Instituciones de la Unión a la hora, por ejemplo, de reclutar a sus agentes⁹⁰².

Ello no significa que no pueda existir normativa que tutele algún derecho fundamental, pero sí que dicho derecho contemplado en la Carta no constituya base jurídica suficiente para habilitar el dictado de aquella normativa⁹⁰³.

⁹⁰⁰ Debe advertirse que, como afirma RODRÍGUEZ, no todos los derechos proclamados en la Carta son derechos fundamentales: la Carta «parece contener de forma indiscriminada tanto auténticos derechos subjetivos como simples mandatos al legislador o garantías institucionales» (RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 235), siendo además imposible determinar la naturaleza de cada uno a partir del análisis dogmático y sistemático de la CDFUE (RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 238). En este sentido, GAMBINO considera que «faltan en la Carta europea de derechos principios fundamentales que puedan servir como criterio hermenéutico jurisprudencial a seguir en la comparación entre las diversas protecciones previstas en materia de derechos fundamentales europeos. La consecuencia es que estos últimos derechos se consideran todos ellos igualmente fundamentales y se difiere la necesaria valoración al juez de cada caso». GAMBINO, S. (2012), *op. cit.*, pp. 79-80.

⁹⁰¹ Paradójicamente, la promoción de los derechos fundamentales está prevista en los Tratados, como señala PÉREZ DE LAS HERAS, como un objetivo central *ad extra* de la política exterior de la UE pero no como un objetivo central *ad intra*. PÉREZ DE LAS HERAS, B., «The Charter of Fundamental Rights as a New Element of European Identity and Beyond», en PÉREZ DE LAS HERAS, B. (ed.), *Democratic legitimacy in the European demos and global governance. Building a European demos*, Palgrave Macmillan, Cham (Suiza), 2017, p. 120.

⁹⁰² ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson Reuters – Civitas – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 320.

⁹⁰³ En este sentido, RODRÍGUEZ afirmaba tras la proclamación de la Carta de Niza en 2000 que, «[a]un admitiendo que en el estado actual del derecho comunitario no existe una competencia genérica para regular los derechos fundamentales, algo no fácil de justificar una vez aprobada la Carta, no por ello se debe concluir que ello implica una falta general de competencia comunitaria para aprobar cualesquiera actos normativos de protección de derechos. Por el contrario, la Comunidad podría seguir aplicando, como la propia Carta explicita en algunas ocasiones, otros fundamentos jurídicos para aprobar normas sobre este campo. En primer lugar, es posible que en cada norma comunitaria, dictada en base a otros títulos competenciales, la

Esta ausencia de vinculación positiva de los derechos fundamentales de la Carta explica que, a diferencia de lo que sucede en las cartas constitucionales nacionales, se establezca el mismo reconocimiento formal para los derechos civiles, políticos y sociales, todos ellos «entendidos desde la concepción liberal de la no intervención»⁹⁰⁴. En efecto, dado que los derechos sociales exigen la implicación activa de los poderes públicos, los ordenamientos constitucionales suelen configurarlos más como principios de actuación que como derechos subjetivos, lo que no resulta necesario en la CDFUE, pues las instituciones de la Unión no pueden desarrollar normativamente los derechos sociales pero tampoco los derechos civiles y políticos. Esto no obsta a que las remisiones a las legislaciones y prácticas nacionales sea más acusada en los derechos sociales que en el resto de los reconocidos en la CDFUE⁹⁰⁵.

Asimismo, la ausencia de competencia en materia de derechos fundamentales impide, como se analizará más adelante, la existencia de un sistema específico de garantías jurisdiccionales, de modo que sólo podrá alegarse la violación de un derecho de la CDFUE cuando tenga su origen en una disposición de Derecho de la Unión —dictada, en ese caso sí, en ejercicio de una competencia europea— o esté relacionada con ella. Así, «[s]e proclaman formalmente derechos subjetivos fundamentales. Pero, paradójicamente, no se generan derechos subjetivos directamente alegables por las personas o los ciudadanos de la Unión»⁹⁰⁶.

Estas posiciones, no obstante, no son unánimes en la doctrina: GAMBINO afirma — en nuestra opinión de manera desacertada— que, junto a la función de los derechos fundamentales de la CDFUE de servir de límite a la acción de las instituciones comunitarias

Comunidad garantice el respeto de los derechos fundamentales que se vean afectados [...]. Y hay, en segundo lugar, materias [...] en las que el título competencial coincide con el desarrollo de un derecho, fundamentalmente en las denominadas libertades comunitarias clásicas y en el vasto campo que rodea el principio de igualdad de trato». RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 244.

⁹⁰⁴ CABO MARTÍN, C. DE (2010), *op. cit.*, p. 114.

⁹⁰⁵ *Vid.* por ejemplo, los arts. 14.3 (derecho a la educación), 27 (derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa), 28 (derecho de negociación y de acción colectiva), 30 (protección en caso de despido injustificado), 34 (seguridad social y ayuda social), 35 (protección de la salud) y 36 (acceso a los servicios de interés económico general). Sobre este aspecto CAMISÓN YAGÜE ha señalado que «[t]al es la “centralidad del mercado” en el proyecto europeo que esta afecta, incluso, al reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales por parte de la Unión. Así lo social queda en la Carta Europea de Derechos Fundamentales directamente imputado al Estado sin que la Unión asuma como tarea propia la defensa, promoción y garantía de los derechos sociales, por lo que también se constata en este ámbito la primacía de la razón económica». CAMISÓN YAGÜE, J. A. (2015), *op. cit.*, p. 950.

⁹⁰⁶ MONEREO PÉREZ, J. L., *op. cit.*, p. 167.

o de los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión (art. 51.1 CDFUE), «se añade ahora su función positiva, gracias a la cual conforman un espacio común de libertad, seguridad y justicia, susceptible de orientar a las instituciones europeas en el ejercicio de sus competencias», de modo que las instituciones europeas asumirían un deber de promoción de los derechos⁹⁰⁷.

4.2.2. El limitado ámbito de aplicación de la Carta.

Como consecuencia de la ausencia de competencia sobre derechos fundamentales —y, por tanto, su vinculación únicamente negativa—, la Carta no tiene un ámbito de aplicación general en el espacio de la UE: «[L]a Carta a diferencia del CEDH, no posee una aplicabilidad ni general ni autónoma, sino que su alcance está directamente vinculado o limitado al alcance del Derecho de la Unión»⁹⁰⁸. Se trata de una limitación que no aparece ya en los Tratados sino en las denominadas «cláusulas horizontales» —las disposiciones generales que rigen la interpretación y aplicación de la Carta— contempladas en el título VII de la CDFUE (arts. 51 a 54)⁹⁰⁹.

De este modo, el art. 51.1 CDFUE establece que

[l]as disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.

La previsión del art. 51.1 CDFUE significa, en esencia, que la obligación de respeto de los derechos fundamentales contemplados en la Carta —la función de límite propia de su vinculación negativa— sólo rige respecto de las instituciones comunitarias —que, en todo caso, deberán actuar conforme al principio de subsidiariedad (art. 5.3 TUE)— y de los Estados miembros en su actividad aplicativa (ejecutiva, legislativa de trasposición o judicial) del Derecho de la Unión. En cualquier caso, la función de la UE en este campo no es garantizar que no se produzca ninguna vulneración de derechos en su ámbito espacial, sino

⁹⁰⁷ GAMBINO, S. (2012), *op. cit.*, p. 71.

⁹⁰⁸ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, p. 135.

⁹⁰⁹ *Cfr.* ALONSO GARCÍA, R., «Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir.) y ALONSO GARCÍA, R. (subdir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.

que dicha vulneración no se produzca en la creación (por sus instituciones) y aplicación (por sus instituciones y por los Estados miembros) del Derecho de la Unión.

Respecto a la vinculación de la Carta a los Estados miembros, la jurisprudencia del TJUE viene afirmando desde la década de 1990 que deben respetar los derechos fundamentales —en aquel momento como principios generales; ahora también los de la CDFUE—, los siguientes actos estatales considerados aplicativos del Derecho de la Unión:

- Actos que ejecutan obligaciones derivadas directamente del Derecho de la Unión⁹¹⁰. Por ejemplo, la aplicación por el Estado miembro de un reglamento.
- Actos dictados para implementar el Derecho de la Unión⁹¹¹. Sería el caso de una norma estatal de trasposición de una directiva o de una decisión marco.
- Actos dictados en el marco de una excepción otorgada por el Derecho de la Unión⁹¹².
- Otros actos o situaciones estatales que presenten un «vínculo suficiente» o elementos de conexión con el Derecho de la Unión. Así sucede, por ejemplo, cuando los tribunales analizan los derechos otorgados a los particulares por una norma de Derecho de la Unión⁹¹³.

De este modo, el TJUE consideró en la sentencia *Pringle*⁹¹⁴ que, al haber sido constituido mediante un tratado internacional suscrito únicamente por los Estados miembros cuya moneda es el euro y, por tanto, no integrarse en el ordenamiento jurídico de la Unión, el MEDE (Mecanismo Europeo de Estabilidad) quedaba fuera del ámbito de aplicación de la Carta.

⁹¹⁰ Cfr. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-5/88, *Wachauf*, de 13 de julio de 1989, ECLI:EU:C:1989:321, apdo. 19.

⁹¹¹ Cfr. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-275/06, *Promusicae*, de 29 de enero de 2008, ECLI:EU:C:2008:54, apdo. 68; asuntos acumulados C-379/08 y C-380/08, *ERG y otros*, de 9 de marzo de 2010, ECLI:EU:C:2010:127, apdo. 79.

⁹¹² Cfr. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-260/89, *cit.*, apdo. 43. Vid. también Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-368/95, *Familiapress*, de 26 de junio de 1997, ECLI:EU:C:1997:325, apdo. 24.

⁹¹³ Cfr. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-279/09, *DEB*, de 22 de diciembre de 2010, ECLI:EU:C:2010:811, apdos. 29 a 30. Vid., en un sentido contrario al reconocimiento de dicha conexión con el Derecho de la Unión: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-299/95, *Kremzow*, de 29 de mayo de 1997, ECLI:EU:C:1997:254, apdos. 15 a 18.

⁹¹⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-370/12, *Pringle*, de 27 de noviembre de 2012, ECLI:EU:C:2012:756, apdo. 180.

Las limitaciones impuestas por el art. 51.1 CDFUE —que deben entenderse en relación con la ausencia de competencia sobre derechos fundamentales (art. 51.2 CDFUE)— tienen como consecuencia que queden fuera del ámbito de aplicación de la Carta las posibles vulneraciones de derechos que se produzcan en el espacio geográfico de la UE por parte de actuaciones en las que no esté implicado el Derecho de la Unión. Esto es, sólo podrá denunciarse ante el TJUE una violación de un derecho fundamental de la Carta cuando tenga una conexión directa con el Derecho de la Unión⁹¹⁵. Así, por ejemplo, si un Estado miembro adopta la decisión de limitar los derechos de participación política, su ciudadanía puede acudir al TEDH pero no al TJUE, pese a que se trata de una decisión que afecta a toda la Unión —tanto por la importancia del valor «democracia» como por la afectación a los derechos subjetivos de la ciudadanía europea— y aunque el Tribunal de Estrasburgo carece de los mecanismos de ejecución de sentencias que sí dispone el Tribunal de Luxemburgo.

El limitado ámbito de aplicación de la CDFUE fruto de la ausencia de competencia en materia de derechos fundamentales puede ilustrarse a título ejemplificativo en el caso *K. B.*⁹¹⁶. En el momento en que sucedieron los hechos la legislación británica no permitía la modificación de la partida de nacimiento por cambio de sexo ni contemplaba el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por ello, K. B., mujer, no pudo contraer matrimonio con R. —una persona nacida mujer e inscrita como tal en el Registro civil pero que, a raíz de una operación de cambio de sexo, pasó a ser un hombre (apdo. 12)— ni tampoco, dado que el matrimonio es requisito para la pensión de viudedad, designar a éste como su beneficiario.

El TJUE reconoció que, aunque la desigualdad de trato no afectaba directamente al disfrute de un derecho protegido por el Derecho comunitario (la pensión de supervivencia), sí lo hacía a uno de sus presupuestos (el requisito de matrimonio). No obstante, el TJUE no

⁹¹⁵ Esta necesaria vinculación de las vulneraciones de derechos al Derecho de la Unión afecta a la propia configuración de los derechos fundamentales en la UE, como señala LÓPEZ GUERRA: «[E]n lo que se refiere a la fuerza vinculante de la Carta y de los derechos fundamentales reconocidos en ella, dentro de cada Estado miembro se configurarán, en principio, y de acuerdo con los mismos términos de la Carta, dos tipos de situaciones. Por una parte, aquellos supuestos en que esos derechos se invoquen en casos relacionados con la aplicación del Derecho de la Unión; por otro, aquellas situaciones en que esos derechos versen sobre materias fuera del ámbito de ese Derecho. En el primer caso, la Carta tendría efecto vinculante; en el segundo, carecería de ese efecto. [...] En forma simplificada podría decirse que, al menos en una primera lectura, no se establece un régimen básico común de derechos de los ciudadanos en la Unión Europea, sino un régimen de derechos frente a las autoridades de la Unión Europea». LÓPEZ GUERRA, L., *op. cit.*, pp. 24-25.

⁹¹⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-117/01, *K.B.*, de 7 de enero de 2004, ECLI:EU:C:2004:7.

pudo dar una respuesta directa al caso y delegó la responsabilidad en el órgano judicial nacional, señalando que «el artículo 141 [T]CE⁹¹⁷ se opone, *en principio* [cursiva nuestra], a una legislación contraria al CEDH que impide que una pareja como K. B. y R. cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro» (apdo. 36)⁹¹⁸.

En sus conclusiones a la sentencia el Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer reconoció que, dado que la UE no tiene competencia en materia de derechos fundamentales, no basta con que se vulnere un derecho fundamental⁹¹⁹, sino que la intervención del TJUE requiere «que el litigio verse sobre una de las materias del Tratado» (apdo. 65.b) de las conclusiones). Pese a ello, el Abogado General considera que el TJUE «debe velar, tanto por que el ejercicio de los derechos protegidos por el Tratado quede libre de toda discriminación prohibida, como por que esos derechos no sean supeditados a requisitos contrarios al orden público europeo» (apdo. 75 de las conclusiones)⁹²⁰. Se trata, sin embargo, de un mero desiderátum, pues sin dicha competencia el TJUE siempre deberá vincular la vulneración del derecho fundamental a la violación del Derecho comunitario⁹²¹.

⁹¹⁷ Su primer apartado establecía que «[c]ada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor».

⁹¹⁸ Para QUIÑONES ESCAMEZ, con esta solución al caso K. B., «el TJCE atiende a una suerte de “orden público común europeo” inspirado en los derechos fundamentales que da como resultado una aproximación de legislaciones armoniosa y respetuosa con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo». QUIÑONES ESCAMEZ, A., «Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avello)», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 18, mayo-agosto 2004, p. 529. Debe advertirse que el TJUE remite al CEDH pese a que ya se había proclamado solemnemente la CDFUE y ninguno de estos dos instrumentos eran vinculantes para las instituciones europeas. En ese sentido, GARCÍA ROCA considera que en esta sentencia el TJUE actúa como un garante indirecto o reflejo de la jurisprudencia del TEDH para impedir las contradicciones entre los ordenamientos de la UE y del Consejo de Europa. GARCÍA ROCA, J. (2005), *op. cit.*, p. 31.

⁹¹⁹ En ese caso, el derecho de los transexuales a contraer matrimonio en condiciones que tengan en cuenta su sexo adquirido. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 10 de junio de 2003, asunto C-117/01, ECLI:EU:C:2003:332, apdo. 69.

⁹²⁰ En su opinión, «la imposibilidad de los transexuales británicos para contraer matrimonio con arreglo a su nuevo sexo fisiológico es contraria a un principio general del derecho comunitario» (apdo. 66 de las conclusiones). Este principio general procede tanto del CEDH como de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros: «Sólo los ordenamientos irlandés y británico parecen oponerse a esta tendencia general, lo que no es óbice para discernir una tradición jurídica suficientemente uniforme, capaz de ser fuente de un principio general del derecho comunitario» (apdo. 28 de las conclusiones).

⁹²¹ Ruiz-Jarabo es consciente de la responsabilidad que recae sobre el TJUE: «[S]i queremos que el derecho comunitario no sea únicamente una normativa mecánica de la economía, sino que constituya un ordenamiento jurídico a la medida de la sociedad que debe regular, si queremos que exista un derecho conforme a la idea de justicia social y a las exigencias de la integración europea tanto respecto de la económica, como también de los pueblos, no podemos defraudar las expectativas que en nosotros se depositan» (apdo. 80 de las conclusiones).

Finalmente, este limitado ámbito de aplicación de la Carta ha conducido a CRUZ VILLALÓN a hablar de una «bifuncionalidad» respecto a su posición en el espacio constitucional europeo: es la declaración de derechos propia de la Unión y también de cada uno de los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión: «Cuando *mira* (“se dirige”) a los órganos e instituciones de la Unión, la CDF[UE] detenta una *posición de monopolio* o exclusividad, completada por una nota de *incondicionalidad*. Cuando mira a los Estados [...] [es de] *condicionalidad*»⁹²², pues «encuentra un espacio en cierto modo “ya ocupado”, un espacio que debe compartir con la particular y respectiva declaración de derechos y libertades contenida normalmente en las respectivas Constituciones nacionales»⁹²³.

La *condicionalidad* de la Carta sería contraria, según REQUEJO PAGÉS, a la propia *fundamentalidad* de los derechos:

La vocación naturalmente expansiva de los derechos, justamente por definitorios del estatuto de la persona en el contexto de un Ordenamiento que, por democrático, tiene en la persona el fundamento de su legitimación política, se compadece difícilmente con sistemas normativos que no pueden regir todos los ámbitos de actividad del ciudadano⁹²⁴.

Esta circunstancia se agrava si tenemos en cuenta la polémica efectividad, por indeterminada, de la CDFUE en Polonia, la República Checa y, en su momento, el Reino Unido⁹²⁵.

⁹²² CRUZ VILALLÓN, P. (2017), *op. cit.*, p. 93.

⁹²³ CRUZ VILALLÓN, P. (2017), *op. cit.*, p. 94.

⁹²⁴ REQUEJO PAGÉS, J. L., «La “dignidad de la persona” como categoría conceptual en el Derecho de la Unión. Experiencias, posibilidades y perspectivas», en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 286.

⁹²⁵ El Protocolo n.º 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido (DO C 202 de 7.6.2016, p. 312), anejo al TUE, establece que la CDFUE no amplía la competencia del TJUE ni de los tribunales polacos o británicos para apreciar la incompatibilidad de las disposiciones legales o reglamentarias o de las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de estos dos Estados miembros con el contenido de la Carta, «en particular» respecto de los derechos incluidos en el Título IV —«Solidaridad»— (art. 1), y que cuando una disposición de la Carta se refiera a legislaciones y prácticas nacionales, sólo se aplicará en aquéllos en la medida en que los derechos y principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas polacas o británicas (art. 2). Reino Unido recelaba de la posible ampliación de los derechos socioeconómicos que la adquisición de vinculatoriedad jurídica de la Carta podía acarrear, y Polonia trataba de evitar una hipotética legalización del matrimonio homosexual. Polonia, además, suscribió en relación a la CDFUE dos Declaraciones (que, a diferencia de los Protocolos, precisan el contenido de los Tratados pero no forman parte de su texto jurídico): la n.º 61 incidía en que la Carta no afectaba al derecho de los Estados miembros a legislar en el ámbito de la moral pública, del Derecho de familia, de la protección de la dignidad humana y del respeto de la integridad humana física y moral, y la n.º 62 afirmaba que Polonia respetaba plenamente los derechos incorporados en el Título IV de la CDFUE («Solidaridad»).

Parte de la doctrina consideraba que el Protocolo n.º 30 descolgaba a Polonia y Reino Unido de la

4.2.3. La subordinación de los derechos fundamentales a los objetivos de la Unión.

El art. 52.1 CDFUE introduce, como posible causa limitadora de los derechos fundamentales —y junto a las tradicionales cláusulas de la reserva legal para el establecimiento de limitaciones, respeto del contenido esencial y la protección de los derechos y libertades de los demás—, la consecución de los objetivos de interés general de la Unión:

Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

De acuerdo con este precepto, en caso de colisión entre derechos fundamentales y otro tipo de intereses, las autoridades de la Unión no deben necesariamente primar a aquéllos, lo que contradice la propia esencia de todo sistema constitucional de derechos, cuyo objetivo es garantizar su máxima protección con independencia de la naturaleza de los intereses implicados. De este modo, siempre que se cumplan los principios de proporcionalidad, necesidad y eficacia, un objetivo de interés general de la Unión (el espacio de libertad, seguridad y justicia o el mercado interior, por ejemplo) podrá

vinculatoriedad jurídica de la Carta, dando lugar a lo que TAJADURA TEJADA denominó «esquizofrenia normativa»: «En el mismo Tratado se proclama una cosa y la contraria. Los derechos contenidos en la Carta o son fundamentales y entonces vinculan a todos los Estados, o no lo son, y por tanto, solo vinculan a quienes quieren vincularse, con lo que carecen de dimensión constitucional [...]. *Establece una excepción en una materia que no admite excepciones*». TAJADURA TEJADA, J., *op. cit.*, p. 283. No obstante, la sentencia *N. S. y otros* (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, *N. S. y otros*, de 21 de diciembre de 2011, ECLI:EU:C:2011:865) determinó que «el Protocolo n.º 30 no cuestiona la vigencia de la Carta para el Reino Unido y Polonia» (apdo. 119) y que «el artículo 1, apartado 1, del Protocolo (n.º 30) hace explícito el artículo 51 de la Carta, relativo al ámbito de aplicación de esta última, y no tiene por objeto eximir a la República de Polonia y al Reino Unido de la obligación de respetar las disposiciones de la Carta, ni impedir que un órgano jurisdiccional de uno de estos Estados miembros vele por que se respeten tales disposiciones» (apdo. 120). Para JIMENA QUESADA el Protocolo tendría una virtualidad política de cara a la opinión pública, pero «no añadiría ni restaría nada al rango legal y alcance jurídico de la CDFUE». JIMENA QUESADA, L., «La consagración de los derechos fundamentales: de principios generales a texto fundacional», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 50, 2014, p. 181.

Por lo que se refiere al caso de la República Checa, de forma extemporánea, durante el proceso de ratificación y cuando ya se había aprobado la Declaración n.º 53 de la República Checa relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DO C 202 de 7.6.2016, p. 355), en la que se insistía en lo dispuesto en los arts. 51, 52.4 y 53 CDFUE, su presidente advirtió que la CDFUE podía legitimar la reivindicación de indemnizaciones por parte de los alemanes expulsados de Checoslovaquia tras la Segunda Guerra Mundial. El Consejo Europeo de 29 y 30 de octubre de 2009 acordó la inclusión de la República Checa en el citado Protocolo n.º 30 por medio de un Protocolo de reforma de éste que debería ser anexado en el próximo Tratado de Adhesión. No obstante, el cambio de gobierno checo motivó que no se incluyera dicho Protocolo en el Tratado de Adhesión de Croacia (DO L 112 de 24.4.2012, p. 10).

superponerse y justificar una limitación a un derecho fundamental de la ciudadanía europea. Se evidencia de esta manera que la persona, la igual dignidad humana, no constituye la *ratio* principal y única de las decisiones de las autoridades europeas.

En los siguientes términos valora ALONSO GARCÍA la primacía de intereses ajenos a los derechos fundamentales:

[E]ntre los valores que han de presidir el funcionamiento de la Unión no figuran [...] las exigencias de un mercado común operando en libre competencia, y sí «los principios de la democracia y del Estado de Derecho», lo cual debe traducirse, en supeditar «los objetivos de interés general reconocidos por la Unión», que permiten limitaciones de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta, a los referidos principios superiores (es el mercado interior, en definitiva, el que imperativamente debe someterse a las necesidades de una sociedad democrática, y no a la inversa, pudiendo a partir de tal premisa plantearse las posibles limitaciones de los derechos del individuo en beneficio de la colectividad)⁹²⁶.

4.2.4. Limitaciones interpretativas.

La interpretación que debe otorgársele a los derechos fundamentales reconocidos en la Carta se encuentra también con una serie de limitaciones, tal y como se desprende del tercer párrafo del art. 6.1 TUE:

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

Las Explicaciones, que «serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros» (art. 52.7 CDFUE), no tienen valor jurídico, como se apuntó en el Capítulo 3, pero constituyen un importante instrumento que condiciona y modula la interpretación de los derechos fundamentales, no tanto porque limiten su ejercicio como porque reducen las posibilidades interpretativas a las contempladas en ellas:

A la hora de determinar tanto qué regla de interpretación se aplica a cada disposición como el estándar de protección mismo, las Explicaciones que acompañan a cada artículo de la Carta deben ser tenidas debidamente en cuenta [...]. Estas Explicaciones son la mejor expresión de continuidad del modelo en la medida en que aclaran si nos encontramos ante un derecho contenido en los

⁹²⁶ ALONSO GARCÍA, R., *op. cit.*, p. 328.

Tratados (por ejemplo, el derecho de petición del art. 44), idéntico al CEDH (por ejemplo, el derecho a la libertad y a la seguridad del artículo 6) y/o resultante de las tradiciones constitucionales (por ejemplo, la igualdad ante la ley recogida en el art. 20) y el desarrollo o explicación de su contenido (esto es, en la determinación del estándar de protección) se nutren básicamente de la propia jurisprudencia del TJ[UE], de la jurisprudencia del TEDH incorporada al tríptico jurisprudencial desde los años setenta y de las propias tradiciones constitucionales comunes⁹²⁷.

Procedemos a continuación a la exposición de las diferentes limitaciones interpretativas contempladas en las cláusulas horizontales del título VII de la CDFUE.

En primer lugar, los derechos de la Carta que constituyan también disposiciones de los Tratados deberán sujetarse a las condiciones y límites determinados por éstos (art. 52.2 CDFUE), como corresponde a un sistema en que la vinculatoriedad de los derechos fundamentales se condiciona a su vinculación con otras disposiciones de los Tratados materialmente relacionadas.

En segundo lugar, los derechos de la Carta que constituyan también derechos del CEDH tendrán, como mínimo, el sentido y alcance conferido a éstos, pudiendo el Derecho de la Unión conceder una protección más extensa (art. 52.3 CDFUE), previsión que complementa la proclamación de los derechos del CEDH como principios generales del Derecho de la Unión (art. 6.3 TUE).

En tercer lugar, los derechos de la Carta que resulten de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros deberán interpretarse en armonía con las mismas (art. 52.4 CDFUE)⁹²⁸, lo que, como en el caso anterior, se añade a la previsión de que forman parte del Derecho de la Unión como principios generales los derechos que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (art. 6.3 TUE).

⁹²⁷ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, p. 138.

⁹²⁸ ALONSO GARCÍA apunta que en los arts. 52.3 y 52.4 CDFUE «[l]a Carta impone, por tanto, una lectura de los derechos incorporados a la misma que tengan correspondencia con el Convenio y con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros con un sentido y alcance “iguales” [en el primer caso] y “armónicos” [en el segundo caso]; lectura que en el caso de aquél, como expresamente recuerdan el Preámbulo y las Explicaciones, deberá realizarse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y, en el caso de éstas (no “igual”, sino “en armonía”), parece que estará presidida por el reconocimiento al Tribunal de Justicia de un amplio margen de maniobra a la hora de concretar el grado de protección otorgado por la Carta en favor del individuo a partir de su análisis de Derecho comparado». ALONSO GARCÍA, R., *op. cit.*, p. 319.

En cuarto lugar, respecto a los principios contemplados en la Carta se establece que «podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas» y que «[s]ólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos» (art. 52.5 CDFUE). Ahora bien, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales sólo ostentan en la Unión una vinculación negativa y que, por tanto, fuera de ella su única virtualidad es la de orientar o inspirar la actuación de los poderes públicos, resultan difícilmente distinguibles de la configuración que tradicionalmente se ha atribuido a los principios generales del Derecho, que es la contemplada en dicho precepto.

En quinto lugar, en la interpretación de los derechos de la Carta deben tenerse «plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales» según lo especificado en aquélla (art. 52.6 CDFUE), previsión que debe entenderse en el marco de un sistema en que la competencia sobre derechos fundamentales (y, por tanto, sobre su interpretación) permanece en los Estados miembros.

En sexto lugar, en relación con el nivel de protección de los derechos, el art. 53 CDFUE establece que

[n]inguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el [CEDH], así como por las constituciones de los Estados miembros.

Lejos de constituir un criterio interpretativo más de la Carta, este precepto regula la (incierto) posición que la misma debe ocupar en la interrelación entre los ordenamientos nacionales, el de la Unión y el Derecho internacional.

Una primera lectura del art. 53 CDFUE podría conducirnos a afirmar que, en caso de que el estándar de protección de un derecho previsto en la Carta fuera inferior (menos garante) que el establecido en una constitución nacional o en una norma de Derecho de la Unión o de Derecho internacional (en particular, del CEDH), debería aplicarse dicho

estándar en sustitución del de la CDFUE⁹²⁹. Sin embargo, como tempranamente advirtió la doctrina⁹³⁰, esta interpretación podría producir una erosión del principio de primacía si se entendía en el sentido de que la norma de Derecho de la Unión incompatible con la nacional debía ceder en su aplicación en caso de concurrencia de un estándar nacional de protección de derechos más elevado.

El TJUE, en respuesta a la primera cuestión prejudicial interpuesta por el TC español, estableció que

cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión⁹³¹.

Junto al entendimiento del estándar de protección establecido en la Carta como mínimo a respetar, el TJUE añade la necesidad de que el nivel nacional de protección de un derecho fundamental respete «la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión». Esto supone, en definitiva, que, coherentemente con lo expuesto en relación con el art. 52.1 CDFUE, los derechos fundamentales no ocupen una posición de centralidad en el Derecho de la Unión, sino que su interpretación y aplicación queden condicionadas a los

Universitat d'Alacant

⁹²⁹ Para ALONSO GARCÍA, debe considerarse «como sistema [estándar] de mayor protección el que mayor grado de exigencias presente en favor precisamente del individuo y no del poder público, por mucho interés general que respalde las intervenciones de este último». ALONSO GARCÍA, R., *op. cit.*, p. 313. Sobre la relación entre estándares de protección de derechos, este autor opina que el discurso de los derechos fundamentales, «en el contexto de conflictos susceptibles de ser encauzados en su esencia al enfrentamiento entre el individuo y el poder público, debería ser *pro* individuo y traducirse en una política judicial del Tribunal de Justicia proclive a asumir como propios de la Unión los estándares más elevados de protección que deriven del Convenio y/o los catálogos nacionales de derechos fundamentales [...]. Tal política judicial, de no poder llevarse a la práctica en algún caso concreto, debería traducirse en una deferencia hacia los estándares nacionales si [son] más favorables para el individuo, sobre la base de un discurso fundamentado no tanto en el principio de primacía del Derecho de la Unión sobre el de los Estados miembros, como en el principio de una mayor protección del ciudadano». ALONSO GARCÍA, R., *op. cit.*, pp. 327-328.

⁹³⁰ Vid. ARZOZ SANTISTEBAN, X., «La relevancia del Derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 74, mayo-agosto 2005, p. 106; LIISBERG, J. B., «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?», en *Common Market Law Review*, n.º 38-5, 2001, p. 1171 y ss.; LÓPEZ CASTILLO, A. «Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 113, julio-septiembre 2001, p. 68; RUBIO LLORENTE, F. (2002a), *op. cit.*, pp. 43-44; RUBIO LLORENTE, F., «Una Carta de dudosa utilidad», en MATÍA PORTILLA, F. J. (dir.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002b, p. 199.

⁹³¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-399/11, *Melloni*, de 26 de febrero de 2013, ECLI:EU:C:2013:107, apdo. 60.

objetivos de la UE. Este criterio, no obstante, fue matizado en la sentencia *Taricco II*⁹³², en la que el TJUE parece reconocer que los principios de primacía, uniformidad y efectividad del Derecho de la Unión pueden ceder en aquellos casos en que los derechos fundamentales se vean comprometidos⁹³³.

En séptimo lugar, análogamente a lo dispuesto en el art. 17 CEDH, las disposiciones de la Carta no pueden ser interpretadas de modo que justifiquen actuaciones tendentes a la destrucción de los derechos o libertades contemplados en ella o que impliquen limitaciones más amplias de los mismos que las previstas en dicha declaración (art. 54 CDFUE), de modo que se configura como una especie de mínimo a respetar y se excluye un posible amparo en la Carta para pretender el objetivo contrario a ella.

Para MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, los criterios de interpretación expuestos (en particular, los de los arts. 52.2, 3 y 4 CDFUE) facilitan la determinación del concreto «estándar de protección» o «contenido protegido por un derecho fundamental concreto dentro del ordenamiento de la Unión», operación que anteriormente debía realizarse por el TJUE a partir del CEDH y de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros⁹³⁴: «[L]a centralidad de la Carta ha convertido la identificación del “estándar de protección” en una cuestión de interpretación de normas positivas, esto es, de las disposiciones de la Carta»⁹³⁵.

⁹³² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-42/17, *Taricco II*, de 5 de diciembre de 2017, ECLI:EU:C:2017:936.

⁹³³ Para un análisis en profundidad de la saga *Taricco*, en que se dilucidan cuestiones relacionadas con el diálogo judicial, el principio de primacía, la identidad constitucional y la teoría de los contralímites, *vid.* GARCÍA ORTIZ, A., «Diálogo y conflicto entre tribunales a propósito de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Novedades con ocasión de la saga *Taricco*», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 30, julio-diciembre 2018.

⁹³⁴ Por ejemplo, el TJUE elaboró un principio general del Derecho de la Unión de protección de la confidencialidad de las comunicaciones mantenidas entre abogados y clientes a partir de su reconocimiento general en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-155/79, *AM & S v. Comisión*, de 18 de mayo de 1982, ECLI:EU:C:1982:157, apdos. 18 a 22. Por el contrario, decidió no extender el reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio a las empresas dadas las divergencias entre los Estados miembros respecto a la naturaleza y el grado de protección de los locales empresariales frente a las intervenciones de las autoridades públicas y la inexistencia de jurisprudencia del TEDH al respecto. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados C-46/87 y C-227/88, *Hoechst*, de 21 de septiembre de 1989, ECLI:EU:C:1989:337, apdos. 17 y 18.

⁹³⁵ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, p. 137. Además, los autores señalan que se percibe en las reglas de interpretación de la Carta una continuidad respecto a la anterior construcción jurisprudencial: «[E]l artículo 52 de la Carta ofrece tres reglas para la interpretación de las disposiciones de la Carta que no dejan lugar a dudas y en buena medida preservan la construcción previa, pues reenvían a lo que establezcan los Tratados (el “resto” del Derecho originario), el CEDH o las tradiciones constitucionales de los Estados miembros». MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, p. 137.

Finalmente, debe advertirse que no sólo las judicaturas nacionales deben atenerse a los anteriores condicionamientos en la interpretación de la Carta, sino que también el máximo intérprete del Derecho originario, el TJUE, debe sujetarse a las mismas en la creación de una doctrina europea sobre derechos fundamentales.

4.3. La función simbólica de integración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Habiendo expuesto las limitaciones que obligan a matizar la importancia de la CDFUE en el conjunto de la arquitectura constitucional de la UE, debemos a continuación preguntarnos por el efectivo papel que esta declaración de derechos ocupa en la misma. Además de la vinculación negativa que ostentan los derechos fundamentales contemplados en ella (los derechos como límite a la actuación de los poderes públicos), la Carta, en sí misma, desempeña en el actual estado de la Unión una importante función simbólica de integración —función que, no obstante, ya desempeñaba con anterioridad a la adquisición de vinculatoriedad jurídica⁹³⁶—.

Esta función simbólica de integración se produce no sólo porque, al asemejarse la Carta a las declaraciones de derechos propias de las constituciones de los Estados miembros, contribuye a asentar el lenguaje constitucional en la Unión; también porque genera un entendimiento común europeo de los derechos fundamentales que puede inspirar u orientar —dado que no ostentan vinculación positiva—, la actuación de los poderes públicos.

⁹³⁶ De hecho, antes de la aprobación del Tratado de Lisboa CANTARO ya denunciaba la excesiva confianza de las instituciones europeas en la adhesión a los derechos fundamentales. En su opinión, «Europa está [...] cada vez más convencida de que los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento de la Unión (desde la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pasando por los Tratados y la Carta de Niza) representan un componente no sólo necesario sino también suficiente de la identidad cultural europea y un factor de legitimación ético-política de Europa. [...]Se trata del “triumfo del maximalismo jurídico”». CANTARO, A. (2006), *op. cit.*, p. 91. CANTARO formula su crítica a través de lo que denomina «ideología de los derechos fundamentales»: «La legitimación (sólo) a través de los derechos es un viejo sueño del liberalismo ideológico, que nunca ha dejado de remitirse al dogma “sagrado” del constitucionalismo moderno recogido en el artículo 16 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789* [...]. Con una lógica evidentemente forzada, suelen extraerse dos conclusiones de esta fórmula. Por un lado, que los ordenamientos que reconocen y garantizan los derechos tienen una Constitución. Por otro, que un ordenamiento fundado en los derechos fundamentales no necesita ningún recurso identitario de legitimación ulterior. La identidad, está, toda ella, “escrita” en los derechos: la legitimidad ético-política del ordenamiento que los garantiza se presente en *re ipsa*. En este caso específico, en la Carta de Niza». CANTARO, A. (2006), *op. cit.*, p. 108.

La CDFUE, más que crear derechos nuevos, sintetiza y positiviza los ya existentes en la Unión⁹³⁷ como principios generales del Derecho, esto es, los que proceden del CEDH y de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Este entendimiento común, aunque carezca de una eficacia jurídica directa, tiene trascendencia práctica: así, como apunta ALONSO GARCÍA,

incluso aquellos derechos en principio más desvinculados del radio de acción de la Unión como el derecho a la vida y su correlativa prohibición de la pena de muerte (artículo 2 de la Carta), constituyen un parámetro básico de referencia a los efectos de los artículos 49 (condiciones para la adhesión a la Unión) y 7 (prevención y sanción frente a violaciones de los derechos fundamentales por algún Estado miembro) del Tratado de la Unión; cuestión distinta es que el terreno natural de ambos preceptos recién citados sea, desde el punto de vista sustancial, el de la valoración política, excluido el papel del Tribunal de Justicia más allá de las cuestiones procedimentales⁹³⁸.

Este «entendimiento común europeo de los derechos fundamentales» daría lugar a lo que el anterior autor denomina un «clima de convivencia basado en valores comunes»:

[A]dmittido que una cosa es el abanico (cada vez más amplio) de competencias de naturaleza sectorial asumidas por la Unión, en el que no figura la protección *in genere* de los derechos fundamentales [...], lo cierto es que el generoso elenco de derechos, libertades y principios incorporados a la Carta [...] parece auspiciar un clima de convivencia «basado en valores comunes» que llevaría aparejado una mayor consideración de dichos valores como piezas esenciales del ejercicio de las libertades de circulación sobre las que pivota el mercado interior [...], o incluso, a más largo plazo, como piezas esenciales de [la] ciudadanía europea⁹³⁹.

Por su parte, para LÓPEZ PINA y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ los derechos de la Carta pueden convertirse en una *referencia* europea frente a modelos culturales alternativos:

Al incluir en la Carta derechos sociales, la educación obligatoria o, muy especialmente, la prohibición de la pena de muerte, Europa se afirma frente a Estados Unidos, que pretende universalizar su propio modelo de sociedad mediante el arrastre de su potencia económica y al socaire del mito de la globalización. La nueva Carta de Derechos podría resultar así un documento trascendental para

⁹³⁷ RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales, principios estructurales y respeto por la identidad nacional de los Estados miembros de la Unión Europea», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 17, 2013, p. 521. Este autor afirmaría que la finalidad de la CDFUE proclamada en el año 2000 no era incorporar los derechos fundamentales al Derecho comunitario, sino solo «hacer visibles Derechos que ya existían en él como derechos vigentes; “ponerlos de relieve”, “poner de manifiesto a los ciudadanos su sobresaliente importancia y su alcance”. Se trata en consecuencia de una finalidad política, pedagógica, no jurídica». RUBIO LLORENTE, F. (2002a), *op. cit.*, p. 30.

⁹³⁸ ALONSO GARCÍA, R., *op. cit.*, p. 321.

⁹³⁹ ALONSO GARCÍA, R., *op. cit.*, pp. 321-322.

consolidar el nuevo orden político, jurídico y social que la Unión Europea está en trance de conformar⁹⁴⁰.

Del mismo modo, para PÉREZ DE LAS HERAS la CDFUE está inculcando un sentido de pertenencia europea y contribuyendo a reforzar el sentido de identidad y comunidad, al tiempo que refuerza la legitimidad política de la UE⁹⁴¹. Finalmente, según TAJADURA TEJADA, «[l]a Carta de Derechos Fundamentales es el único texto capaz de generar un sentimiento de pertenencia colectiva, por lo que se configura como el principal factor de integración política de Europa»⁹⁴².

En suma, este entendimiento europeo de los derechos que se plasma en la Carta, que permite singularizarlo frente a otras doctrinas occidentales y que da lugar a un «clima de convivencia basado en valores comunes», contribuye de este modo a la integración política de los Estados miembros, a la creación de un «espacio público europeo» en materia de derechos fundamentales⁹⁴³.

5. El sistema de garantía de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

Como afirmaba BOBBIO, el problema de los derechos no es tanto fundamentarlos como protegerlos⁹⁴⁴. Por ello, una vez expuestas las limitaciones estructurales a las que se enfrenta el sistema de derechos en la UE, procede a continuación detenernos en los concretos mecanismos de tutela de los que se pueden beneficiar, desde su vinculación negativa, en el Derecho de la Unión actualmente vigente⁹⁴⁵.

⁹⁴⁰ LÓPEZ PINA, A. y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *op. cit.*, p. 491. Los autores advierten asimismo que, para que la CDFUE tenga alcance constitucional, «[l]os derechos reconocidos deberían ser aptos para servir como sustrato material de una ciudadanía europea, y resultar capaces de consagrar un modelo constitucional específico, colocando la dignidad del hombre como eje y fundamento de la integración europea frente a la perspectiva economicista que hasta ahora ha prevalecido». LÓPEZ PINA, A. y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *op. cit.*, p. 491.

⁹⁴¹ PÉREZ DE LAS HERAS, B., *op. cit.*, p. 128.

⁹⁴² TAJADURA TEJADA, J., *op. cit.*, p. 284.

⁹⁴³ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 290. El autor se refiere a la propuesta de PETER HÄBERLE de concebir los derechos fundamentales como un constructo cultural en el marco de un Derecho constitucional común europeo. Esta propuesta aparece esencialmente elaborada en HÄBERLE, P. (1993), *op. cit.* y HÄBERLE, P. (1998), *op. cit.*

⁹⁴⁴ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p. 63.

⁹⁴⁵ Nos detendremos en los mecanismos de tutela establecidos en el Derecho originario o derivado de la Unión, excluyendo del análisis los informes, indicadores o resoluciones procedentes de las instituciones de la Unión que tienen por objeto la evaluación de la aplicación de la Carta o el estudio de la situación de los derechos fundamentales en la UE, de los que, no obstante, procede realizar una breve referencia. Desde 1993

Debemos diferenciar al respecto entre mecanismos de tutela objetiva y mecanismos de tutela subjetiva de los derechos. Los primeros se refieren a la obligación de los Estados miembros y de la UE de respetar los derechos fundamentales *in genere* y deben activarse en caso de vulneraciones sistémicas o generalizadas de los derechos. Por el contrario, los segundos se vinculan con las instituciones típicas de garantía de los derechos fundamentales del espacio constitucional estatal, a las cuales acudir en caso de una vulneración concreta de un derecho fundamental sufrida por un particular.

5.1. Mecanismos de tutela objetiva.

Los mecanismos de tutela objetiva se encuentran vinculados, como se desprende de su denominación, a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales⁹⁴⁶. En efecto, su

el Parlamento Europeo aprueba, a partir del informe elaborado por su Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, una resolución sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión. Entre las numerosas resoluciones adicionales que el Parlamento Europeo ha aprobado sobre derechos fundamentales, Estado de Derecho y valores de la Unión, destaca la Resolución que apuesta por el establecimiento de un mecanismo de la Unión para la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales: Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2016, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el establecimiento de un mecanismo de la Unión para la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, DO C 215 de 19.6.2018, p. 162 (*vid.* nota a pie de página 1134).

Por otra parte, en cumplimiento de la Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea (Comunicación de la Comisión. Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea, Código Celex 52010DC0573, recuperado de: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:52010DC0573>>), la Comisión Europea presenta anualmente desde 2010 un informe sobre la aplicación de la CDFUE en el que se revisa la manera en que el Derecho de la Unión ha tenido en cuenta la Carta y los avances producidos en su ámbito. Además, en 2011 adoptó unas orientaciones sobre la consideración de los derechos fundamentales en las evaluaciones de impacto de la Comisión (Commission Staff Working Paper. Operational Guidance on taking account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessments. Bruselas, 6 de mayo de 2011, ref. SEC(2011) 567 final, recuperado de: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/opperational-guidance-fundamental-rights-in-impact-assessments_en.pdf>) y el 2 de diciembre de 2020 presentó una nueva Estrategia para reforzar la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales en la UE: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia para reforzar la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales por la UE, Código Celex 52020DC0711, recuperado de: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52020DC0711>>.

Finalmente, a partir del informe anual presentado por la Comisión sobre la aplicación de la CDFUE el Consejo de la Unión adopta unas «Conclusiones sobre el informe de la Comisión». Asimismo, en 2015 el grupo de trabajo del Consejo «Derechos Fundamentales, Derechos de los Ciudadanos y Libre Circulación de Personas» elaboró una serie de directrices para determinar la compatibilidad de los textos jurídicos con los derechos fundamentales: Consejo de la Unión Europea. Guidelines on methodological steps to be taken to check fundamental rights compatibility at the Council preparatory bodies. Bruselas, 20 de enero de 2015, ref. 5377/15, recuperado de: <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5377-2015-INIT/en/pdf>>.

⁹⁴⁶ Para un análisis más detallado de los mecanismos de tutela objetiva de los derechos fundamentales y su aplicación práctica al caso de Polonia, *vid.* GARCÍA ORTIZ, A., «La defensa del Estado de Derecho en la Unión Europea. Una valoración con motivo de la crisis polaca», en PÉREZ MIRAS, A., TERUEL LOZANO, G. M., RAFFIOTTA, E. C. e IADICCO, M. P. (dirs.), *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución española. Volumen I. Balances y perspectivas en la Europa constitucional*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y

finalidad no es tanto reparar el daño causado a un particular que ha visto vulnerado un derecho fundamental del que es titular como compelir al Estado miembro a cesar en su conducta lesiva. Por ello, los derechos fundamentales que pueden ser objeto de estos mecanismos no son sólo aquellos proclamados en la CDFUE, sino también los incorporados al CEDH y los procedentes de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Actúan incluso, pues, fuera del ámbito competencial de actuación del Derecho de la Unión.

El objeto de análisis de estos mecanismos no es una situación particular que afecte a un ciudadano o ciudadana determinados, sino el carácter sistémico, reiterado o general de una violación de derechos imputable al Estado miembro. El fundamento de estos mecanismos no viene constituido, por tanto, por el precepto regulador del concreto derecho fundamental vulnerado, sino por el art. 2 TUE, que proclama, entre otros y como se ha explicado con anterioridad, el valor de respeto de los derechos humanos, e, incluso, por el art. 6.3 TUE, que reconoce a los derechos humanos como principios generales del Derecho de la Unión.

Estos mecanismos, por tanto, escapan del poder de disposición de los particulares y sólo indirectamente pueden reportarles un beneficio directo. Además, se trata de mecanismos excepcionales, pues los Tratados no han previsto ningún mecanismo ordinario de control y seguimiento de la efectividad de los valores del art. 2 TUE. Esta situación es conocida como el «dilema de Copenhague»: el art. 49 TUE exige al Estado candidato a la adhesión a la UE el respeto y el compromiso de promoción de los valores del art. 2 TUE (los «criterios de Copenhague»⁹⁴⁷) pero, sin embargo, una vez producida la adhesión, no existen «medios efectivos para velar por su observancia»⁹⁴⁸.

5.1.1. Los mecanismos del art. 7 TUE.

Los principales instrumentos convencionales de tutela de los valores proclamados en el art. 2 TUE —entre ellos los derechos fundamentales— se encuentran regulados en el art. 7 TUE. Tanto el mecanismo preventivo establecido en su primer apartado como el mecanismo

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.

⁹⁴⁷ Vid. nota a pie de página 846.

⁹⁴⁸ LÓPEZ AGUILAR, J. F., «El caso de Polonia en la UE: retrocesos democráticos y del Estado de Derecho y “dilema de Copenhague”», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 38, 2016, p. 107.

sancionador que contempla el segundo constituyen procedimientos esencialmente políticos, excepcionales, no sujetos a control jurisdiccional en cuanto a su oportunidad y demandantes de un nivel elevado de consenso entre los Estados miembros.

El mecanismo sancionador del vigente art. 7.2 TUE fue el primero en incorporarse al Derecho originario de la UE. Sus orígenes se encuentran en el Tratado de Ámsterdam como respuesta anticipada a las colisiones axiológicas que se esperaba que hubieran podido derivarse de la hipotética adhesión inminente de los países de la Europa Central y Oriental (PECOs), procedentes de la recientemente disuelta Unión Soviética o de sus entonces aliados.

Están legitimados para iniciar el procedimiento la Comisión Europea y un tercio de los Estados miembros —excluyendo al afectado (art. 354 TFUE⁹⁴⁹)—, debiendo contar con la aprobación del Parlamento Europeo —por una mayoría de dos tercios de los votos emitidos que sea representativa de la mayoría de sus miembros (art. 354 TFUE)—. La decisión última corresponde al Consejo Europeo por unanimidad⁹⁵⁰, que «podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 tras invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones» (art. 7.2 TUE).

La constatación de la violación de los valores del art. 2 TUE *puede* dar lugar —aunque no necesariamente— a la suspensión de determinados derechos del Estado miembro derivados de los Tratados, entre ellos el derecho de voto en el Consejo (art. 7.3 TUE⁹⁵¹). La decisión corresponde en este caso al Consejo por mayoría cualificada, calculada conforme al art. 238.3 TFUE (ex art. 354 TFUE). Estas medidas pueden ser modificadas o revocadas por mayoría cualificada del Consejo, en atención a una variación en la situación que motivó su imposición (art. 7.4 TUE).

⁹⁴⁹ Las modalidades de voto aplicables al Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo son las previstas en el art. 354 TFUE, por remisión del art. 7.5 TUE.

⁹⁵⁰ De acuerdo con el art. 354 TFUE, el Estado miembro afectado no participará en dicha votación y la abstención de los miembros presentes o representados no obstará a la adopción de esta decisión.

⁹⁵¹ Este mismo precepto obliga al Consejo a tener en cuenta las posibles consecuencias que la suspensión de derechos del Estado puede producir en los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas. Asimismo, se señala que las obligaciones del Estado miembro derivadas de los Tratados continuarán siendo vinculantes para dicho Estado.

Al anterior mecanismo sancionador se añadió, en el Tratado de Niza, un mecanismo preventivo (actual art. 7.1 TUE), ante la imposibilidad de aplicar aquél a la crisis política vivida en Austria entre los años 1999 y 2000 como consecuencia de la entrada en su gobierno de un partido nacionalista, xenófobo y de extrema derecha⁹⁵². La iniciativa corresponde aquí a un tercio de los Estados miembros —excluido el afectado (art. 354 TFUE)—, el Parlamento Europeo⁹⁵³ o la Comisión, y la decisión compete al Consejo por mayoría de cuatro quintos —excluyendo al Estado miembro afectado (art. 354 TFUE)— y previa aprobación del Parlamento Europeo. Tras oír al Estado miembro requerido y poder dirigirle recomendaciones, el Consejo «podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2» (art. 7.1 TUE⁹⁵⁴). El art. 7.1 TUE ha sido activado hasta la fecha en dos ocasiones —aunque en ninguna de las dos se ha concluido el procedimiento—: por la Comisión, contra Polonia (2017)⁹⁵⁵, y por el Parlamento Europeo, contra Hungría (2018)⁹⁵⁶.

Finalmente, debe apuntarse que el Estado miembro afectado puede recurrir ante el TJUE la legalidad de los actos adoptados por el Consejo Europeo o por el Consejo en virtud del art. 7 TUE, aunque únicamente en relación con el respeto de las disposiciones procedimentales (art. 269 TFUE).

5.1.2. El Marco del Estado de Derecho.

Con posterioridad al Tratado de Lisboa, y como respuesta a la crisis política generada como consecuencia de la deriva autoritaria de Hungría —que arrancó de la polémica reforma

⁹⁵² Vid. GARCÍA ORTIZ, A. (2020), *op. cit.*, p. 560.

⁹⁵³ Tanto para la iniciativa como para la posterior aprobación obligatoria el art. 354 TFUE exige una mayoría de dos tercios de los votos emitidos que represente la mayoría de los miembros que lo componen.

⁹⁵⁴ Este precepto prevé que el Consejo compruebe periódicamente la validez de los motivos que condujeron a aquella constatación.

⁹⁵⁵ Propuesta de Decisión del Consejo relativo a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por parte de la República de Polonia, Código Celex 52017PC0835, recuperado de: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1548413474277&uri=CELEX:52017PC0835>>.

⁹⁵⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, constata la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión, recuperado de: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0340+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES#BKMD-10>>.

constitucional promovida por Viktor Orbán en 2011⁹⁵⁷— en 2014 la Comisión creó el conocido como «Marco del Estado de Derecho»⁹⁵⁸.

El Marco está concebido como un mecanismo político que, por la vía del diálogo entre las autoridades europeas y las del Estado miembro implicado, trata de evitar la activación del art. 7 TUE, razón por la cual también es conocido como «mecanismo pre-art. 7»⁹⁵⁹. El Marco sería aplicable a las vulneraciones sistémicas de los derechos en cuanto la Comisión considera incluido en el concepto «Estado de Derecho» la «tutela judicial efectiva e independiente, incluido el respeto de los derechos fundamentales»⁹⁶⁰.

La Comisión puede activar el Marco en aquellas

situaciones en que las autoridades de un Estado miembro estén adoptando medidas o tolerando situaciones que puedan afectar sistemática y negativamente a la integridad, la estabilidad o el buen funcionamiento de las instituciones y los mecanismos de salvaguardia establecidos a nivel nacional para garantizar el Estado de Derecho⁹⁶¹.

El Marco se compone de tres fases: en primer lugar, si la Comisión considera que existe una amenaza sistémica para el Estado de Derecho en un Estado miembro, deberá remitirle un dictamen. A continuación, si entiende que existen pruebas objetivas de amenaza sistémica no remediadas por las autoridades estatales, le enviará una recomendación, que no tiene, dado el principio de atribución competencial (art. 5.2 TUE), efectos jurídicos vinculantes. Finalmente, la Comisión llevará a cabo un seguimiento de la recomendación en la que evaluará la adopción de las indicaciones previamente efectuadas. Si el Estado miembro afectado no satisficiera las recomendaciones en el plazo fijado, «la

⁹⁵⁷ Esta reforma atentaba, según el Parlamento Europeo, contra «el ejercicio de la democracia, el Estado de Derecho, el respeto y la protección de los derechos humanos y sociales, el sistema de controles y equilibrios, la igualdad y la no discriminación». Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2012, sobre los recientes acontecimientos políticos en Hungría, DO C E 249 de 30.8.2013, pp. 27-30.

⁹⁵⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho, Código Celex 52014DC0158, recuperado de: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52014DC0158&qid=1548405136836>>.

⁹⁵⁹ PÉREZ BERNÁRDEZ, C., «La Unión Europea frente a la erosión del Estado de Derecho: las respuestas jurídico-políticas al caso polaco», en *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 40, 2016, pp. 82-83.

⁹⁶⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho, *cit.*, Anexo I: El Estado de Derecho como principio fundacional de la Unión, p. 2. Para justificar esta posición, la Comisión acude a la jurisprudencia del TJUE, según la cual «la Unión es una Unión de Derecho cuyas instituciones están sujetas al control de la conformidad de sus actos, en particular, con los Tratados, con los principios generales del Derecho y con los derechos fundamentales» (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-550/09, *E y F*, de 29 de junio de 2010, ECLI:EU:C:2010:382, apdo. 44).

⁹⁶¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho, *cit.*, p. 7.

Comisión sopesará la posibilidad de activar uno de los mecanismos establecidos en el artículo 7 del TUE»⁹⁶². El Marco fue aplicado entre 2016 y 2017, por primera y única vez hasta la fecha, a Polonia⁹⁶³.

5.1.3. El Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092: Estado de Derecho y presupuesto de la Unión.

El 1 de enero de 2021 entró en vigor el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092⁹⁶⁴, que, enmascarado bajo el confuso nombre de «régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión», constituye un importante mecanismo para la defensa del Estado de Derecho en la Unión. No supone, sin embargo, un instrumento que vaya a alterar sustancialmente el régimen de defensa de los valores y derechos de la Unión: como indica su art. 1, el reglamento tiene como objeto la protección del presupuesto de la Unión en caso de vulneración de los principios del Estado de Derecho en los Estados miembros; esto es, la protección del Estado de Derecho no constituye un fin en sí mismo, sino un medio para el fin verdadero, la protección del presupuesto europeo.

Se entiende por «Estado de Derecho» en este contexto a un conjunto de principios entre los que se encuentran el de legalidad —que implica un proceso legislativo transparente, democrático, pluralista y sujeto a rendición de cuentas—, el de seguridad jurídica, el de prohibición de la arbitrariedad del poder ejecutivo, el de tutela judicial efectiva —que incluye el acceso a la justicia, la independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales, «también en lo que respecta a los derechos fundamentales»—, el de separación de poderes y el de no discriminación e igualdad ante la ley (art. 2.a). El Estado de Derecho, valor del art. 2 TUE, debe entenderse «habida cuenta de los demás valores y

⁹⁶² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho, *cit.*, p. 9.

⁹⁶³ *Vid.* Recomendación (UE) 2016/1374 de la Comisión, de 27 de julio de 2016, relativa al Estado de Derecho en Polonia, DO L 217 de 12.8.2016, pp. 53-68; Recomendación (UE) 2017/146 de la Comisión, de 21 de diciembre de 2016, sobre el Estado de Derecho en Polonia que complementa la Recomendación (UE) 2016/1374, DO L 22 de 27.1.2017, pp. 65-81; Recomendación (UE) 2017/1520 de la Comisión, de 26 de julio de 2017, por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia complementaria a las Recomendaciones (UE) 2016/1374 y (UE) 2017/146, DO L 228 de 2.9.2017, pp. 19-32; Recomendación (UE) 2018/103 de la Comisión, de 20 de diciembre de 2017, por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia complementaria a las Recomendaciones (UE) 2016/1374, (UE) 2017/146 y (UE) 2017/1520, DO L 17 de 23.1.2018, pp. 50-64.

⁹⁶⁴ Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, DO L 433 de 22.12.2020, p. 1.

principios de la Unión consagrados en el artículo 2 del TUE» (art. 2.a), dando entrada de este modo a los posibles ataques a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad y los derechos humanos, si bien siempre han de estar en conexión con aquel valor⁹⁶⁵.

En caso de que la Comisión constate que existen «motivos razonables» para considerar que un Estado miembro vulnera los principios del Estado de Derecho⁹⁶⁶ y, con ello, «afecta o amenaza con afectar gravemente la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o la protección de los intereses financieros de la Unión de un modo suficientemente directo» (art. 4.1)⁹⁶⁷, debe apercibir de ello al Estado miembro en cuestión

⁹⁶⁵ Esta previsión debe entenderse en conexión con el sexto considerando del reglamento, según el cual «[a]unque no existe una jerarquía entre los valores de la Unión, el respeto del Estado de Derecho es esencial para la protección de los demás valores fundamentales en los que se fundamenta la Unión, como la libertad, la democracia, la igualdad y el respeto de los derechos humanos. El respeto del Estado de Derecho está intrínsecamente vinculado al respeto de la democracia y de los derechos fundamentales. No puede haber democracia ni respeto de los derechos fundamentales sin respeto del Estado de Derecho, y viceversa».

⁹⁶⁶ Previamente a la constatación de la vulneración, el art. 3 del reglamento señala tres «indicios de vulneración de los principios del Estado de Derecho». En primer lugar, que esté en peligro la independencia de los jueces. En segundo lugar, que el Estado no impida, corrija o sancione las decisiones arbitrarias o ilícitas de las autoridades públicas (incluidas las policiales), que retenga recursos financieros y humanos que afecten a su buen funcionamiento o que no garantice la ausencia de conflictos de interés. En tercer lugar, la limitación de la disponibilidad y eficacia de las vías de recurso judicial, por ejemplo a través de normas procesales restrictivas o la no ejecución de las resoluciones judiciales, así como la limitación de la investigación, persecución o sanción efectivos de las infracciones del Derecho.

⁹⁶⁷ El segundo apartado del art. 4 relaciona los diferentes aspectos sobre los que puede entenderse vulnerado el Estado de Derecho:

- a) el buen funcionamiento de las autoridades que ejecutan el presupuesto de la Unión, incluidos los préstamos y otros instrumentos garantizados por el presupuesto de la Unión, en particular en el contexto de procedimientos de contratación pública o de subvención;
- b) el buen funcionamiento de las autoridades que realizan el control financiero, la supervisión y las auditorías, y el buen funcionamiento de unos sistemas de gestión financiera y rendición de cuentas eficaces y transparentes;
- c) el buen funcionamiento de los servicios de investigación y de la fiscalía en relación con la investigación y el ejercicio de la acción penal por fraude, en particular por fraude fiscal, corrupción u otras infracciones del Derecho de la Unión relativas a la ejecución del presupuesto de la Unión o a la protección de los intereses financieros de la Unión;
- d) el control judicial efectivo, por órganos jurisdiccionales independientes, de las acciones u omisiones de las autoridades a que se refieren las letras a), b) y c);
- e) la prevención y la sanción del fraude, incluidos el fraude fiscal, la corrupción u otras infracciones del Derecho de la Unión relativas a la ejecución del presupuesto de la Unión o a la protección de los intereses financieros de la Unión, y la imposición de sanciones eficaces y disuasorias a los beneficiarios por los órganos jurisdiccionales o por las autoridades administrativas;
- f) la recuperación de los fondos indebidamente pagados;
- g) la cooperación eficaz y en tiempo oportuno con la OLAF [Oficina Europea de Lucha contra el Fraude] y, a reserva de la participación del Estado miembro de que se trate, con la Fiscalía Europea en sus investigaciones o ejercicio de la acción penal en virtud de los actos de la Unión aplicables, de conformidad con el principio de cooperación leal;
- h) otras situaciones o actuaciones de las autoridades que sean pertinentes para la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o para la protección de los intereses financieros de la Unión».

(art. 6.1⁹⁶⁸). Si la Comisión no resulta satisfecha con la información, las observaciones o las medidas correctoras proporcionadas por el Estado afectado, presentará al Consejo, previa audiencia a aquél (art. 6.7) una propuesta de decisión de ejecución sobre las medidas adecuadas⁹⁶⁹ (art. 6.9). En su caso, el Consejo puede modificar la propuesta de la Comisión y adoptar el texto modificado por mayoría cualificada (art. 6.11). A petición del Estado miembro afectado o por su propia iniciativa y a más tardar un año después de la adopción de las medidas por el Consejo, la Comisión volverá a evaluar la situación y, en su caso, podrá proponer al Consejo el levantamiento de las medidas (art. 7.2)

En definitiva, a pesar de que las mayorías exigidas en el Consejo hacen difícil su aplicación y que se configure como un instrumento de protección del presupuesto de la Unión y no tanto del Estado de Derecho, el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 constituye un paso decisivo, aunque insuficiente, en la protección de los valores de la Unión.

5.1.4. El recurso por incumplimiento.

El recurso por incumplimiento (arts. 258 a 260 TFUE) permite al TJUE controlar el cumplimiento por los Estados miembros de las obligaciones que les incumben en virtud de los Tratados —entre ellas el respeto de los derechos fundamentales—. A pesar de su denominación, se trata de un mecanismo de tutela objetiva. No existe en Derecho de la Unión recurso jurisdiccional alguno que tenga por objeto específico la tutela de los derechos fundamentales de la CDFUE. La violación de dichos derechos sólo puede ser

⁹⁶⁸ De la notificación escrita enviada al Estado miembro debe dar cuenta al Consejo y al Parlamento Europeo (art. 6.1), y éste podrá invitar a la Comisión a un «diálogo estructurado sobre sus constataciones» (art. 6.2). Asimismo, la Comisión debe informar al Parlamento Europeo de las medidas propuestas, adoptadas o levantadas con carácter inmediato (art. 8).

⁹⁶⁹ Las medidas para la protección del presupuesto de la Unión se enumeran en el art. 5 del reglamento, diferenciando si la Comisión ejecuta el presupuesto de la Unión en régimen de gestión directa o indirecta, por un lado, o en régimen de gestión compartida con los Estados miembros, por otro lado. En el primer caso, las medidas incluyen la suspensión de los pagos o de la ejecución o resolución del compromiso jurídico, la prohibición de contraer nuevos compromisos jurídicos, la suspensión del desembolso total o parcial de los tramos o el reembolso anticipado de préstamos garantizados por el presupuesto de la Unión, la suspensión o reducción de la ventaja económica obtenida en virtud de un instrumento garantizado por el presupuesto de la Unión y la prohibición de suscribir nuevos acuerdos sobre préstamos u otros instrumentos garantizados por el presupuesto de la Unión. En el segundo caso, las medidas comprenden la suspensión de la aprobación de uno o más programas o su modificación, la suspensión de los compromisos, la reducción de los compromisos incluso mediante correcciones financieras o transferencias a otros programas de gasto, la reducción de la prefinanciación, la interrupción de los plazos de pago y la suspensión de los pagos.

reparada de manera indirecta a través de los mecanismos de tutela subjetiva que posteriormente serán analizados.

En concreto, el recurso por cumplimiento no sirve para la evaluación de los derechos subjetivos de los particulares sino para una apreciación general, objetiva o abstracta⁹⁷⁰ acerca de si el Estado miembro cumple con su obligación, impuesta por los arts. 2 y 6.3 TUE, de respetar los derechos fundamentales; obligación que no queda restringida a los derechos proclamados en la CDFUE. Como señala GARCÍA PECHUÁN, «el recurso por incumplimiento sirve a la supervisión objetiva a cargo de la Comisión del cumplimiento por los Estados miembros del Derecho de la Unión, y no a la implementación de la dimensión de protección jurídica individual»⁹⁷¹. Pueden señalarse los siguientes motivos para justificar la naturaleza de este recurso como mecanismo de tutela objetiva.

En primer lugar, la legitimación activa del recurso por incumplimiento no corresponde a personas, físicas o jurídicas, sino a la Comisión —que por definición actúa en interés general de la Unión y no de particulares (art. 17.1 TUE)— y a los Estados miembros, si bien son muy escasos los recursos por incumplimiento interpuestos por éstos. Como afirma RODRÍGUEZ-IZQUIERDO, «[l]a posición que se reivindica en el incumplimiento, por tanto, no es la de un individuo frente al Estado infractor, pues es un recurso de naturaleza objetiva»⁹⁷².

Ahora bien, cualquier persona física o jurídica puede presentar una denuncia a la Comisión para instarla a activar el procedimiento por incumplimiento si considera que un Estado miembro está violando el Derecho de la Unión; aunque la Comisión no esté obligada a ejercer la acción, sí debe comprometerse a mantener informado al particular demandante del curso de la denuncia⁹⁷³. Del mismo modo, la Comisión y el TJUE han ido reconociendo un derecho de acceso a los documentos en el marco del recurso por

⁹⁷⁰ RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., «Los derechos fundamentales en el procedimiento por incumplimiento y la adecuación constitucional de las actuaciones de los Estados miembros», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 61, 2018, p. 954.

⁹⁷¹ GARCÍA PECHUÁN, M., «El control del cumplimiento por los Estados miembros del Derecho de la UE», en LÓPEZ CASTILLO, A. (dir.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Volumen II. Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 413.

⁹⁷² RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., *op. cit.*, p. 954.

⁹⁷³ GARCÍA PECHUÁN, M., *op. cit.*, p. 414.

incumplimiento a aquellos particulares que ostenten un interés público superior y manifiesto⁹⁷⁴.

En segundo lugar, la decisión de activar el procedimiento por incumplimiento corresponde a la Comisión y a los Estados miembros de manera discrecional, lo que resulta difícilmente compatible con la propia naturaleza de los mecanismos de tutela de derechos subjetivos⁹⁷⁵. En efecto, la emisión del dictamen a que se refiere el art. 258 TFUE depende de que la Comisión «estime» un incumplimiento por un Estado miembro, del mismo modo que, si el Estado no se atiene al mismo, la Comisión «podrá» recurrir al TJUE. Igualmente, cualquier Estado miembro «podrá» recurrir al TJUE si «estima» dicha violación (art. 259 TFUE).

En tercer lugar, la sentencia estimatoria de un recurso por incumplimiento, como se verá más adelante, únicamente produce efectos declarativos y debe ser cumplida por el propio Estado al que se le imputa la violación del derecho.

Finalmente, y de manera muy destacada, no puede ser objeto de un recurso por incumplimiento una vulneración autónoma de un derecho fundamental de la Carta, aunque sea una vulneración sistémica o genérica. En efecto, para que el TJUE pueda analizar a través de este procedimiento una lesión de un derecho fundamental proclamado en la CDFUE dicha violación debe estar vinculada, por exigencia del principio de competencia del art. 51 CDFUE, a un incumplimiento de una norma de Derecho originario o derivado. En consecuencia, el asunto litigioso en el que el derecho esté implicado debe caer dentro del marco competencial de la Unión⁹⁷⁶.

Por otra parte, es posible que la vulneración de derechos sea invocada como un principio general (arts. 2 y 6.3 TUE)⁹⁷⁷, pero en este caso también es necesario alegar la

⁹⁷⁴ GARCÍA PECHUÁN, M., *op. cit.*, p. 417.

⁹⁷⁵ En palabras de RODRÍGUEZ-IZQUIERDO, «la idea de discrecionalidad no ofrece garantía alguna para la efectiva defensa de los derechos fundamentales de la Unión, en caso de infracción de los mismos en un Estado miembro, y casi resulta contradictoria con ella. Si esa defensa se hace o no dependiendo de apreciaciones de la Comisión, los derechos fundamentales pueden ser una moneda de cambio». RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., *op. cit.*, p. 956.

⁹⁷⁶ RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., *op. cit.*, pp. 948-949. Según esta autora, «[l]a invocación de los derechos de la Carta fuera de esas coordenadas es difícil de articular, pues supondría perseguir la infracción de los derechos fundamentales sustancialmente compartidos entre la Unión y los Estados más allá de los márgenes del art. 51». RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., *op. cit.*, p. 953.

⁹⁷⁷ Como expone GARCÍA PECHUÁN, «el Tratado de Lisboa establece en la redacción que da al vigente art. 6.3 TUE que los derechos fundamentales consagrados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y los que

violación de una norma de Derecho de la Unión dada la inviabilidad de un recurso fundamentado exclusivamente en un principio general del Derecho. La invocación de los derechos como principios generales está condicionada, como afirma RODRÍGUEZ-IZQUIERDO, «por la necesidad de que exista una obligación jurídica incumplida que se desprenda del derecho originario o derivado y que esté conectada con el principio general», pues «[l]a generalidad de los principios dificulta mucho que protagonicen por sí mismos, a modo de única causa, un recurso de la Comisión»⁹⁷⁸.

En consecuencia, el recurso por incumplimiento se convierte en un instrumento político mediante el cual la Comisión y los Estados miembros pueden conseguir el cese de una violación genérica de derechos —de la CDFUE o no— producida en un Estado miembro, pero no sirve para restablecer al particular que ha visto vulnerado un derecho fundamental del que es titular. Así lo ha entendido la Comisión en las crisis polaca⁹⁷⁹ y húngara⁹⁸⁰.

Respecto a su desarrollo procesal, al procedimiento judicial ante el Tribunal de Justicia (art. 256.1 TFUE *a contrario sensu*) le precede una fase administrativa en la que la Comisión, por su propia iniciativa (art. 258 TFUE) o a petición de cualquier Estado miembro (art. 259 TFUE), deberá emitir un dictamen motivado sobre el supuesto incumplimiento por el Estado requerido de una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, previa audiencia al mismo. El incumplimiento, por acción u omisión, debe ser entendido en sentido amplio, no ceñido exclusivamente a las obligaciones fijadas en el Derecho originario, sino también en el Derecho derivado o en los tratados internacionales que obliguen a la Unión⁹⁸¹. Si el Estado requerido no se atuviera al dictamen en el plazo

son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros “formarán parte del Derecho de la Unión Europea como *principios generales del Derecho*” (cursiva añadida). Por lo tanto, si una conducta de un Estado miembro cae dentro del ámbito competencial del Derecho de la Unión e infringe tales principios generales del Derecho, el caso será sustanciable como recurso por incumplimiento ante el TJ[UE]». GARCÍA PECHUÁN, M., *op. cit.*, p. 409.

⁹⁷⁸ RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., *op. cit.*, p. 951.

⁹⁷⁹ *Vid.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-619/18, *Comisión/Polonia (Indépendance de la Cour suprême)*, de 24 de junio de 2019, ECLI:EU:C:2019:531; y C-192/18, *Comisión/Polonia (Indépendance des juridictions de droit commun)*, de 5 de noviembre de 2019, ECLI:EU:C:2019:924.

⁹⁸⁰ *Vid.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencias C-286/12, *Comisión Europea/Hungría*, de 6 de noviembre de 2012, ECLI: EU: C:2012:687; C-288/12, *Comisión/Hungría*, de 8 de abril de 2014, ECLI: EU: C:2014:237; C-78/18, *Comisión/Hungría (Transparencia asociativa)*, de 18 de junio de 2020, ECLI:EU:C:2020:476; y C-66/18, *Comisión/Hungría (Enseignement supérieur)*, de 6 de octubre de 2020, ECLI:EU:C:2020:792.

⁹⁸¹ BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J., «La garantía jurisdiccional del Derecho de la Unión Europea», en CELMA ALONSO, P. (coord.), *Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 261.

requerido, la Comisión o el Estado miembro demandante podrá interponer el recurso ante el TJUE⁹⁸².

Como se ha expuesto, la sentencia estimatoria del TJUE es declarativa: no cabe la anulación del acto o norma al que se le imputa la violación ni la condena a actuaciones concretas. Ahora bien, el Estado demandado «estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal» (art. 260.1 TFUE). Si, a juicio de la Comisión, no lo hiciere, ésta podrá recurrir nuevamente al TJUE, que podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva (art. 260.2 TFUE).

5.1.5. La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea —FRA (*European Union Agency for Fundamental Rights*)—, creada por el Reglamento (CE) n.º 168/2007⁹⁸³, sucedió en 2007 al Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia⁹⁸⁴. Con personalidad jurídica propia y sede en Viena (art. 23.1 y 5 del Reglamento (CE) n.º 168/2007), la Agencia no es en sentido estricto un mecanismo de tutela, sino una agencia especializada en derechos fundamentales que asesora a las instituciones de la UE y a los Estados miembros. De acuerdo con el art. 2 del Reglamento (CE) n.º 168/2007, el objetivo de la Agencia es proporcionar a las instituciones, órganos, organismos y agencias de la Unión y a los Estados

⁹⁸² Si la Comisión hubiera actuado a iniciativa de un Estado miembro, los párrafos tercero y cuarto del art. 259 TFUE prevén que pueda formular sus observaciones en un procedimiento contradictorio y le habilita para recurrir al TJUE si la Comisión no hubiera emitido el dictamen en el plazo de tres meses desde la fecha de la solicitud.

⁹⁸³ Reglamento (CE) n.º 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DO L 53 de 22.2.2007, p. 1. Para una valoración analítica de los primeros años de funcionamiento de la Agencia *vid.* PÉREZ BERNÁRDEZ, C., «La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sus sinergias con el Consejo de Europa», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 51, mayo-agosto 2015, pp. 573-594. *Vid.* también ALSTON, P. y DE SCHUTTER, O. (eds.), *Monitoring Fundamental Rights in the EU. The Contribution of the Fundamental Rights Agency*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2005; PÉREZ BERNÁRDEZ, C., «La Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA) en los mecanismos protectores del Estado de Derecho del artículo 7 y Pre-7 del TUE», en LIÑÁN NOGUERAS, D. J. y MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., *Estado de derecho y Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2018; PI LLORENS, M., «La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ¿Avance u oportunidad perdida?», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 27, mayo-agosto 2007; PI LLORENS, M., «La actuación de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en un marco transeuropeo», en PI LLORENS, M. y ZAPATER DUQUE, E. (coords.), *La dimensión exterior de las agencias del espacio de libertad, seguridad y justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

⁹⁸⁴ Creado en 1997, la función del Observatorio era la investigación sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo y la transferencia de dicho conocimiento a las instituciones comunitarias y Estados miembros. Reglamento (CE) n.º 1035/97 del Consejo, de 2 de junio de 1997, por el que se crea un Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, DO L 151 de 10.6.1997, p. 1.

miembros, cuando apliquen el Derecho de la Unión, ayuda y asesoramiento en materia de derechos fundamentales con el fin de ayudarles a respetarlos plenamente cuando adopten medidas o establezcan líneas de actuación en sus esferas de competencia.

Entre sus funciones específicas destaca la emisión de dictámenes sobre temas concretos para las instituciones de la Unión y los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, la publicación de un informe anual sobre los derechos fundamentales en la UE y la sensibilización de la opinión pública ante los derechos fundamentales (art. 4.1.d), e) y h) del Reglamento (CE) n.º 168/2007). El funcionamiento de la Agencia se basa en un principio de coordinación y cooperación no sólo con los Estados miembros y las instituciones de la Unión, sino también con el Consejo de Europa⁹⁸⁵, las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales e, incluso, con la sociedad civil⁹⁸⁶ (arts. 6 a 10 del Reglamento (CE) n.º 168/2007).

Desde el punto de vista orgánico, la Agencia, que debe realizar sus cometidos con total independencia (art. 16 del Reglamento (CE) n.º 168/2007), cuenta con un Consejo de Administración —órgano de programación y de vigilancia de la Agencia (art. 12 del Reglamento (CE) n.º 168/2007)—, un Consejo Ejecutivo —que prepara las decisiones del Consejo de Administración y ayuda y asesora al Director (art. 13 del Reglamento (CE) n.º 168/2007)—, un Comité Científico —garante de la calidad científica de los trabajos de la Agencia (art. 14 del Reglamento (CE) n.º 168/2007)— y un Director (art. 15 del Reglamento (CE) n.º 168/2007). Además, las actividades de la Agencia están sujetas a la supervisión del Defensor del Pueblo (art. 19 del Reglamento (CE) n.º 168/2007).

5.2. Mecanismos de tutela subjetiva.

A diferencia de los anteriores, los mecanismos de tutela subjetiva tienen por objeto la evaluación de vulneraciones de concretos derechos fundamentales en situaciones de hecho específicas aducidas por particulares. Se trata de los instrumentos de los que

⁹⁸⁵ Para un análisis de la relación de la Agencia con el Consejo de Europa *vid.* PÉREZ BERNÁRDEZ, C. (2015), *op. cit.*, pp. 594-610.

⁹⁸⁶ El art. 10 del Reglamento (CE) n.º 168/2007 articula la cooperación con los agentes de la sociedad civil a través de una «Plataforma de los derechos fundamentales» compuesta por organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos humanos, organizaciones sindicales y empresariales, organizaciones sociales y profesionales, iglesias, organizaciones religiosas, filosóficas y no confesionales, universidades y otros expertos cualificados de órganos y organizaciones europeas e internacionales.

dispone el Derecho de la Unión para restablecer al ciudadano o ciudadana en la integridad de su derecho.

La teoría clásica del Derecho constitucional vincula este problema al de las garantías de los derechos fundamentales, que, a su vez, pueden ser de tres tipos: normativas, institucionales y jurisdiccionales. En el ámbito de la Unión, las garantías normativas quedan reducidas, además de al carácter vinculante y la primacía del Derecho de la Unión, a las previstas en el art. 52.1 CDFUE: las limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades de la Carta deben ser establecidas por ley, que deberá respetar su contenido esencial, y ser proporcionales, necesarias y constituir una respuesta efectiva a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. A continuación profundizaremos en las garantías institucionales (el Defensor del Pueblo Europeo) y en las garantías jurisdiccionales.

5.2.1. Las garantías institucionales de los derechos: el Defensor del Pueblo Europeo.

Creado por el Tratado de Maastricht⁹⁸⁷, el Defensor del Pueblo Europeo (art. 228 TFUE)⁹⁸⁸ es el órgano encargado de fiscalizar la actuación de las instituciones, órganos y organismos de la Unión y, a tal efecto, investigar y actuar contra los casos de mala administración, entre los que se pueden encontrar cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales⁹⁸⁹. Su ámbito de actuación se extiende a la acción de toda institución, órgano y organismo de

⁹⁸⁷ Art. 138 E TCE, añadido por el art. G.41 del Tratado de Maastricht.

⁹⁸⁸ Para profundizar en la figura del Defensor del Pueblo Europeo *vid.* CARMONA Y CHOUSAT, J. F., *El defensor del pueblo europeo*, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, Madrid, 2000, y MELLADO PRADO, P., «El Defensor del Pueblo Europeo, quince años después», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 26, 2010.

⁹⁸⁹ Según MELLADO PRADO «pueden someterse al Defensor del Pueblo no sólo las cuestiones referidas a la actuación administrativa ordinaria de la Administración comunitaria, sino también las derivadas de la vulneración de los derechos y libertades fundamentales, en general, y de los derechos específicos del ciudadano europeo, en particular, con independencia de que dicha vulneración se produzca por una acción o por una omisión o “no resolución”». MELLADO PRADO, P., *op. cit.*, p. 197. De este modo, en su primer informe anual al Parlamento Europeo (1995) el Defensor del Pueblo afirmó: «Ni en el Tratado ni en el Estatuto se define la noción de “mala administración”. Es evidente que se puede hablar de mala administración si una Institución u órgano comunitario incumple los Tratados y los actos comunitarios vinculantes o si no respeta las regulaciones y principios de derecho establecidos por el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia. Por ejemplo, *el Defensor del Pueblo europeo ha de tener en cuenta la exigencia contemplada en el artículo F del Tratado de la Unión Europea por el cual las Instituciones y órganos comunitarios han de respetar los derechos fundamentales* [cursiva nuestra]. La mala administración engloba otras muchas prácticas como, por ejemplo: irregularidades administrativas, omisiones administrativas, abusos de poder, negligencias, procedimientos ilícitos, favoritismos, casos de disfuncionamiento o incompetencia, discriminaciones, retrasos injustificados, falta de información o negativa a facilitar información». El Defensor del Pueblo Europeo. Informe para el año 1995, recuperado de: <<https://www.ombudsman.europa.eu/es/publication/es/3468>>, p. 9.

la Unión, excepto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los Tribunales especializados— en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales (sí, por tanto, en asuntos contractuales o de personal) (art. 228.1 TFUE).

El Defensor del Pueblo Europeo es elegido por el Parlamento Europeo después de su constitución y para toda la legislatura, siendo su mandato renovable (art. 228.2 TFUE). Puede ser elegido Defensor del Pueblo todo ciudadano de la Unión que se encuentre en el pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos, ofrezca plenas garantías de independencia y reúna las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones jurisdiccionales o posea experiencia y competencia notorias para el ejercicio de las funciones de Defensor del Pueblo (art. 6.2 de la Decisión 94/262/CECA, CE, Euratom).

De modo análogo a la figura del Defensor del Pueblo nacional, el europeo se configura como una especie de comisionado del Parlamento Europeo: es nombrado por esta institución y a ella le corresponde la petición para que el TJUE proceda a su destitución en caso de falta grave o de incumplimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones (art. 228.2 TFUE). Al Parlamento Europeo corresponde también la aprobación de su Estatuto⁹⁹⁰ y de las condiciones generales del ejercicio de sus funciones (art. 228.4 TFUE⁹⁹¹). Además, puede recibir reclamaciones de eurodiputados y el Parlamento Europeo es destinatario tanto de los informes anuales del Defensor del Pueblo sobre el resultado de sus investigaciones como de todos aquéllos emitidos durante la instrucción de las reclamaciones (art. 228.1 TFUE). La sede del Defensor del Pueblo europeo se encuentra, precisamente, en la del Parlamento Europeo en Estrasburgo (art. 13 de la Decisión 94/262/CECA, CE, Euratom).

El Defensor del Pueblo debe ejercer sus funciones con independencia y no puede solicitar ni admitir instrucciones de ningún gobierno, institución, órgano u organismo.

⁹⁹⁰ Decisión 94/262/CECA, CE, Euratom, del Parlamento Europeo, de 9 de marzo de 1994, sobre el estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales para el ejercicio de sus funciones, DO L 113 de 4.5.1994, p. 15, modificada por la Decisión 2002/262/CE, CECA, Euratom, del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2002, por la que se modifica la Decisión 94/252/CECA, CE, Euratom sobre el estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales de ejercicio de sus funciones, DO L 92 de 9.4.2002, p. 13, y por la Decisión 2008/587/CE, Euratom, del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, por la que se modifica la Decisión 94/262/CECA, CE, Euratom, sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones, DO L 189 de 17.7.2008, p. 25.

⁹⁹¹ El art. 228.4 TFUE establece que dicha función debe ejercerse mediante reglamentos adoptados por propia iniciativa, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, previo dictamen de la Comisión y con la aprobación del Consejo.

Durante su mandato no puede desempeñar ninguna otra actividad profesional, retribuida o no (art. 228.3 TFUE). Puede iniciar una investigación relativa a casos de mala administración —salvo que los hechos sean o hayan sido objeto de un procedimiento jurisdiccional— por su propia iniciativa, a petición de un diputado del Parlamento Europeo o por recepción de una reclamación de cualquier ciudadano de la Unión o persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, a quienes debe mantener informados durante la instrucción de la reclamación (art. 228.1 TFUE)⁹⁹². El recurso al Defensor del Pueblo Europeo se configura como un derecho de la ciudadanía de la Unión (art. 20.2.d) y 24 TFUE y 43 CDFUE).

El Defensor del Pueblo debe buscar con la institución u órgano afectado, en la medida de lo posible, una solución que permita eliminar los casos de mala administración y satisfacer la reclamación del demandante (art. 3.5 de la Decisión 94/262/CECA, CE, Euratom). Si ello no es posible, pondrá en conocimiento de la institución, órgano u organismo afectado el caso de mala administración y le formulará proyectos de recomendaciones, concediéndole un plazo de tres meses para la presentación de un informe detallado (art. 228.1, segundo párrafo, TFUE y art. 3.6 de la Decisión 94/262/CECA, CE, Euratom).

A continuación, remitirá un informe —que puede incluir recomendaciones— al Parlamento Europeo y a la institución, órgano u organismo interesado, informando al particular reclamante del resultado de las investigaciones, del informe motivado presentado por la institución u órgano afectado y, en su caso, de las recomendaciones formuladas por el Defensor del Pueblo (art. 228.1, segundo párrafo, TFUE y art. 3.7 de la Decisión 94/262/CECA, CE, Euratom). Las instituciones y órganos comunitarios, así como los Estados miembros, están obligados a facilitar al Defensor del Pueblo las informaciones requeridas y darle acceso a la documentación relativa al caso (art. 3.2 y 3 de la Decisión 94/262/CECA, CE, Euratom).

El Defensor del Pueblo, en definitiva, es un órgano importante que contribuye a la tutela subjetiva de los derechos fundamentales en el ámbito de la UE, pero que no ostenta

⁹⁹² Debe tenerse en cuenta que las reclamaciones presentadas al Defensor del Pueblo no interrumpen los plazos de recurso fijados en los procedimientos judiciales o administrativos (art. 2.6 de la Decisión 94/262/CECA, CE, Euratom).

legitimación para recurrir al TJUE —no es en sentido estricto una institución de la UE (art. 13.1 TUE)— y cuyas resoluciones carecen de efectos vinculantes: no atribuyen ni niegan derechos, no pueden anular decisiones de las instituciones y órganos de la UE ni tampoco pueden obligar a éstos a indemnizar al reclamante⁹⁹³.

5.2.2. Las garantías jurisdiccionales de los derechos.

El sistema judicial de la UE se fundamenta en una doble premisa. Por un lado, el juez nacional es también juez de la Unión, por lo que a él le compete en primera instancia y con carácter general la efectiva aplicación del Derecho de la Unión y, por tanto, también la tutela de los derechos fundamentales de la ciudadanía —los proclamados en la CDFUE y los que se derivan de los principios generales del Derecho de la Unión—, si bien esta obligación la debe cumplir en cooperación con el TJUE a través de la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE)⁹⁹⁴.

Por otro lado, en la cúspide del sistema judicial de la Unión se encuentra el TJUE —intérprete último pero no único del Derecho de la Unión—, que conoce de un limitado número de recursos tendentes a garantizar, *in genere*, el respeto del Derecho de la Unión en la interpretación y aplicación de los Tratados (art. 19.1 TUE). En este sentido, ya se ha anticipado que no existe ningún recurso jurisdiccional específico ante el TJUE que tenga por objeto la salvaguardia de los derechos fundamentales proclamados en la CDFUE, por lo que la alegación de una violación de derechos deberá ir acompañada de la de otra norma de Derecho de la Unión (*ex art.* 51.1 CDFUE).

A partir de esta doble premisa se pueden clasificar en dos categorías los diferentes recursos jurisdiccionales en los que se puede conseguir, indirectamente, la tutela subjetiva de un derecho fundamental: recursos directos —si el particular ostenta legitimación activa— y recursos indirectos —si carece de dicha legitimación—. En ambos casos los recursos jurisdiccionales controlan la validez de los actos procedentes de las propias instituciones de la UE.

⁹⁹³ MELLADO PRADO, P., *op. cit.*, p. 224.

⁹⁹⁴ UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., «La tutela judicial de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación nacional del Derecho de la Unión Europea. Recientes acotaciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional español», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, p. 396.

5.2.2.1. Recursos jurisdiccionales directos.

En los recursos jurisdiccionales directos el propio ciudadano o ciudadana que considera lesionado un derecho fundamental ostenta legitimación activa para recurrir ante el TJUE: se trata del recurso de anulación, el recurso por omisión y la excepción de ilegalidad.

5.2.2.1.1. El recurso de anulación.

El recurso de anulación (arts. 263 y 264 TFUE) atribuye al TJUE la función de controlar la legalidad de los siguientes actos de Derecho de la Unión: actos legislativos; actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones ni dictámenes; y actos del Parlamento Europeo, del Consejo Europeo y de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros⁹⁹⁵ (art. 263, primer párrafo, TFUE). Se trata, por tanto, de normas de Derecho derivado, no pudiendo ser objeto de un recurso por incumplimiento los preceptos de Derecho originario. En concreto, el TJUE debe pronunciarse sobre la incompetencia de la institución u órgano que adoptó el acto, los vicios sustanciales de forma, la violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución y la desviación de poder (art. 263, segundo párrafo, TFUE).

En cuanto la vulneración de derechos fundamentales constituye una «violación de los Tratados» —en concreto, de la CDFUE, como derechos subjetivos, y de los arts. 2 y 6.3 TUE desde su dimensión objetiva—, el recurso de anulación puede servir a los particulares para demandar la tutela de un derecho fundamental vulnerado por una institución, órgano u organismo de la Unión, si bien deberá alegarse igualmente la violación de otra norma de Derecho de la Unión, por exigencia del art. 51.1 CDFUE.

La legitimación corresponde, en primer lugar, a los Estados miembros, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (art. 263, segundo párrafo, TFUE). Estas instituciones son conocidas como «demandantes privilegiados» porque no se les exige la prueba de ningún interés particular en la anulación del acto. En segundo lugar, también

⁹⁹⁵ Respecto a estos últimos, el art. 263, quinto párrafo, TFUE establece que «[l]os actos por los que se crean los órganos y organismos de la Unión podrán prever condiciones y procedimientos específicos para los recursos presentados por personas físicas o jurídicas contra actos de dichos órganos u organismos destinados a producir efectos jurídicos frente a ellos».

están legitimados el Tribunal de Cuentas, el Banco Central Europeo y el Comité de las Regiones, siempre y cuando interpongan el recurso para salvaguardar sus prerrogativas (art. 263, tercer párrafo, TFUE). En tercer lugar, puede interponer un recurso de anulación toda persona física o jurídica «contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios [actos de alcance general no legislativos⁹⁹⁶] que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución» (art. 263, cuarto párrafo, TFUE).

Entre los actos contra los cuales puede recurrir la ciudadanía cabe encontrar, como se ha expuesto, aquellos que produzcan una lesión a un derecho fundamental. El acceso de los particulares al TJUE mediante el recurso de anulación queda, como se aprecia, muy restringido:

Debido a la exigencia de afectación individual respecto de las decisiones de las que no son destinatarios y a la rigurosa interpretación de ese requisito procesal por el TJUE, el acceso a la jurisdicción comunitaria de los particulares puede resultar más restringido que en algunas jurisdicciones internas⁹⁹⁷.

La posibilidad de que un acto afecte directa e individualmente a una persona sin ser destinataria del mismo deriva principalmente de su carácter normativo⁹⁹⁸. La afectación directa exige que el acto produzca efectos directos en la situación jurídica del particular sin permitir ninguna facultad de apreciación a los destinatarios encargados de su aplicación, por tener un carácter automático y derivarse de la normativa de la Unión sin intervención de normas intermedias⁹⁹⁹. La afectación individual, por su parte, implica que el acto afecta de manera específica al particular como consecuencia de sus cualidades o de una situación de hecho que lo caracteriza frente a los demás y, de este modo, lo individualiza de manera análoga a la del destinatario¹⁰⁰⁰.

El recurso debe interponerse en el plazo de dos meses a partir de la publicación del acto, de su notificación al recurrente o, en su defecto, desde el día en que éste haya tenido conocimiento del mismo (art. 263, sexto párrafo, TFUE). Si el recurso estuviera fundado, el

⁹⁹⁶ BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J., *op. cit.*, p. 249.

⁹⁹⁷ ARZOZ SANTISTEBAN, X., «El control de validez de los actos de las instituciones de la UE», en LÓPEZ CASTILLO, A. (dir.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Volumen II. Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 167.

⁹⁹⁸ BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J., *op. cit.*, p. 248.

⁹⁹⁹ BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J., *op. cit.*, p. 248.

¹⁰⁰⁰ BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J., *op. cit.*, p. 248.

TJUE declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado (efectos *ex nunc*), si bien puede indicar aquellos efectos del acto declarado nulo que deban ser considerados como definitivos (efectos *ex tunc*) (art. 264 TFUE).

La sentencia tiene efectos declarativos, *erga omnes* y de cosa juzgada, estando la institución, órgano u organismo del que emane el acto anulado obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del TJUE (art. 266, primer párrafo, TFUE). Si no fuera posible la eliminación de los efectos jurídicos desplegados por el acto desde el momento de la anulación, sería procedente una indemnización para la reparación de los daños causados (art. 340, segundo párrafo, TFUE, *ex art.* 266, segundo párrafo, TFUE).

5.2.2.1.2. El recurso por omisión.

La violación del Derecho de la Unión —incluidos los derechos fundamentales garantizados en su órbita— puede proceder también de una omisión de las instituciones europeas. En este sentido, el recurso por omisión (art. 265 TFUE) tiene por objeto un incumplimiento de una obligación de actuación que viola una norma de Derecho de la Unión (originario o derivado) por parte de una institución, órgano u organismo de la Unión.

La legitimación activa corresponde, de manera privilegiada —sin necesidad de justificación de un interés particular en el asunto— a los Estados miembros y a las instituciones de la Unión. En ese caso pueden ser demandados el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión y el Banco Central Europeo (art. 265, primer párrafo, TFUE).

Asimismo, las personas físicas o jurídicas podrán interponer un recurso por omisión cuando una institución, órgano u organismo de la Unión no les hayan dirigido un acto —distinto de las recomendaciones y dictámenes— que venían obligados a adoptar (art. 265, tercer párrafo, TFUE). El acto omitido debía haber producido efectos jurídicos *ad extra*¹⁰⁰¹ y, de manera análoga al recurso de anulación, haber tenido por destinatario o afectado directa e individualmente al particular¹⁰⁰². La legitimación pasiva corresponde en este caso a cualquier institución, órgano u organismo de la Unión (art. 265, tercer párrafo, TFUE).

¹⁰⁰¹ BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J., *op. cit.*, p. 257.

¹⁰⁰² BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J., *op. cit.*, p. 259.

Previamente a la interposición del recurso el segundo párrafo del art. 265 TFUE exige que se requiera la actuación de la institución, órgano u organismo afectado. Si transcurridos dos meses desde el requerimiento no hubieran definido su posición, se abre otro plazo de dos meses para recurrir al TJUE.

La sentencia estimatoria tiene efectos declarativos de la abstención de la institución, órgano u organismo contraria a los Tratados (art. 265, primer párrafo, TFUE), estando éstos obligados a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia (art. 266, primer párrafo, TFUE) o, en su defecto, a reparar el daño causado (art. 340, segundo párrafo, TFUE, *ex art.* 266, segundo párrafo, TFUE).

5.2.2.1.3. La excepción de ilegalidad.

La excepción de ilegalidad (art. 277 TFUE) no es un recurso en sentido estricto, sino un procedimiento incidental que puede plantearse durante la sustanciación de otro recurso jurisdiccional —fundamentalmente, el de anulación—, cuando una de las partes del litigio (también los particulares) considera que un acto de alcance general adoptado por una institución, órgano u organismo de la Unión, aplicable al caso, viola el Derecho de la Unión por los mismos motivos que pueden fundamentar el recurso de anulación: incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución y desviación de poder (art. 263, segundo párrafo, TFUE, *ex art.* 277 TFUE).

Este recurso permite controlar la validez de los actos de alcance general de la Unión por medio de la impugnación de los actos de aplicación de éstos, incluso una vez transcurrido el plazo de dos meses del recurso de anulación (art. 263, sexto párrafo, TFUE, *ex art.* 277 TFUE). El acto de alcance general cuya validez se cuestiona debe constituir, por tanto, la base jurídica del acto objeto del recurso principal. De este modo, los particulares pueden encontrar en la excepción de ilegalidad una vía para impugnar la validez de los actos de alcance general de la Unión sin necesidad de sujetarse a los estrictos requisitos que se exigen para su legitimación en el recurso de anulación.

La sentencia estimatoria de una excepción de ilegalidad tiene por efecto la inaplicabilidad del acto de alcance general al concreto asunto litigioso —no su declaración de nulidad— y la anulación de acto de aplicación de éste, por lo que sólo produce efectos *inter partes*.

5.2.2.2. Recursos jurisdiccionales indirectos: la cuestión prejudicial.

El TJUE es la institución de la UE que tiene como misión garantizar el respeto del Derecho de la Unión en la interpretación y aplicación de los Tratados (art. 19.1 TUE). Ello exige, por un lado, la articulación de mecanismos de recurso directo ante el TJUE en caso de una supuesta vulneración del Derecho de la Unión, bien por parte de los Estados miembros (recurso por incumplimiento), bien por parte de las propias instituciones de la Unión (recurso de anulación, por omisión o excepción de ilegalidad).

Por otro lado, el TJUE debe también procurar que dicha «interpretación y aplicación de los Tratados» —en sentido amplio: del Derecho de la Unión— sea uniforme en todos los Estados miembros, y, dado que quien debe garantizar la efectiva y correcta aplicación del Derecho de la Unión en primera instancia son los órganos judiciales nacionales, es necesario un mecanismo de cooperación entre aquéllos y el TJUE: la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE).

La cuestión prejudicial es un procedimiento incidental —con efectos suspensivos del procedimiento principal— que se plantea cuando un órgano judicial nacional, al tener que aplicar una norma de Derecho de la Unión al concreto asunto litigioso que le ha sido sometido, duda, en lo concerniente a dicho caso, sobre la interpretación de los Tratados o sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión (art. 267, primer párrafo, TFUE). El órgano jurisdiccional debe en esa situación requerir al TJUE para que se pronuncie con carácter prejudicial sobre la interpretación o validez de esa norma de Derecho de la Unión que debe aplicar al caso y cuya duda considera que debe ser resuelta para poder emitir su fallo (art. 267, segundo párrafo, TFUE).

Las cuestiones prejudiciales pueden ser, por tanto, de dos tipos: de interpretación o de validez. En las cuestiones prejudiciales de interpretación el TJUE puede determinar el contenido y alcance de cualquier norma que forme parte del ordenamiento jurídico de la Unión, tanto de Derecho originario («los Tratados») como de Derecho derivado («los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión»). En las cuestiones prejudiciales de validez, por su parte, se contrastan las normas de Derecho derivado con los Tratados, esto es, se trata de determinar si los actos normativos dictados por las

instituciones de la Unión han cumplido con las exigencias, formales y materiales, impuestas por el Derecho originario.

Corresponde al órgano jurisdiccional nacional¹⁰⁰³, según su propio criterio¹⁰⁰⁴, la decisión sobre la interposición de la cuestión prejudicial, si bien se prevé que el recurso al TJUE sea obligatorio cuando las decisiones del juez nacional no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno (art. 267, tercer párrafo, TFUE). Asimismo, se establece que si en el asunto litigioso está implicada una persona privada de libertad, el TJUE se pronunciará a la mayor brevedad posible (art. 267, cuarto párrafo, TFUE).

La posibilidad del particular de conseguir la reparación de su derecho fundamental vulnerado se articula a través de la integración de la interpretación efectuada por el TJUE en la sentencia dictada por el juez nacional:

La eficacia del procedimiento prejudicial como mecanismo de protección de derechos fundamentales [...] reside [...] en el valor ejecutivo de la sentencia del juez nacional, que hace de la normatividad interpretada por el TJUE, y por lo general formulada de manera hipotética, una auténtica regla aplicable, como mínimo, al caso concreto [...]. Los derechos de la Carta, invocados por litigantes particulares, [...] alcanzan así su protección, confirmando que las remisiones prejudiciales ayudan a construir el espacio europeo de derechos fundamentales¹⁰⁰⁵.

Ahora bien, se trata de un recurso indirecto porque, si bien el particular puede instar al juez a que presente la cuestión prejudicial, corresponde exclusivamente a éste la decisión.

Igualmente, y como ha venido reiterándose, para que la evaluación sobre la violación del derecho fundamental sea posible, debe también concurrir en el caso una violación de otra norma de Derecho de la Unión: según el TJUE,

[e]n lo relativo a las peticiones de decisión prejudicial que se refieren a la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, es preciso recordar que, con arreglo a su artículo 51, apartado 1, las disposiciones de esta Carta están dirigidas a los Estados miembros

¹⁰⁰³ Se considera órgano jurisdiccional todo aquél calificado como tal por el Derecho interno y todos aquellos órganos permanentes creados por ley, con competencia obligatoria y que fundamenten sus decisiones en la aplicación de normas jurídicas tras un procedimiento contradictorio. BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J., *op. cit.*, p. 271.

¹⁰⁰⁴ No obstante, la doctrina del «acto claro» formulada por el TJUE considera que no es necesario recurrir al mecanismo prejudicial cuando la cuestión planteada en el proceso es irrelevante, ya ha sido interpretada por el TJUE o cuando la correcta aplicación de la norma de Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a ninguna duda razonable, siempre que el órgano *a quo* considere que esa misma evidencia se impondría a los jueces de otros Estados miembros y al propio TJUE. BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J., *op. cit.*, p. 272.

¹⁰⁰⁵ RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., *op. cit.*, p. 940.

únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Aunque los supuestos en los que se produce tal aplicación pueden ser muy variados, es preciso, sin embargo, que de la petición de decisión prejudicial se desprenda de modo claro e inequívoco que una norma de Derecho de la Unión distinta de la Carta es aplicable al asunto controvertido en el litigio principal. Como el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial cuando una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, *las disposiciones de la Carta* eventualmente invocadas por el órgano jurisdiccional remitente *no pueden fundar por sí solas esta competencia*¹⁰⁰⁶.

La sentencia dictada en una cuestión prejudicial de interpretación obligará al juez nacional a aplicar la norma cuestionada conforme a la interpretación ofrecida por el TJUE. Esta interpretación vinculará, además de al juez *a quo* (efectos *inter partes*), a los órganos judiciales de todos los Estados miembros (efectos *erga omnes*). Por su parte, la sentencia que estime una cuestión prejudicial de validez declarará con efectos *erga omnes* la invalidez del acto cuestionado, por lo que todos los órganos jurisdiccionales nacionales estarán obligados a inaplicar el acto declarado inválido¹⁰⁰⁷. No obstante, el acto no queda anulado, correspondiendo a la institución, órgano u organismo autor del mismo su derogación o modificación (*ex art. 266 TFUE*)¹⁰⁰⁸.

6. La función del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la Unión Europea.

La posición que ocupan los derechos fundamentales en la arquitectura constitucional de la UE no puede entenderse completamente sin un estudio de la función que en la misma ha desempeñado el CEDH y la doctrina elaborada por el TEDH al respecto, más allá del análisis que se ha efectuado *supra* sobre el orden público europeo del CEDH.

El CEDH, que fue ratificado por cada Estado miembro con anterioridad a su integración en la Unión, vino a desempeñar inicialmente el papel de catálogo básico de derechos de necesaria observancia por parte de la UE a través de su consideración como

¹⁰⁰⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales. DO C 380 de 8.11.2019, p. 1, recomendación n.º 10.

¹⁰⁰⁷ BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J., *op. cit.*, p. 275.

¹⁰⁰⁸ CIENFUEGOS MATEO, M., «La cuestión prejudicial en la Unión Europea», en LÓPEZ CASTILLO, A. (dir.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Volumen II. Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 342.

fuerza de determinación de los principios generales del Derecho comunitario. De ahí que el TJUE se haya referido reiteradamente a la jurisprudencia del TEDH para la concreción del estándar de protección de derechos a aplicar en su ámbito competencial, y de ahí también que, como corolario lógico a esta evolución, los Tratados prevean la necesaria adhesión de la UE al CEDH.

6.1. Los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos como principios generales del Derecho de la Unión.

Como se ha expuesto anteriormente, ante los recelos generados en los tribunales constitucionales de los Estados miembros (en especial, del alemán) por la ausencia de tutela de los derechos en los ámbitos competenciales transferidos a la Unión, el TJUE se vio en la obligación de reconocer a los derechos fundamentales, en la sentencia *Stauder*¹⁰⁰⁹, como parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto, en consecuencia, debía ser garantizado por el Tribunal de Justicia.

Tras afirmar en *Internationale Handelsgesellschaft mbH*¹⁰¹⁰ que aquellos derechos procedían de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, el TJUE añadió en *Nold*¹⁰¹¹, a esta fuente de determinación de los derechos, los tratados internacionales sobre derechos humanos y, en particular, el CEDH, cuya referencia se consolidará en *Rutili*¹⁰¹². Finalmente, la remisión a los derechos del CEDH como parte del Derecho de la Unión a través de la institución de los principios generales se positivizará en el Tratado de Maastricht, manteniéndose en el Derecho originario hasta el vigente art. 6.3 TUE.

Los derechos del CEDH, por tanto, deben inspirar, en cuanto que principios generales, la actuación de los poderes públicos de la Unión en el desarrollo de sus funciones ejecutivas, legislativas y judiciales y deben coadyuvar asimismo la interpretación del ordenamiento jurídico de la Unión. Esta función de inspiración, de máxima utilidad dada la importante jurisprudencia del TEDH sobre derechos humanos formulada desde su

¹⁰⁰⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-29/69, *cit.*

¹⁰¹⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-11/70, *cit.*

¹⁰¹¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-4/73, *cit.*

¹⁰¹² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-36/75, *cit.*

constitución en 1959, incide también en el ámbito de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta. Así, como se ha expuesto, el art. 52.3 CDFUE remite al CEDH para la determinación del sentido y alcance de los derechos coincidentes en ambas declaraciones y el art. 53 CDFUE prohíbe las interpretaciones de las disposiciones de la Carta que puedan limitar o lesionar los derechos reconocidos en, entre otros, el CEDH. Además, el quinto párrafo del preámbulo de la Carta establece que la misma

reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, [...] del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [...], así como de la jurisprudencia [...] del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Los derechos del CEDH también influyeron en la determinación y delimitación de aquéllos que serían incorporados a la Carta, lo que se refleja particularmente en sus Explicaciones. Así, se reproduce por su carácter ilustrativo la explicación del art. 2 (derecho a la vida):

1. El apartado 1 de este artículo se basa en la primera frase del apartado 1 del artículo 2 del CEDH, que dice lo siguiente:

«1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley...».

2. La segunda frase de esta disposición, que se refiere a la pena de muerte, quedó sin objeto a raíz de la entrada en vigor del Protocolo nº 6 del CEDH, cuyo artículo 1 dice lo siguiente:

«Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado».

Esta disposición constituye la base del apartado 2 del artículo 2 de la Carta.

3. Las disposiciones del artículo 2 de la Carta corresponden a las de los artículos mencionados anteriormente del CEDH y del Protocolo adicional. Tienen el mismo sentido y el mismo alcance, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 52 de la Carta. Así, debe considerarse que las definiciones «negativas» que figuran en el CEDH también figuran en la Carta:

a) Apartado 2 del artículo 2 del CEDH:

«La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima;

b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;

c) para reprimir, de acuerdo con la Ley, una revuelta o insurrección».

b) Artículo 2 del Protocolo nº 6 del CEDH:

«Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra; dicha pena solamente se aplicará en los casos previstos por dicha legislación y con arreglo a lo dispuesto en la misma...».

Finalmente, sobre el valor que, como consecuencia de lo expuesto anteriormente, debe atribuírsele al CEDH, la Abogada General Kokott afirmó en el procedimiento de dictamen 2/13 que

la obligación de cumplir los criterios y parámetros que para la tutela de los derechos fundamentales se derivan del CEDH tiene en la Unión rango constitucional. Por una parte, ello se deriva del artículo 6 TUE, apartado 3, cuando establece que los derechos fundamentales que garantiza el CEDH formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales. Por otra, a la hora de interpretar y aplicar la Carta de los Derechos Fundamentales [...], ha de tenerse en cuenta que, en virtud del principio de homogeneidad recogido en la primera frase del apartado 3 del artículo 52 de la Carta, el CEDH tiene la consideración de nivel mínimo a respetar en la tutela de los derechos fundamentales a escala de la Unión¹⁰¹³.

6.2. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sobre la relación entre el TEDH y el TJUE¹⁰¹⁴, esto es, entre la jurisdicción y jurisprudencia de aquél y las de éste, deben distinguirse dos dimensiones. Por un lado, la incorporación de la doctrina sobre los derechos fundamentales elaborada por cada uno de ellos en la jurisprudencia del otro, en lo que podría denominarse un «diálogo doctrinal» de observancia y aprendizaje mutuo. Por otro lado, las respuestas que han ofrecido ambos a los problemas surgidos con ocasión de sus respectivos ámbitos de competencias, en una especie de «diálogo competencial»; en concreto, los límites o condicionamientos dentro de los cuales el TEDH puede revisar la conformidad con el CEDH de normas comunitarias y las posibilidades del TJUE de revisar dicha conformidad respecto de actos estatales cuyo enjuiciamiento correspondería, *prima facie*, a aquél.

En relación con el primer asunto, desde el punto de vista de la elaboración de una doctrina europea sobre derechos fundamentales la jurisprudencia del TEDH ha influido y sigue influyendo decisivamente en la del TJUE. Su jurisprudencia constituyó el principal referente del TJUE respecto a la construcción de un estándar de protección de los

¹⁰¹³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, opinión de la Abogada General Juliane Kokott, (...) procedimiento de dictamen 2/13, *cit.*, apdo. 203.

¹⁰¹⁴ El diálogo entre el TEDH y el TJUE fue reconocido por la Declaración 2 aneja al acta final de la conferencia intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa: «[L]a Conferencia toma nota de que existe un diálogo regular entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, diálogo que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio».

derechos¹⁰¹⁵ incluso antes de que el art. 52.3 CDFUE remitiera al CEDH para la determinación del sentido y el alcance de los derechos coincidentes en ambos instrumentos: «[L]a jurisprudencia del TJUE es una prueba consistente de la presencia y consideración del CEDH, hasta el punto de que lo juzgado por el TEDH se ha convertido en un referente trascendental y en una pieza importante del sistema»¹⁰¹⁶.

Como ha podido comprobarse en el Capítulo 4, el TJUE tiene muy presente en sus resoluciones la doctrina elaborada por el Tribunal de Estrasburgo respecto de cada uno de los derechos fundamentales implicados en los concretos casos planteados. No obstante, la influencia del TEDH en las respuestas del TJUE no se traduce necesariamente en una aceptación automática de la misma: como afirma RODRÍGUEZ, el TJUE construye un estándar de protección de los derechos fundamentales propio de la Unión, que parte del diseñado por el CEDH pero que puede separarse posteriormente de él, por lo que las coincidencias entre ambos estándares se deben no a la aplicación directa del estándar del Convenio sino a la influencia que éste haya podido ejercer en la elaboración del estándar europeo¹⁰¹⁷.

Por otra parte, la jurisprudencia del TEDH ha sido utilizada en ocasiones como prueba o causa justificativa para exceptuar o matizar la aplicación de una norma de Derecho de la Unión en caso de que pudiera derivarse de ella una violación sistemática de los derechos fundamentales de la Carta en un Estado miembro. De este modo, en la sentencia *N. S. y otros*¹⁰¹⁸ la constatación de esta situación por parte de una sentencia del

¹⁰¹⁵ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, R., *op. cit.*, p. 604. Esta autora considera que el orden público europeo sería una «categoría *sui generis* de *ius cogens* europeo en materia de derechos fundamentales, cuyo referente normativo es el [CEDH], y su fuente de determinación, la jurisprudencia del [TEDH]», y que, al integrarse en el ordenamiento comunitario, adquiriría las características propias del Derecho de la Unión sin perder las deficiencias propias de su construcción jurisprudencial. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, R., *op. cit.*, pp. 604-610.

¹⁰¹⁶ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, p. 140.

¹⁰¹⁷ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 318-320.

¹⁰¹⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, *cit.* El TJUE rechaza la aplicación automática del Reglamento (CE) n.º 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país (DO L 50 de 25.2.2003, p. 1), basada en una presunción *iuris et de iure* de que el Estado miembro al que se le encomienda el examen de una solicitud de asilo respeta los derechos fundamentales, cuando no pueda ignorar que las deficiencias sistémicas del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes (apdo. 106). A esta conclusión llegó igualmente la sentencia del TEDH *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 30696/09, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0121JUD003069609, apdos. 358, 360 y 367), citada en el apartado 88 de esta sentencia del TJUE para reforzar su posición.

TEDH constituyó un «indicio privilegiado»¹⁰¹⁹ para activar esta excepción, y en el asunto *Aranyosi y Căldăraru*¹⁰²⁰ la existencia de esta sentencia parece ya convertirse en una condición imprescindible para dicha activación¹⁰²¹.

Por su parte, la jurisprudencia del TJUE ha sido utilizada por el TEDH como complemento o refuerzo a su argumentación. Así, como apunta MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES¹⁰²², el TEDH tuvo en cuenta, en el asunto *Marckx*¹⁰²³ —relativo a la discriminación en Bélgica de los hijos extramatrimoniales en relación con los matrimoniales y de las madres solteras en relación con las casadas—, lo afirmado por el TJUE respecto a la naturaleza jurídica y la efectividad de las sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales

¹⁰¹⁹ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, p. 140.

¹⁰²⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, *Aranyosi y Căldăraru*, de 5 de abril de 2016, ECLI:EU:C:2016:198.

¹⁰²¹ En esta sentencia el TJUE desarrolla las condiciones que deben concurrir para que un Estado miembro pueda oponerse a la ejecución de una orden de detención europea conforme a la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190 de 18.7.2002, p. 1), en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009 (DO L 81 de 27.3.2009, p. 24). Una de estas condiciones es que «la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución disponga de elementos que acrediten un riesgo real de que se inflija un trato inhumano o degradante a las personas encarceladas en el Estado miembro emisor» (apdo. 88). Para ello, la autoridad judicial de ejecución debe basarse en «elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados relativos a las condiciones de reclusión imperantes en el Estado miembro emisor que demuestren la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas que afecten a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión. Esos elementos pueden proceder en particular de resoluciones judiciales internacionales, como las sentencias del TEDH, de resoluciones judiciales del Estado miembro emisor o de decisiones, informes u otros documentos elaborados por los órganos del Consejo de Europa o del sistema de las Naciones Unidas» (apdo. 89). Por ejemplo, en el caso concreto enjuiciado se analizaban dos órdenes de detención europea de un nacional húngaro y de un nacional rumano detenidos en Alemania, recordando al respecto el TJUE que el TEDH había condenado a ambos países por sobrepoblación carcelaria en sus prisiones: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sección segunda, demandas 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 y 64586/13, *Varga y otros c. Hungría*, de 10 de marzo de 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0310JUD001409712 (apdo. 43); sección tercera, demanda 22015/10, *Voicu c. Rumanía*, de 10 de junio de 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0610JUD002201510; sección tercera, demanda 13054/12, *Bujorean c. Rumanía*, de 10 de junio de 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0610JUD001305412; sección tercera, demanda 51318/12, *Constantin Aurelian Burlacu c. Rumanía*, de 10 de junio de 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0610JUD005131812; sección tercera, demanda 79857/12, *Mihai Laurențiu Marin c. Rumanía*, de 10 de junio de 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0610JUD007985712 (apdo. 60).

¹⁰²² MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del dialogo judicial leal con los Tribunales constitucionales y con el TEDH», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 39, 2017, p. 256.

¹⁰²³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pleno, demanda 6833/74, *Marckx c. Bélgica*, de 13 de junio de 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374.

supranacionales¹⁰²⁴. Del mismo modo, tomó en consideración el Derecho comunitario¹⁰²⁵ y la jurisprudencia del TJCE¹⁰²⁶ para evaluar si violaba el CEDH la expulsión por parte de Austria de un nacional búlgaro con antecedentes penales, menor de edad y con permiso de residencia permanente en ese país (asunto *Maslov*¹⁰²⁷).

Un caso igualmente relevante que ilustra la entrada de la jurisprudencia del TJUE y del Derecho de la Unión en el TEDH lo representa el asunto *Goodwin*¹⁰²⁸, en el que este tribunal tuvo que dilucidar si el rechazo del Reino Unido a la asignación a una mujer transexual de un nuevo número de afiliación a la seguridad social correspondiente a su nuevo sexo y a la concesión de una pensión de jubilación a la edad fijada para las trabajadoras (60 años), en vez de a la edad establecida para los trabajadores varones (65 años), constituía una violación del CEDH. Para ello, acudió a la jurisprudencia del TJUE en materia de discriminación sexual a los trabajadores transexuales¹⁰²⁹ y acabó reconociendo la vulneración de los derechos a la vida privada y al matrimonio (arts. 8 y 12 CEDH).

Este «diálogo doctrinal» no ha sido siempre, sin embargo, pacífico. Así, como apunta el mismo autor *supra* referenciado¹⁰³⁰, durante las décadas de 1980 y 1990 fueron varias las ocasiones en las que el TEDH corrigió la interpretación efectuada por el TJUE sobre determinados derechos fundamentales. Un ejemplo paradigmático lo encontramos

¹⁰²⁴ En concreto, se trataba de dilucidar si estas sentencias podían afectar (anular o derogar) al Derecho vigente en un Estado parte. Al respecto afirma el TEDH en el apartado 58 de la sentencia que el Tribunal de las Comunidades Europeas había manifestado que las consecuencias prácticas de cualquier decisión judicial deben ser detenidamente estudiadas, pero que sería imposible ir tan lejos como para disminuir la objetividad de la ley y comprometer su aplicación futura sobre la base de las posibles consecuencias que resultasen para los hechos pasados de una decisión judicial (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-43/75, *Defrenne*, de 8 de abril de 1976, ECLI:EU:C:1976:56, apdo. 71).

¹⁰²⁵ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DO L 229 de 29.6.2004, p. 35) (apdos. 41 y 82). Se cita también la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DO L 16 de 23.1.2004, p. 44) (apdo. 40).

¹⁰²⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, *cit.* (apdos. 43 y 93). Se cita también la sentencia C-503/03, *Comisión/España*, de 31 de enero de 2006, ECLI:EU:C:2006:74 (apdo. 44).

¹⁰²⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 1638/03, *Maslov c. Austria*, de 23 de junio de 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0623JUD000163803.

¹⁰²⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 28957/95, *Goodwin c. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002895795.

¹⁰²⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-13/94, *P/S y Cornwall County Council*, de 30 de abril de 1996, ECLI:EU:C:1996:170 (apdo. 43). Asimismo, el Reino Unido también invocó en su argumentación la sentencia del TJUE C-243/90, *The Queen/Secretary of State for Social Security*, de 4 de febrero de 1992, ECLI:EU:C:1992:54 (apdo. 68).

¹⁰³⁰ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *op. cit.*, p. 254-255.

en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas: mientras que en el caso *Hoechst* el TJUE rechazaba extender a los locales empresariales el derecho a la inviolabilidad del domicilio¹⁰³¹, el TEDH establecía justo lo contrario tres años más tarde en *Niemietz*¹⁰³², lo que condujo al TJUE a aceptar esta jurisprudencia y modificar su posición inicial en el asunto *Roquette Frères*¹⁰³³.

Respecto a las posibles interferencias entre los ámbitos competenciales del TEDH y el TJUE, la postura tradicional del TJUE ha sido la de reafirmar su incompetencia para controlar la compatibilidad con el CEDH de las normas nacionales pertenecientes al ámbito reservado a la apreciación del legislador nacional¹⁰³⁴, así como para pronunciarse sobre la relación entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y dicha declaración de derechos¹⁰³⁵.

Por su parte, los órganos de garantía del CEDH han transitado desde una primera posición de rechazo absoluto al control de la normativa y actuación comunitaria hacia posturas más favorables al mismo en aras de garantizar una mayor defensa de los derechos contemplados en el Convenio. La Comisión Europea de Derechos Humanos afirmó tempranamente que, dado que las Comunidades Europeas no eran parte contratante del CEDH, carecía de jurisdicción *ratione personae* para conocer de las demandas interpuestas contra ellas¹⁰³⁶. Además, en la decisión *M & Co c. República Federal de Alemania*¹⁰³⁷, este mismo órgano añadió que el CEDH no prohíbe a los Estados parte la transferencia de poderes a organizaciones internacionales, siempre que los derechos fundamentales reciban en las mismas una protección equivalente a la del Convenio. En ese sentido, considera que el ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas no sólo garantiza los

¹⁰³¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados C-46/87 y C-227/88, *cit.*, apdo. 17.

¹⁰³² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 13710/88, *Niemietz c. Alemania*, de 16 de diciembre de 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:1216JUD001371088, apdos. 29 a 31.

¹⁰³³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-94/00, *Roquette Frères*, de 22 de octubre de 2002, ECLI:EU:C:2002:603, apdo. 29

¹⁰³⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados C-60/84 y C-61/84, *Cinéthèque*, de 11 de julio de 1985, ECLI:EU:C:1985:329, apdo. 26.

¹⁰³⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-617/10, *Åkerberg Fransson*, de 26 de febrero de 2013, ECLI:EU:C:2013:105, apdos. 44 y 49.

¹⁰³⁶ Comisión Europea de Derechos Humanos, demanda 8030/77, *Confédération Française Démocratique du Travail c. Comunidades Europeas*, decisión de admisibilidad de 10 de julio de 1978, ECLI:CE:ECHR:1978:0710DEC000803077, p. 240.

¹⁰³⁷ Comisión Europea de Derechos Humanos, demanda 13258/87, *M. & Co. c. República Federal de Alemania*, decisión de admisibilidad de 9 de febrero de 1990, ECLI:CE:ECHR:1990:0209DEC001325887.

derechos fundamentales sino que también prevé el control de su observancia. Ahora bien, en ningún caso la transferencia de competencias excluye la obligación de los Estados de garantizar los derechos del CEDH en relación con el ejercicio de los poderes transferidos: los Estados parte son responsables de todos los actos y omisiones de sus órganos internos que presuntamente violen el CEDH, independientemente de si el acto u omisión son consecuencia del Derecho nacional o de la necesidad de cumplir con sus obligaciones internacionales.

Siguiendo la línea trazada por la Comisión Europea de Derechos Humanos, el TEDH comenzó a enjuiciar violaciones de derechos derivadas, directa o indirectamente, de actos o normas de la Unión, consolidando así el criterio de que los Estados parte del Convenio son enteramente responsables de sus actos, con independencia de que éstos se deban al cumplimiento del Derecho interno o de obligaciones que resultan de su pertenencia a organizaciones internacionales como la UE¹⁰³⁸. En algunas ocasiones llegó incluso a aceptar una vía indirecta de vigilancia del Derecho de la Unión consistente en enjuiciar actos de las instituciones europeas en recursos interpuestos contra todos los Estados miembros de la Unión —que son también parte del CEDH—¹⁰³⁹.

¹⁰³⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demandas 15773/89 y 15774/89, *Piermont c. Francia*, de 27 de abril de 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:0427JUD001577389; demanda 24833/94, *Matthews c. Reino Unido*, de 18 de febrero de 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0218JUD002483394. En el primer caso, la señora Piermont, ciudadana alemana y diputada en el Parlamento Europeo, participó en diversos actos de protesta de índole independentista y antinuclear en la Polinesia francesa, a la que había acudido por invitación de partidos políticos locales. Por suponer un atentado contra la neutralidad política por parte de una extranjera, este territorio de ultramar francés le dictó una orden de expulsión y prohibición de entrada y, cuando se dirigió a otro territorio de esta naturaleza, Nueva Caledonia, se le prohibió igualmente la entrada. Para resolver el caso, el TEDH tuvo que analizar e interpretar los Tratados comunitarios —en relación con la libertad de circulación de los nacionales de las Comunidades— y el estatuto de los europarlamentarios para acabar determinando que no se había producido una vulneración de la libertad de circulación (art. 2 del Protocolo n.º 4 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en el primer Protocolo adicional al Convenio. Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963), pero sí de la libertad de expresión (art 10 CEDH). En el segundo caso, el TEDH determinó que la actuación del Reino Unido consistente en no convocar elecciones al Parlamento Europeo en Gibraltar, y consiguientemente no otorgar a su ciudadanía el derecho de sufragio en dichas elecciones, suponía una violación del art. 3 del Protocolo n.º 1, aunque esta actuación estuviera motivada por el cumplimiento de normas comunitarias (Decisión 76/787/CECA, CEE, Euratom, del Consejo, de 20 de septiembre de 1976, y Acta relativa a la elección de los diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal directo, aneja a aquélla —DO L 278 de 8.10.1976, p. 1—).

¹⁰³⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 56672/00, *Senator Lines GmbH c. Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, España, Suecia y Reino Unido*, decisión de admisibilidad de 10 de marzo de 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0310DEC005667200. No obstante, finalmente la demanda fue inadmitida porque la multa impuesta por la Comisión que era objeto de discusión había sido anulada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas y, por tanto, la demandante había perdido la condición de víctima de una

La sentencia *Bosphorus*¹⁰⁴⁰ marcará un punto de inflexión en la relación entre el TEDH y el TJUE al asentar en ella la «doctrina de la protección equivalente» —también conocida como «doctrina *Bosphorus*»¹⁰⁴¹—, construida sobre la base de lo afirmado en el caso *M & Co c. República Federal de Alemania*. El TEDH estableció en esta sentencia que la protección de los derechos fundamentales por el Derecho comunitario puede considerarse «equivalente» a la del sistema del CEDH¹⁰⁴² y, por tanto, se presume que los Estados parte del Convenio no se apartan del mismo cuando implementan obligaciones jurídicas derivadas de su pertenencia a la Comunidad Europea¹⁰⁴³.

Ahora bien, a modo de cláusula *Solange*, el TEDH estableció que esta presunción puede ser refutada —y, por tanto, justificar la intervención del TEDH—

*if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient. In such cases, the interest of international cooperation would be outweighed by the Convention's role as a «constitutional instrument of European public order» in the field of human rights*¹⁰⁴⁴.

violación del CEDH.

¹⁰⁴⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, de 30 de junio de 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0630JUD004503698.

¹⁰⁴¹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *op. cit.*, p. 255.

¹⁰⁴² Según la sentencia, por «equivalente» el tribunal quiere decir «comparable», pues «*any requirement that the organisation's protection be "identical" could run counter to the interest of international cooperation pursued*». Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 45036/98, *cit.*, apdo. 155.

¹⁰⁴³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 45036/98, *cit.*, apdo. 165. El TEDH añadirá en el caso *Michaud c. Francia* que esta conclusión queda reforzada por el hecho de que la CDFUE haya adquirido vinculatoriedad jurídica con el Tratado de Lisboa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 12323/11, *Michaud c. Francia*, de 6 de diciembre de 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:1206JUD001232311, apdo. 106. Esta sentencia fijará, además, las dos condiciones que deben concurrir para que pueda aplicarse la presunción sentada en *Bosphorus*: la ausencia de margen de maniobra por parte de los Estados a la hora de ejecutar las obligaciones derivadas de su pertenencia a la Unión (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 12323/11, *cit.*, apdo. 113) y la aplicación plena de los mecanismos de control previstos por el Derecho de la Unión (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 12323/11, *cit.*, apdos. 114 y 115). Sobre este último requisito el TEDH afirmará en el asunto *Avotiņš c. Letonia* que debe ser aplicado «*without excessive formalism and taking into account the specific features of the supervisory mechanism in question. It considers that it would serve no useful purpose to make the implementation of the Bosphorus presumption subject to a requirement for the domestic court to request a ruling from the CJEU [Court of Justice of the European Union] in all cases without exception, including those cases where no genuine and serious issue arises with regard to the protection of fundamental rights by EU law, or those in which the CJEU has already stated precisely how the applicable provisions of EU law should be interpreted in a manner compatible with fundamental rights*». Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 17502/07, *Avotiņš c. Letonia*, de 23 de mayo de 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0523JUD001750207, apdo. 109. Por el contrario, «*[t]he Court thus considers that the question whether the full potential of the supervisory mechanisms provided for by European Union law was deployed —and, more specifically, whether the fact that the domestic court hearing the case did not request a preliminary ruling from the CJEU is apt to preclude the application of the Bosphorus presumption— should be assessed in the light of the specific circumstances of each case*». Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 17502/07, *cit.*, apdo. 111.

¹⁰⁴⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 45036/98, *cit.*, apdo. 156. Cita al respecto el caso

En cualquier caso, el TEDH ha establecido reiteradamente que su competencia se ciñe a la violación de derechos del CEDH, excluyendo de su análisis la supervisión del cumplimiento del Derecho nacional, internacional o de la Unión¹⁰⁴⁵.

En definitiva, tanto a través de lo que hemos denominado «diálogo doctrinal» como del «diálogo competencial», se ha desarrollado en Europa un «triángulo judicial europeo» cuyos vértices serían el TJUE, el TEDH y las cortes constitucionales de los Estados miembros¹⁰⁴⁶ y que configuraría «un sistema fundado más en la idea de *coherencia* que en la de *unidad*, en el que la noción de diálogo judicial resulta elemento imprescindible»¹⁰⁴⁷.

6.3. La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el análisis sobre las funciones que el CEDH y la jurisprudencia del TEDH desempeñan en el sistema de derechos fundamentales de la Unión deviene imprescindible el estudio de la adhesión de la UE al instrumento de protección de derechos del Consejo de Europa, frustrada hasta en dos ocasiones, habida cuenta de que, además, sigue vigente la previsión imperativa de que la Unión se adherirá al CEDH (art. 6.2 TUE).

6.3.1. La conveniencia de la adhesión. El primer rechazo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las subsiguientes reformas jurídicas necesarias para la adhesión.

Desde la década de 1990 se ha venido reclamando la adhesión de la UE al sistema del CEDH, que incluye tanto la vinculación a la propia declaración de derechos como el sometimiento a la jurisdicción y la jurisprudencia del TEDH. La adhesión supondría la atribución de competencia al TEDH para supervisar el respeto de los derechos fundamentales del CEDH en los ámbitos propios del Derecho de la Unión, adicional al control que pudieran ejercer

Loizidou (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, excepciones preliminares, demanda 15318/89, *cit.*, apdo. 75).

¹⁰⁴⁵ Vid, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 26083/94, *Waite y Kennedy c. Alemania*, de 18 de febrero de 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0218JUD002608394, apdo. 54; demanda 34471/04, *S. J. c. Luxemburgo*, de 4 de marzo de 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0304JUD003447104, apdo. 52, demandas 3989/07 y 38353/07, *Ullens de Schooten y Rezabek c. Bélgica*, de 20 de septiembre de 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0920JUD000398907, apdo. 54, demanda 12738/10, *Jeunesse c. Países Bajos*, de 3 de octubre de 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:1003JUD001273810, apdo. 110; demanda 17502/07, *cit.*, apdo. 100.

¹⁰⁴⁶ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *op. cit.*, p. 238-239.

¹⁰⁴⁷ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *op. cit.*, p. 266.

los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJUE, así como la vinculación de la interpretación del TEDH sobre el CEDH a las instituciones de la Unión¹⁰⁴⁸.

Con la adhesión el TEDH se convertiría en un tribunal de una organización internacional (el Consejo de Europa) que controlaría externamente a otra organización supranacional (la Unión Europea) en el ámbito de los derechos fundamentales. Las instituciones de la UE estarían obligadas, en consecuencia, a respetar los derechos fundamentales tanto de la CDFUE como del CEDH, ya como parte integrante del Derecho de la Unión (art. 216.2 TFUE).

FERNÁNDEZ ROZAS apunta que la adhesión podría facilitar futuras ampliaciones de la UE, al dar lugar a un estándar común entre Estados miembros de la Unión y Estados parte del Consejo de Europa pero no de la UE¹⁰⁴⁹, al tiempo que permitiría la apertura de nuevas vías procesales para reclamar contra violaciones de los derechos por parte de la UE¹⁰⁵⁰. Del mismo modo, para PETRSCU la adhesión al CEDH permitiría colmar los vacíos existentes en el sistema europeo de protección de derechos humanos mediante la aportación de un estándar mínimo y un control externo¹⁰⁵¹.

En principio, la adhesión no habría de presentar excesivas dificultades, pues todos los Estados miembros de la Unión se habían adherido, previamente, al Consejo de Europa y al CEDH. No obstante, al obstáculo que representaba que el CEDH sólo estuviera abierto a la firma de los miembros del Consejo de Europa (art. 66.1 de la versión del CEDH vigente en 1996¹⁰⁵²) —órgano al cual sólo podían adherirse Estados (art. 4 del Estatuto del Consejo de Europa)—, se añadió el que el Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996¹⁰⁵³, estableciera que la Comunidad carecía de competencia para esta adhesión.

¹⁰⁴⁸ Ahora bien, como advierte el TJUE en su Dictamen 2/13, la interpretación de un derecho del CEDH por parte del TJUE no vincularía al TEDH. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictamen 2/13, *cit.*, apdo. 186.

¹⁰⁴⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *op. cit.*, p. 46.

¹⁰⁵⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *op. cit.*, p. 49.

¹⁰⁵¹ PETRSCU, O., «Accession to the European Convention on Human Rights: EU Integration into a Legal and Judicial System Reserved to States», en PÉREZ DE LAS HERAS, B. (ed.), *Democratic legitimacy in the European demos and global governance. Building a European demos*, Palgrave Macmillan, Cham (Suiza), 2017, p. 145.

¹⁰⁵² El Protocolo n.º 11 (1994) cambió la numeración del CEDH, pasando el entonces art. 66 al art. 59 (art. 2.1 del Protocolo). El Protocolo entró en vigor el 1 de noviembre de 1998.

¹⁰⁵³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictamen 2/94, *Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, de 28 de marzo de 1996, ECLI:EU:C:1996:140.

En efecto, en este dictamen el TJCE, tras establecer que «ninguna disposición del Tratado confiere a las Instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito» (apdo. 27), rechazó igualmente la posibilidad de fundamentar la adhesión en la cláusula subsidiaria del art. 235 TCE¹⁰⁵⁴:

[L]a adhesión al Convenio entrañaría un cambio sustancial del actual régimen comunitario de protección de los derechos humanos, en la medida en que implicaría la inserción de la Comunidad en un sistema institucional internacional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario [apdo. 34]. [...] Una modificación semejante [...] tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235. Dicha modificación únicamente puede realizarse a través de una modificación del Tratado [apdo. 35].

Ambos impedimentos se superaron con la entrada en vigor del Protocolo n.º 14 al CEDH en 2010¹⁰⁵⁵ y del Tratado de Lisboa en 2009, que modificó el TUE para incorporar un nuevo art. 6.2: «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados»¹⁰⁵⁶.

La exigencia de adhesión también fue contemplada en el TFUE, los protocolos y las declaraciones anexas al Tratado de Lisboa. El art. 218.6.a).ii) TFUE prevé que el acuerdo de adhesión al CEDH debe ser adoptado por el Consejo previa aprobación del Parlamento Europeo. El art. 218.8 TFUE establece por su parte que «[e]l Consejo de pronunciará también por unanimidad sobre el acuerdo de adhesión de la Unión al [CEDH]; la decisión de celebración de dicho acuerdo entrará en vigor después de haber sido aprobada por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales».

¹⁰⁵⁴ «Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes».

¹⁰⁵⁵ Protocolo n.º 14 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el mecanismo de control del Convenio (Estrasburgo, 13 de mayo de 2004). Su art. 17 modificó el art. 59 CEDH para incorporar un nuevo segundo apartado: «La Unión Europea podrá adherirse al presente Convenio».

¹⁰⁵⁶ Del mismo tenor literal era el art. I-9.2 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Además, el Tratado de Lisboa otorgaba a la UE, en sí misma, personalidad jurídica (art. 47 TUE), lo que podía simplificar la adhesión desde un punto de vista técnico.

El Protocolo n.º 8 sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establecía, por un lado, que la adhesión debía preservar las características específicas de la UE y del Derecho de la Unión, en particular respecto a las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control del CEDH y en relación con los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, la Unión o contra ambos, según el caso (art. 1); por otro lado, que la adhesión no podía afectar a las competencias de la Unión, a las atribuciones de sus instituciones ni a las particulares posiciones que mantuvieran los Estados miembros respecto al Convenio¹⁰⁵⁷ (art. 2). Por último, se determinaba que la adhesión no podía afectar al compromiso de los Estados miembros de no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos, conforme al art. 344 TFUE (art. 3).

Finalmente, la Declaración n.º 2 relativa al apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, aneja al acta final de la conferencia intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, reiteró que

[I]a Conferencia conviene en que la adhesión de la Unión al [CEDH] debería realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión. En este contexto, la Conferencia toma nota de que existe un diálogo regular entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, diálogo que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio.

6.3.2. El Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014.

Tras un periodo negociador que se inició el 4 de junio de 2010¹⁰⁵⁸ y finalizó el 5 de abril de 2013 (apdo. 48 del Dictamen 2/13), la Comisión solicitó al TJUE la emisión de un dictamen

¹⁰⁵⁷ En concreto, se establece que ninguna de las disposiciones del acuerdo de adhesión podía afectar «a la situación particular de los Estados miembros respecto del Convenio Europeo, en particular respecto de sus Protocolos, de las medidas que adopten los Estados miembros como excepción al Convenio Europeo con arreglo a su artículo 15 y de las reservas al Convenio Europeo formuladas por los Estados miembros con arreglo a su artículo 57».

¹⁰⁵⁸ Tras la Recomendación de la Comisión de 17 de marzo de 2010, la Decisión del Consejo de 4 de junio de 2010 autorizó la apertura de las negociaciones y designó a la Comisión como negociadora por parte de la Unión. European Commission. Recommendation for a Council Decision authorising the Commission to negotiate the Accession Agreement of the European Union to the European Convention for the protection of

sobre la viabilidad jurídica de la adhesión de la Unión al CEDH¹⁰⁵⁹, en virtud de lo dispuesto en el art. 218.11 TFUE, según el cual

[u]n Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados.

La adhesión de la Unión al CEDH fue rechazada nuevamente en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014¹⁰⁶⁰.

En esencia, el TJUE estableció que la adhesión de la UE al CEDH no era posible por cinco motivos:

- En primer lugar y con carácter general, porque la adhesión no respeta, en los términos que más adelante se expondrán, la autonomía y las características específicas del Derecho de la Unión.
- En segundo lugar, porque el art. 33 CEDH, al establecer que cualquier Estado parte puede someter al TEDH cualquier incumplimiento del Convenio o de sus Protocolos imputable a otro Estado parte, resulta incompatible con el art. 344 TFUE, por el cual los Estados miembros de la Unión se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos¹⁰⁶¹.

Human Rights and Fundamental Freedoms. Bruselas, 17 de marzo de 2010, ref. SEC(2010) 305 final/2, recuperado de: <<https://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%207668%202010%20EXT%201>>; Consejo de la Unión Europea. Decisión del Consejo por la que se autoriza a la Comisión a negociar el Acuerdo de Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Bruselas, 4 de junio de 2010, ref. 10817/10 EXT 2, recuperado de: <<https://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%2010817%202010%20EXT%202>>.

El Parlamento Europeo fijó su posición sobre la adhesión en: Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, recuperado de: <<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0184+0+DOC+XML+V0//ES>>.

¹⁰⁵⁹ La UE pretendía adherirse no sólo al CEDH, sino también al Protocolo adicional y al Protocolo n.º 6 (Protocolo n.º 6 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte. Estrasburgo, 28 de abril de 1983), en cuanto ambos habían sido ratificados por todos los Estados miembros (apdo. 50 del Dictamen 2/13).

¹⁰⁶⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictamen 2/13, *cit.* Para un análisis detallado del Dictamen 2/13, *vid.* CORTÉS MARTÍN, J. M., *Avatares del proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Reus, Madrid, 2018. Sobre las posibles vías de salida a la situación generada por el Dictamen 2/13, *vid.* POLAKIEWICZ, J., «Accession to the European Convention on Human Rights (ECHR) – An Insider’s View Addressing One by One the CJEU’s Objections in Opinion 2/13», en *Human Rights Law Journal*, n.º 36, 2016, pp. 10-22.

¹⁰⁶¹ *Vid.* en particular los apdos. 201 y 205 del dictamen.

- En tercer lugar, el TEDH, cuando la UE o los Estados miembros solicitaran intervenir ante él como codemandados, debería pronunciarse sobre las alegaciones que éstos le presentaran para acreditar que cumplen los requisitos para participar en el procedimiento. Ello le obligaría a analizar las normas de Derecho de la Unión que regulan el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros, lo que podría producir una interferencia en dicho reparto¹⁰⁶².
- En cuarto lugar, permitir al TEDH que determine si el TJUE se ha pronunciado ya sobre la misma cuestión jurídica que se estuviera dilucidando ante aquél equivaldría a atribuirle competencia para interpretar la jurisprudencia de éste. Dicho pronunciamiento debe corresponder en exclusiva a la institución competente de la UE y su decisión debe vincular al TEDH¹⁰⁶³.
- En quinto lugar, no puede aceptarse que el TJUE carezca de competencia para controlar la legalidad desde el punto de vista de los derechos fundamentales de los actos, acciones u omisiones producidos en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y, sin embargo, dicho control (aunque limitado a los derechos del CEDH) pudiera corresponder en exclusiva a un órgano externo a la Unión como el TEDH¹⁰⁶⁴.

Sobre el primer aspecto, el TJUE concreta las características específicas de la UE en la estructura constitucional de la Unión (reflejada en el principio de atribución de competencias de los arts. 4.1 y 5.1 y 2 TUE) y su marco institucional (arts. 13 a 19 TUE) (apdo. 165) y las características específicas del Derecho de la Unión en su procedencia de una fuente autónoma (los Tratados) y los principios de primacía y efecto directo (apdo. 166).

Aunque el Dictamen desarrolla una argumentación extensa y en ocasiones confusa, destaca particularmente uno de los motivos aducidos para rechazar la adhesión: la quiebra del principio de confianza mutua. Según el TJUE, el principio de confianza mutua «obliga a cada uno de los Estados miembros [...] a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho» (apdo. 191).

¹⁰⁶² *Vid.* en particular los apdos. 223, 224, 225 y 235 del dictamen.

¹⁰⁶³ *Vid.* en particular los apdos. 238 y 239 del dictamen.

¹⁰⁶⁴ *Vid.* en particular los apdos. 254 a 256 del dictamen.

Con la adhesión, cada Estado miembro debería verificar «el respeto de los derechos fundamentales por parte de otro Estado miembro, pese a que el Derecho de la Unión impone la confianza mutua entre esos Estados miembros», lo que «puede poner en peligro el equilibrio en que se basa la Unión así como la autonomía del Derecho de la Unión» (apdo. 194).

Cabe destacar también que el TJUE advierte de la anómala situación que podría generarse en relación con las remisiones prejudiciales a tribunales supranacionales —a sumar a las posibles cuestiones de inconstitucionalidad ante los tribunales constitucionales de los Estados miembros—. El Protocolo n.º 16 al CEDH¹⁰⁶⁵ permite a los órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados parte solicitar al TEDH la emisión de una opinión consultiva sobre la interpretación o aplicación de los derechos proclamados en el CEDH o en sus protocolos. A su vez, el art. 267 TFUE contempla esta misma posibilidad —en relación con los derechos de la CDFUE— mediante la cuestión prejudicial pero, sin embargo, el acuerdo de adhesión no preveía la adhesión al Protocolo n.º 16 ni, por tanto, mecanismo alguno de coordinación, lo que podía afectar a la autonomía y la eficacia del procedimiento de remisión prejudicial del art. 267 TFUE (apdos. 196 y 197).

No podemos finalizar este epígrafe sin hacer referencia a la Opinión de la Abogada General Kokott al Dictamen 2/13¹⁰⁶⁶. A diferencia de la decisión del Pleno, la Abogada no considera insalvables los obstáculos que impiden la adhesión y propone, en aquellos casos en que cree que existe una incompatibilidad, una interpretación alternativa. Dedicaremos

¹⁰⁶⁵ Protocolo n.º 16 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Estrasburgo, 2 de octubre de 2013. Este Protocolo tiene por objeto ampliar la competencia del tribunal para emitir opiniones consultivas, lo que «reforzará la interacción entre el Tribunal y las autoridades nacionales y consolidará así la implantación del Convenio, de conformidad con el principio de subsidiariedad» (preámbulo). Así, «[l]os órganos jurisdiccionales de mayor rango de una Alta Parte Contratante [...] podrán solicitar al Tribunal que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos» (art. 1.1). La aceptación de la solicitud de opinión consultiva se encomienda a un colegio de cinco jueces de la Gran Sala (art. 2.1), correspondiendo a la Gran Sala la emisión de la opinión consultiva (art. 2.2). La Alta Parte Contratante elegirá un juez para que sea miembro de pleno derecho del colegio y de la Gran Sala (art. 2.3). El Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y la Alta Parte Contratante tienen derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en las audiencias. Asimismo, el presidente del TEDH puede invitar a cualquier otra Alta Parte Contratante o persona a presentar observaciones por escrito y a participar en las audiencias (art. 3). Las opiniones consultivas serán motivadas, publicadas y no vinculantes (arts. 4 y 5), pudiendo los jueces emitir opiniones separadas (art. 4.2). Para un análisis más detallado de las opiniones consultivas del Protocolo n.º 16, *vid.* GARCÍA ROCA, J. (2019), *op. cit.*, pp. 60-69.

¹⁰⁶⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, opinión de la Abogada General Juliane Kokott, (...) procedimiento de dictamen 2/13, *cit.*

nuestra atención, no obstante, a su caracterización del concepto de orden público, análoga a la realizada en este trabajo.

Para la Abogada Kokott, el orden público puede ser entendido como el núcleo constitucional de la Unión:

En la fase oral de este procedimiento de dictamen se debatió en profundidad si nuestro Tribunal de Justicia debería reservarse el derecho a no reconocer sentencias del TEDH siempre y cuando las mismas chocaran con el núcleo constitucional de la Unión (entendido como una especie de orden público del Derecho de la Unión) o hubieran rebasado manifiestamente las potestades de Estrasburgo, habiéndose dictado, por tanto, *ultra vires* [apdo. 168].

De este modo, el orden público se concibe como una síntesis o núcleo que identifica a un determinado ordenamiento constitucional.

Asimismo, Juliane Kokott se plantea la traslación al ámbito de la Unión de los mecanismos utilizados por los ordenamientos estatales en defensa de su sistema axiológico (su orden público) contra posibles vulneraciones por el Derecho de la Unión: la doctrina *Solange* o los contralímites¹⁰⁶⁷. La Abogada imagina un mecanismo similar en la relación entre el Derecho de la Unión y el CEDH: el TJUE se vería obligado a actuar cuando una sentencia del TEDH atentara contra sus valores más esenciales. Esta hipótesis, reconoce, sería poco probable:

[M]e parecería poco convincente trasladar el mismo proceder a la relación que existe entre el Derecho de la Unión y el CEDH y a la vinculación que se da entre nuestro Tribunal de Justicia y el TEDH, con independencia de que la reserva como tal de dichas facultades se considere o no legítima, puesto que el CEDH no crea un ordenamiento jurídico supranacional comparable al Derecho de la Unión y que tenga, por sí mismo, vocación de desplegar su primacía y eficacia directa en los ordenamientos jurídicos de las partes contratantes [apdo. 170].

No obstante,

[s]i, a pesar de todo, en el futuro se presentara el caso improbable de que existieran dudas sobre la compatibilidad de una sentencia del TEDH con los principios básicos del ordenamiento de la Unión

¹⁰⁶⁷ Kokott afirma que «[e]s posible que parte de los tribunales constitucionales de los Estados miembros se reserven, en la jurisprudencia dictada sobre la relación que existe entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional, facultades similares a la indicada» (apdo. 170), señalándose a pie de página: «Seguramente las más conocidas en este contexto sean la jurisprudencia del Tribunal constitucional alemán, que puede resumirse en los conceptos de “examen de adopción *ultra vires*” y “examen del respeto del núcleo duro” o “*Identitätskontrolle*” (véanse al respecto las sentencias del Tribunal constitucional alemán publicadas en la recopilación BVerfGE con los números 89 y 155, sobre el Tratado de Maastricht, y 123 y 267, sobre el Tratado de Lisboa), y la teoría de los “contralímites” formulada por el Tribunal constitucional italiano (véase al respecto, por su valor fundamental, la sentencia n.º 170 dictada por la Corte costituzionale, el 8 de junio de 1984, en el asunto Granital)» (pie de página 113).

o con los caracteres estructurales del marco institucional de la Unión, correspondería entonces tanto al Tribunal de Justicia como a las instituciones políticas y los Estados miembros de la Unión buscar soluciones apropiadas [apdo. 171].

Kokott identifica así el orden público con el «núcleo constitucional de la Unión»: los principios básicos de su ordenamiento y los caracteres estructurales del marco institucional de la UE. Como tal núcleo constitucional, análogamente a la reacción estatal contra vulneraciones de su orden público, la UE debería actuar cuando una sentencia externa a su estructura, la del TEDH, atentara a sus principios básicos, esto es, al orden público de la Unión, que, de este modo, se traslada al espacio de la Unión con los caracteres básicos de los ordenamientos constitucionales estatales.

6.3.3. Valoraciones doctrinales al segundo rechazo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La mayor parte de la doctrina se mostró muy crítica con la respuesta dada por el TJUE en el Dictamen 2/13. Para GARCÍA ROCA se trata de

un Dictamen unidimensionado al estar fundado en un error de perspectiva. Exacerba la autonomía de uno de los tres ordenamientos jurídicos que concurren —la Unión, el Consejo de Europa y los Estados miembros—, desbordando su validez en detrimento y menoscabo de los otros dos. Adolece de una manifiesta falta de empatía constitucional, que impide hallar pasarelas entre todos esos ordenamientos y trabajar en red mediante un diálogo judicial¹⁰⁶⁸.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES considera por su parte que de la misma forma que los tribunales constitucionales nacionales

aceptaron en sus respectivas jurisprudencias *Solange* las exigencias del ordenamiento jurídico de la Unión marcadas por el TJUE, éste debería haber hecho lo propio respecto de las exigencias que [...] marca el TEDH a propósito del control judicial externo por él en materia de derechos fundamentales¹⁰⁶⁹[,]

apuntando a que, con el rechazo a la adhesión, el TJUE «ha dado muestra de una miopía institucional difícilmente comprensible desde paradigmas estrictamente jurídicos»¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁸ GARCÍA ROCA, J. (2019), *op. cit.*, pp. 36-37.

¹⁰⁶⁹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *op. cit.*, p. 267.

¹⁰⁷⁰ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *op. cit.*, p. 261-262.

En concreto, el sentido de este Dictamen se imputa de manera mayoritaria a la voluntad del TJUE de preservar en todo caso la última palabra en el ámbito del Derecho de la Unión y a la desconfianza que este tribunal muestra respecto del TEDH¹⁰⁷¹:

[L]os razonamientos jurídicos del TJUE evidencian ante todo que la cuestión de fondo que se dirime no es otra que la incomodidad ante la eventual sujeción de la UE en materia de derechos humanos al escrutinio de una jurisdicción ajena como el Tribunal de Estrasburgo¹⁰⁷².

Algunos autores, en cambio, relativizan la importancia de la adhesión y matizan las críticas al Dictamen. Así, para RIDAO MARTÍN «[l]as ventajas de la adhesión serían sólo de carácter simbólico», pues «entre los sistemas jurídicos de la UE y del Consejo de Europa se produce una complementariedad de hecho, una suerte de espacio constitucional europeo común»¹⁰⁷³. Y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ coincide esencialmente con la decisión del TJUE, pues la adhesión

supondría dar la última palabra en muchas cuestiones que tocan la esencia misma de la integración europea a una jurisdicción internacional formada también por jueces provenientes de países ajenos a la Unión y, sobre todo, dominada por un *telos* que poco tiene que ver con la construcción de una estructura política supranacional¹⁰⁷⁴.

En cualquier caso, lo cierto es que, en el actual estado de la Unión y con independencia de las propuestas de reforma que más adelante se formularán, la adhesión al CEDH hubiera permitido suplir mediante un control externo de orden internacional las limitaciones estructurales de la CDFUE anteriormente apuntadas, al tiempo que podría haber contribuido a consolidar el diálogo judicial entre el TEDH y el TJUE y al fortalecimiento de un estándar común europeo sobre derechos fundamentales.

¹⁰⁷¹ GARCÍA ROCA, J. (2019), *op. cit.*, p. 37.

¹⁰⁷² RIDAO MARTÍN, J., «La creación de un espacio europeo de protección de los derechos humanos fundamentales: una aproximación a los obstáculos institucionales y procesales para la adhesión de la UE al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 28, 2017, p. 14.

¹⁰⁷³ RIDAO MARTÍN, J., *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁷⁴ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *op. cit.*, p. 20.

CAPÍTULO 7. Propuestas para la conformación de un orden público europeo.

1. La necesaria dogmatización de la Unión.

El análisis efectuado hasta el momento constata que la inexistencia de un orden público propio de la Unión se debe a la ausencia de la centralidad de la persona —del valor igual dignidad humana— en el ordenamiento jurídico-político de la Unión, lo que se evidencia en un deficitario e insuficiente sistema de protección y promoción de los derechos fundamentales.

El orden público es una categoría axiológica que se construye a partir de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, cuyo desarrollo depende, a su vez, de la dimensión subjetiva de los mismos, esto es, de su entendimiento como pretensión invocable por sus titulares en cuanto ámbito de poder reconocido por el ordenamiento jurídico. De este modo, sin una dimensión subjetiva plenamente eficaz no se podrá alcanzar un orden público que centralice a la persona en el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, las reformas necesarias para acometer una profundización en la «dogmatización» de la Unión deben realizarse en el marco de los derechos fundamentales y, en particular, de su dimensión subjetiva. No debe olvidarse que la garantía de los derechos no es sólo una competencia ínsita a la soberanía del Estado-nación, sino que constituye la propia finalidad del ordenamiento constitucional (art. 16 DDHC) y, por tanto, el eje de la dimensión dogmática de toda constitución.

En el presente capítulo exploraremos diferentes propuestas que pueden emprenderse en el ordenamiento jurídico de la Unión tendentes a fortalecer su sistema de derechos y, de este modo, sentar las bases para la generación de un orden público propio de la Unión. En primer lugar, analizaremos las propuestas que no requieren una reforma de los Tratados y que, por tanto, descansan esencialmente en un cambio de interpretación jurisprudencial, bien a cargo del TJUE o bien de los tribunales constitucionales nacionales. A continuación, examinaremos aquéllas que sí requieren una modificación, de mayor o menor calado, en el Derecho originario de la Unión pero que, sin embargo, son las que pueden contribuir en mayor medida a la consecución del orden público europeo.

2. Propuestas que no requieren una reforma de los Tratados de la Unión.

Las dos propuestas que se van a analizar a continuación —la *Reverse Solange* y la «solución austríaca»— surgen como reacción de la doctrina, en el primer caso, y de los órganos nacionales de control constitucional, en el segundo, ante el limitado sistema de tutela de los derechos fundamentales y los valores en el ámbito de la UE. Ambas pretenden fomentar la dimensión dogmática de la Unión en el ámbito de sus posibilidades, esto es, sin acudir a una reforma de los Tratados.

2.1. La *Reverse Solange*.

La doctrina *Solange* inversa, o *Reverse Solange*, es una teoría formulada por VON BOGDANDY y su equipo del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional inicialmente expuesta en 2012 en el número 49 de la revista *Common Market Law Review*¹⁰⁷⁵ y posteriormente desarrollada en el *MPIL Research Paper Series* número 2016-04¹⁰⁷⁶. Dado que se fundamenta en la doctrina *Solange*, con carácter previo a su exposición debemos recordar brevemente en qué consistía dicha teoría.

¹⁰⁷⁵ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.* El artículo fue inmediatamente traducido al castellano: VON BOGDANDY, A., KOTTMANN, M., ANTPÖHLER, C., DICKSCHEN, J., HENTREI, S. y SMRKOLJ, M., «Un salvavidas para los derechos fundamentales europeos. Principios básicos de una doctrina Solange en el Derecho de la Unión frente a los Estados miembros», en *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 28, 2012.

¹⁰⁷⁶ VON BOGDANDY, A., ANTPÖHLER, C. y IOANNIDIS, M., «Protecting EU values – Reverse *Solange* and the Rule of Law Framework», en *MPIL Research Paper Series*, n.º 2016-04, 2016.

2.1.1. La doctrina Solange y la necesidad de su inversión.

Como se ha expuesto con anterioridad, la doctrina *Solange* fue formulada por el Tribunal Constitucional Federal alemán¹⁰⁷⁷ como reacción frente al progresivo incremento de competencias transferidas por los Estados miembros a las Comunidades Europeas —así como por la dotación al ordenamiento jurídico comunitario de los principios de primacía y efecto directo por el TJCE— y el impacto que ello podía producir en unos derechos fundamentales que no estaban garantizados en dicho espacio de poder. De este modo, el *Bundesverfassungsgericht* estableció que, en cuanto no existiera en la Comunidad una protección de los derechos fundamentales equiparable a la prestada por la Ley Fundamental de Bonn, la corte constitucional debía asumir la función de ejercer dicho control sobre la normativa comunitaria, asumiendo como parámetro de referencia el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución alemana, que prevalecería en caso de violación por una norma de la Comunidad.

La doctrina *Solange*, en definitiva, establecía, ante los recelos que generaba una estructura supranacional cuya razón de ser era fundamentalmente económica, que la atribución de soberanía a la UE se realizaba en cuanto no se produjeran violaciones de los derechos fundamentales garantizados en las constituciones de los Estados miembros, de modo que si dichos derechos no quedaban garantizados en el ámbito de la UE, los tribunales constitucionales nacionales deberían efectuar un control de constitucionalidad de las normas comunitarias y, en su caso, declarar su inconstitucionalidad y consiguiente inaplicabilidad —en contra del principio de primacía— por violación de los derechos proclamados en la constitución nacional.

La *Reverse Solange* se fundamenta, en cambio, en un presupuesto distinto al de *Solange*: si en ésta recaía sobre la Comunidad una sospecha de posible violación de los derechos, en la *Solange* inversa son ahora los Estados miembros los sospechosos de no respetar los derechos fundamentales proclamados en la CDFUE. La necesidad de respeto de los derechos por todos los Estados miembros no sólo obedece a una exigencia impuesta por los valores europeos (art. 2 TUE) y por la propia naturaleza del proyecto de la Unión,

¹⁰⁷⁷ Bundesverfassungsgericht, sentencia 2 BvL 52/71, *cit.*

sino también por la interrelación e integración alcanzada entre sus ordenamientos jurídicos: «*A massive deterioration of fundamental rights protection in some Member States might eventually threaten foundations of European integration, namely the principle of mutual recognition and the premise that the Union can rely on the functioning democratic polities of the Member States*»¹⁰⁷⁸.

Al mismo tiempo, la *Reverse Solange* se basa en un presupuesto adicional al de la hipotética violación de derechos por los Estados miembros: la doctrina propuesta es necesaria porque, como hemos desarrollado con anterioridad —y como también sucedía, *mutatis mutandis*, en *Solange*—, no existen en el actual estado de la Unión mecanismos efectivos capaces de garantizar el respeto en el espacio europeo de los derechos fundamentales y, por extensión, del sistema europeo de valores: «*While the EU promotes good governance around the world and scrutinises candidate countries in terms of democracy, rule of law, and fundamental rights, there is a lack of effective instruments to enforce EU values within the Union, that is to say, in its Member States*»¹⁰⁷⁹. Las críticas se dirigen, en particular, a las limitaciones impuestas por el art. 51.1 CDFUE y, de manera muy destacada, a los mecanismos preventivo y sancionador del art. 7 TUE¹⁰⁸⁰ —precepto del que, se dice, postularía a la Unión, junto al art. 2 TUE, como «*guarantor of a European ordre public*»¹⁰⁸¹—.

Los problemas que generan los mecanismos del art. 7 TUE no son tanto fruto de su configuración técnico-jurídica como del entendimiento que sobre los mismos se ha gestado en el debate público europeo. Según el equipo investigador, resulta prácticamente imposible acudir al art. 7 TUE para abordar problemas de protección de los derechos fundamentales. En primer lugar, porque se ha dotado a sus procedimientos de una excepcionalidad tal que hace imposible su mera activación: «*Much of that is due to Manuel Barroso unwisely calling these mechanisms a “nuclear option”*»¹⁰⁸². *That qualification stuck: today, anybody who proposes to use the Article 7 TEU mechanisms appears as irresponsible*

¹⁰⁷⁸ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.*, pp. 490-491.

¹⁰⁷⁹ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2016), *op. cit.*, p. 1.

¹⁰⁸⁰ Para una análisis más profundo de dichos preceptos, *vid.* los epígrafes 4.2.2 y 5.1.1 del Capítulo 6.

¹⁰⁸¹ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.*, p. 491.

¹⁰⁸² State of the Union 2012 Address. Plenary session of the European Parliament/Strasbourg, 12 September 2012. Recuperado de: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_596>.

as someone proposing a nuclear war»¹⁰⁸³. En segundo lugar, porque la propia configuración de los mecanismos implica consideraciones de oportunidad política: «*This is not bad in and of itself, yet it arguably might lead to a habit of mutual indulgence amongst the Member States*»¹⁰⁸⁴. Finalmente, por la propia actitud de la Comisión Europea, que, pese a su naturaleza de «guardiana de los Tratados», «*seems reluctant to fully protect fundamental rights and rather prefers to concentrate on less sensitive “technical” issues of the internal market*»¹⁰⁸⁵.

2.1.2. La doctrina de la Reverse Solange.

La *Reverse Solange* se construye a partir de las limitaciones del art. 51.1 CDFUE. Según este precepto, los efectos de la CDFUE quedan limitados a las actuaciones incardinadas en el ámbito de aplicación de la Unión, tanto las emanadas directamente de las instituciones, órganos y organismos de la Unión como las que proceden de los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión. Se entiende que en esos ámbitos los derechos fundamentales son respetados y, de lo contrario, el Derecho de la Unión dispone de mecanismos de reacción. El problema surge, por tanto, en el ámbito no cubierto por la Carta: las posibles vulneraciones de derechos procedentes de actuaciones de los Estados miembros en las que no esté implicado el Derecho de la Unión.

Hasta el momento actual se habría entendido que —a diferencia del sistema del Consejo de Europa— el ordenamiento jurídico de la Unión no puede actuar ante lesiones a los derechos fundamentales producidas en el ámbito geográfico de la UE por parte de las autoridades estatales, salvo que la violación tuviera alguna conexión con el Derecho de la Unión, en cuyo caso la intervención de la UE estaría legitimada en virtud del art. 51.1 CDFUE. Por medio de la *Reverse Solange* se propone que la Unión pueda también intervenir en el primer ámbito, acudiendo para ello a los arts. 2 TUE —los valores de la Unión, entre los que se encuentra el respeto de los derechos humanos— y 20 TFUE —el estatuto de ciudadanía de la Unión—.

¹⁰⁸³ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2016), *op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁸⁴ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.*, p. 497.

¹⁰⁸⁵ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.*, p. 490.

Como la doctrina en la que se inspira, la *Solange* inversa también utiliza una presunción y una condición de refutación: fuera del ámbito de aplicación del art. 51.1 CDFUE, los Estados miembros permanecen autónomos en la protección de sus derechos fundamentales en ámbitos en que no apliquen el Derecho de la Unión (art. 51.1 CDFUE) en cuanto (*solange*) pueda ser presumido que éstos aseguren la «esencia» de los derechos fundamentales de acuerdo con el art. 2 TUE. Sin embargo, si se presentara la situación extrema de que una violación llegara a ser considerada como sistémica y esta violación fuera lo suficientemente grave como para refutar la presunción de conformidad con el art. 2 TUE, los particulares podrían invocar su condición de ciudadanos de la Unión para solicitar su reparación ante los tribunales ordinarios¹⁰⁸⁶.

La *Reverse Solange* se basa, por tanto, en la presunción de que los Estados miembros respetan la esencia de los derechos fundamentales, pero esta presunción puede ser refutada si se demuestra la existencia de una violación sistémica de los derechos, en cuyo caso se excepciona la presunción para permitir al ciudadano de la Unión invocar su estatuto de tal y reclamar una reparación en los tribunales ordinarios.

En relación con la presunción, surge el problema de determinar qué debe entenderse por «esencia de los derechos fundamentales», pues sólo una quiebra (sistémica) a la misma puede activar la excepción contemplada en la doctrina. La «esencia» de los derechos —concepto que toman del caso *Ruiz Zambrano*¹⁰⁸⁷— no es entendida como un contenido fijo o universalmente válido de los derechos fundamentales, sino más bien como un concepto que trata de abarcar tanto las largas tradiciones como los amplios reconocimientos de los derechos en Europa, de modo que esta «*European essence*» debe ser determinada inductivamente a través del análisis de la jurisprudencia dictada por los tribunales supremos de Europa en relación con violaciones de derechos injustificadas¹⁰⁸⁸.

Además, los autores recurren a la jurisprudencia del TEDH para identificar las tres pautas interpretativas que pueden ayudar a determinar el concepto de «esencia» de los derechos y, por ende, a identificar si se ha infringido el art. 2 TUE en una situación

¹⁰⁸⁶ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.*, p. 491.

¹⁰⁸⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-34/09, *Ruiz Zambrano*, de 8 de marzo de 2011, ECLI:EU:C:2011:124, apdos. 42-45. VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.*, pp. 503-504.

¹⁰⁸⁸ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.*, pp. 510-511.

concreta¹⁰⁸⁹: en primer lugar, a veces el TEDH se refiere a la noción de «esencia» como un límite absoluto a la ponderación, es decir, para subrayar que una interferencia determinada puede destruir un derecho o despojarle de algún contenido; en segundo lugar, si está en juego la esencia de un derecho, el margen de apreciación de un Estado miembro queda reducido; finalmente, incluso cuando el término no se usa explícitamente, puede extraerse de la jurisprudencia del TEDH una diferencia implícita entre la «esencia» y la «periferia» de un derecho.

Por su parte, la refutación de la presunción de cumplimiento de los derechos fundamentales por un Estado miembro debe ser rigurosa y estricta, pues supone lesionar (aunque legítimamente) el principio de respeto a la identidad nacional del art. 4.2 TUE, que exige que fuera del ámbito de aplicación de la CDFUE la UE se abstenga de superponerse al delicado equilibrio entre los derechos fundamentales y los intereses generales consagrados en las constituciones nacionales¹⁰⁹⁰. Por tanto, la presunción no podrá ser refutada por simples vulneraciones aisladas de los derechos fundamentales, sino por déficits sistémicos.

En efecto, la refutación requiere la demostración de carencias que, debido a su cantidad o gravedad, alcancen el grado de déficits sistémicos y que no hayan sido remediadas por medio de una respuesta adecuada del Estado miembro. Esta «deficiencia sistémica» de la *Reverse Solange* equivaldría, en esencia, a la «violación grave y persistente» contemplada en el art. 7.2 TUE¹⁰⁹¹.

Sobre el requisito de la violencia sistémica volverá el equipo de VON BOGDANDY en su segundo artículo, en el que aclarará que la *Reverse Solange* deja los problemas ordinarios de violaciones de derechos a las instituciones domésticas¹⁰⁹². Además, en ese nuevo artículo, proponen la creación, en el contexto del Marco del Estado de Derecho de 2014¹⁰⁹³, de un organismo especializado de la UE con competencia para la determinación del carácter sistémico de los problemas del Estado de Derecho: un «Comité de Deficiencia Sistémica»¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁸⁹ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.*, p. 511.

¹⁰⁹⁰ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.*, p. 513.

¹⁰⁹¹ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.*, p. 513.

¹⁰⁹² VON BOGDANDY, A. *et al.* (2016), *op. cit.*, p. 4.

¹⁰⁹³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho, *cit.*

¹⁰⁹⁴ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2016), *op. cit.*, p. 15. Se trataría de un organismo independiente dentro de la

Según la doctrina *Solange* inversa, en caso de que se produjera una «violación sistémica a la esencia de los derechos fundamentales» por parte de cualquier autoridad pública en el espacio jurídico europeo (no sólo en el ámbito de la UE) dicha infracción podría ser examinada, como violación de los arts. 2 TUE y 20 TFUE, por los tribunales nacionales en cooperación con el TJUE¹⁰⁹⁵. Las limitaciones del art. 51.1 CDFUE podrían ser salvadas, por tanto, acudiendo al art. 2 TUE —cuya finalidad es la salvaguardia de la «esencia» de los derechos humanos y cuyos valores son comunes a todos los Estados miembros¹⁰⁹⁶—, que contempla un estándar legal aplicable frente a cualquier ejercicio de autoridad pública en el espacio jurídico europeo, ya sea por parte de la Unión o de los Estados miembros¹⁰⁹⁷.

Haciendo descender la *Reverse Solange* a un terreno práctico, si un ciudadano o ciudadana de un Estado miembro considerara que sus derechos fundamentales le han sido vulnerados, podría solicitar su reparación al correspondiente órgano judicial nacional¹⁰⁹⁸, ante el que invocaría el estándar nacional (posiblemente también el del CEDH) de protección de los derechos fundamentales. Fuera del ámbito de aplicación de la CDFUE no podría invocar los derechos fundamentales contemplados en ella ni valerse de la ciudadanía de la Unión para alegar una violación del art. 2 TUE, a menos que la presunción de cumplimiento de los derechos fundamentales por el Estado miembro sea refutada.

Ahora bien, en caso de una violación sistémica de la esencia de los derechos fundamentales, podría hacerse valer de la ciudadanía de la Unión y con ella de todos los mecanismos para hacer cumplir el Derecho de la Unión. Le correspondería al órgano jurisdiccional nacional la determinación de los hechos del caso concreto y la aplicación de

Comisión Europea, apoyado por el Parlamento Europeo y basado en la «Comisión de Copenhague» propuesta por MÜLLER (MÜLLER, J.-W., «Protecting the Rule of Law (and Democracy!) in the EU», en CLOSA, C. y KOCHENOV, D. (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016). El Comité de Deficiencia Sistémica, que debería contar con un máximo de diez miembros aportados en igual número por el Parlamento Europeo y el Consejo (VON BOGDANDY, A. *et al.* (2016), *op. cit.*, pp. 19-20), podría salvaguardar institucionalmente la implementación efectiva del Marco del Estado de Derecho (VON BOGDANDY, A. *et al.* (2016), *op. cit.*, p. 16), y debería basarse en la experiencia ya existente de la FRA, la Comisión de Venecia y el TEDH (VON BOGDANDY, A. *et al.* (2016), *op. cit.*, p. 21).

¹⁰⁹⁵ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.*, p. 501.

¹⁰⁹⁶ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.*, p. 510.

¹⁰⁹⁷ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.*, p. 509.

¹⁰⁹⁸ Como afirman los autores, «[t]he *Reverse Solange* doctrine aims to empower individuals to challenge domestic exercises of public authority which deprive him or her of the substance of a fundamental right in cases of systemic deficiency». VON BOGDANDY, A. *et al.* (2016), *op. cit.*, p. 3.

las disposiciones respectivas del Derecho de la Unión, pero podría —o, en su caso, debería— acudir a la cuestión prejudicial para solicitar al TJUE una interpretación de los arts. 2 TUE y 20 TFUE¹⁰⁹⁹.

2.1.3. Valoraciones sobre la Reverse Solange.

La *Reverse Solange* es una propuesta que aúna y refuerza dos conceptos esenciales para la necesaria «dogmatización» de la UE: los derechos fundamentales y la ciudadanía de la Unión. Como los propios autores señalan, ambos están relacionados, pues los discursos de la ciudadanía europea y los derechos fundamentales fueron desarrollados aproximadamente al mismo tiempo y como respuesta a la misma apremiante necesidad de legitimidad: «*Citizenship and fundamental rights are therefore two mutually strengthening concepts which essentially pursue the very same objective, i.e. to bring the Union closer to the individual*»¹¹⁰⁰.

La ciudadanía de la Unión adquiere de este modo un mayor protagonismo y una nueva significación al vincularse más a los derechos que a la mera integración¹¹⁰¹. En este sentido, los autores recuerdan que la idea de ligar la ciudadanía de la Unión con los derechos fundamentales europeos no es nueva: el Abogado General Jacobs consideró en sus conclusiones al asunto *Konstantinidis* que todo ciudadano de la Unión que ejerciera su derecho de libre circulación está legitimado para, en tal condición, apelar a la máxima «*civis europaeus sum*» e invocar los derechos fundamentales europeos¹¹⁰² —si bien el TJUE no siguió este enfoque en aquella sentencia—¹¹⁰³.

No obstante, la *Reverse Solange* ha sido objeto de varias críticas por parte de la doctrina, de las que destacamos esencialmente tres. En primer lugar, la *Solange* inversa supone en buena medida la judicialización de un problema político —la erosión de los valores de la Unión por un Estado miembro—. En particular, se critica la vaguedad del concepto «esencia de los derechos fundamentales», cuya concreción y aplicación —y la de toda la doctrina (su presunción y su excepción)— correspondería a los órganos

¹⁰⁹⁹ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.*, p. 514.

¹¹⁰⁰ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.*, p. 506.

¹¹⁰¹ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.*, p. 518.

¹¹⁰² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General F. G. Jacobs, presentadas el 9 de diciembre de 1992, asunto C-168/91, ECLI:EU:C:1992:504, apdo. 46.

¹¹⁰³ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.*, p. 505.

jurisdiccionales nacionales; el riesgo que supone confiar en los tribunales nacionales en situaciones de crisis; y el propio hecho de dejar en manos de los poderes judiciales nacionales el proceso de integración europea¹¹⁰⁴. Los autores responden a esta crítica señalando que la *Reverse Solange* sólo pretende complementar el proceso político, pero no sustituirlo: las crisis constitucionales nacionales no pueden remediarse exclusivamente en los tribunales, pero no se puede negar que «*protecting individual rights is the very business of court and arguably the one thing they, as opposed to the political branches of government, are better equipped to do*»¹¹⁰⁵.

En segundo lugar, KOCHENOV realiza una crítica que supone más bien una delimitación del alcance de la doctrina: la *Reverse Solange*, al hacer depender la tutela de la ciudadanía europea a las violaciones sistémicas de derechos, se aleja de la verdadera necesidad de aquélla de ver reparados sus derechos fundamentales en situaciones concretas. Los problemas de la ciudadanía de la Unión, argumenta, no son las meta-violaciones sistémicas de derechos, sino situaciones más mundanas que no son abordadas por las autoridades nacionales¹¹⁰⁶. Por el contrario, como el equipo del Instituto Max Planck afirmará en el segundo artículo, «*the Reverse Solange doctrine is a more appropriate mechanism to protecting fundamental rights in extreme situations*»¹¹⁰⁷.

En tercer lugar, se apunta a que la *Reverse Solange* puede suponer una vía encubierta para ampliar las competencias de la Unión en materia de derechos fundamentales: «*[T]he CJEU has never had a general human rights jurisdiction. Consequently, the employment of the Solange approach by the CJEU comes down to —de facto at least— claiming new power*»¹¹⁰⁸. Los autores alegan, en cambio, que la propuesta «*do[es] not rely on the full EU fundamental rights acquis as enshrined in Article 6 TEU and in the Charter, but exclusively on the essence of fundamental rights as referred to in Article 2 TEU*»¹¹⁰⁹. Su enfoque, apuntan, no crea nuevas obligaciones para los Estados miembros

¹¹⁰⁴ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2016), *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁰⁵ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2016), *op. cit.*, p. 8.

¹¹⁰⁶ KOCHENOV, D., «Von Bogdandy's "Reverse Solange": Some Criticism of an Important Proposal», en *Verfassungsblog On Matters Constitutional*, 2012, disponible en SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2034444>>, p. 5.

¹¹⁰⁷ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2016), *op. cit.*, p. 3.

¹¹⁰⁸ KOCHENOV, D., *op. cit.*, p. 4.

¹¹⁰⁹ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.*, p. 515.

ni añaden nuevas competencias a la Unión¹¹¹⁰, y el principal punto de referencia para los derechos fundamentales en la Unión seguirá siendo la jurisprudencia del TEDH¹¹¹¹.

2.2. La solución austríaca.

La potenciación de los derechos fundamentales en la Unión también puede conseguirse, a la espera de una reforma ambiciosa de los Tratados, a través de una implicación activa por parte de los Estados miembros. En concreto, CRUZ VILLALÓN propone que los Estados de la Unión extiendan los efectos de la Carta a aquel ámbito al que, según el art. 51.1 CDFUE, la misma no se aplica: la actuación estatal que no guarda relación con el Derecho de la Unión.

Esta propuesta no consistiría en una simple integración de la CDFUE en los ordenamientos constitucionales nacionales por vías análogas a la del art. 10.2 CE —como canon interpretativo—, sino de la atribución a la Carta de una determinada fuerza jurídica:

Nada hay en la Carta y más generalmente en el Derecho de la Unión que impida el que los Estados miembros refuercen la presencia de la CDF[UE] en el interior de sus ordenamientos, ya sea otorgándoles una determinada fuerza más allá del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51 CDF[UE], ya sea dándoles, dentro de ese ámbito un tratamiento o reconocimiento en términos sustantivos o procesales internos que el Derecho de la Unión no exige¹¹¹².

En concreto, este autor apunta a la solución dada por el Tribunal Constitucional de Austria en su sentencia de 14 de marzo de 2012¹¹¹³, que otorgó a los derechos de la CDFUE la naturaleza de «derechos constitucionales» en el ordenamiento jurídico austríaco y, en consecuencia, pasaron a constituir un parámetro de constitucionalidad del Derecho interno cuya garantía corresponde al tribunal constitucional. Esta propuesta, como se verá, no soluciona en realidad las limitaciones del art. 51.1 CDFUE —como pretende la *Reverse Solange*—, pero sí amplía los mecanismos de garantía de la Carta al incorporar al Tribunal Constitucional austríaco entre los órganos que han de velar por su observancia.

¹¹¹⁰ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.*, p. 515.

¹¹¹¹ VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.*, p. 517.

¹¹¹² CRUZ VILALLÓN, P. (2017), *op. cit.*, p. 95.

¹¹¹³ Verfassungsgerichtshof, sentencia U 466/11-18 y U 1836/11-13, de 14 de marzo de 2012, recuperado de: https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_U_466-11_U_1836-11_Grundrechtecharta_english_2.pdf.

Para un análisis detallado de esta sentencia, *vid.* CRUZ VILALLÓN, P. (2017), *op. cit.*, pp. 95-100.

Los recurrentes, dos nacionales chinos que habían visto desestimadas sus solicitudes de protección internacional en Austria, invocaron que, al no haberse aceptado la celebración de una vista oral en el recurso contra las decisiones administrativas dictadas contra ellos, el tribunal federal de asilo había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial del art. 47 CDFUE, fundamentando su demanda exclusivamente en dicho precepto. El Tribunal Constitucional reconoce que, desde la adhesión de Austria a la UE, rige el principio de primacía de las normas de la Unión directamente aplicables sobre el Derecho interno —como consecuencia de la validez autónoma del Derecho de la Unión—, pero esto no implica, no obstante, que el Derecho comunitario se convierta en un estándar de revisión a emplear por Tribunal Constitucional austríaco (apdo. 19); esto es, la corte constitucional no puede controlar la conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión.

La CDFUE, sin embargo, «*is an area that is markedly distinct from the “Treaties”*» (apdo. 25) y su naturaleza se aproxima más a la del CEDH, que es directamente aplicable en Austria y tiene un estatus constitucional, lo que significa que sus derechos están garantizados por el Derecho constitucional austríaco y, consiguientemente, su protección asegurada por el tribunal constitucional de dicho país (apdo. 31). En consecuencia, «*the rights guaranteed by the Charter of Fundamental Rights may also be invoked as constitutionally guaranteed rights [...] and that they constitute a standard of review in general judicial review proceedings*» (apdo. 35).

Ahora bien, para que ello sea posible deben concurrir dos condiciones: por un lado, la actuación enjuiciada debe caer dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, en los términos del art. 51.1 CDFUE (apdos. 35 y 47), y, por otro lado, debe cumplirse con el conocido como «principio de equivalencia»: «*In any case, this is true if the guarantee contained in the Charter of Fundamental Rights is similar in its wording and purpose to rights that are guaranteed by the Austrian Federal Constitution*» (apdo. 35)¹¹¹⁴.

¹¹¹⁴ Al respecto, el Tribunal Constitucional austríaco señala que: «*As expressed in its Article 51, the Charter of Fundamental Rights contains “rights” and “principles”, yet it remains to be specified which of its provisions qualify as one or the other, and what the significance of this differentiation is. As set out earlier, the Charter of Fundamental Rights has at any rate for the scope of application of Union law the same function in many of its provisions —the “rights”— as the constitutionally guaranteed rights have for the (autonomous) area of Austrian law. Largely overlapping areas of protection emerge from this intended near-identity in substance and similarity in wording of the Charter of Fundamental Rights and the ECHR, whose rights are constitutionally guaranteed rights in Austria. It would counter the notion of a centralized constitutional jurisdiction provided*

Para el Tribunal Constitucional austríaco, esta solución sólo es posible desde que la Unión decidió abandonar la naturaleza meramente principal de los derechos y proclamó un catálogo propio de derechos fundamentales:

[T]he applicability of a detailed catalogue of rights and duties as set out in the Charter of Fundamental Rights is not comparable to the derivation of legal positions from general legal principles. As constitutionally guaranteed rights, the rights guaranteed by the Charter of Fundamental Rights are therefore a standard of review in proceedings before the Constitutional Court [apdo. 38].

En definitiva, la propuesta austríaca consiste en incorporar los derechos fundamentales de la CDFUE —aquéllos cuyo contenido y alcance coinciden en esencia con los de la constitución nacional— al bloque de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional de Austria debe tener en cuenta en su actuación cuando el asunto ante él planteado se incardine en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Se le concede, en consecuencia, la máxima garantía que un ordenamiento estatal puede ofrecer: la de la jurisdicción constitucional. No obstante, si bien es una respuesta que otorga a la Carta un valor superior al que el propio ordenamiento jurídico comunitario le atribuye, supone dejar la evolución del sistema de derechos de la Unión y el propio proceso de integración europea en manos de la discrecionalidad política de los Estados.

3. Propuestas que requieren una reforma de los Tratados de la Unión.

Si bien las propuestas expuestas anteriormente pueden contribuir a extender el ámbito de aplicación de la Carta o a concederle un valor en los ordenamientos jurídicos nacionales superior al previsto por el Derecho de la Unión, la generación de un orden público propio de la UE requiere de reformas ambiciosas que impliquen necesariamente una modificación de los Tratados, en cuanto deben suponer la articulación de un nuevo paradigma en el sistema de los derechos fundamentales de la Unión. En concreto, se propone la atribución a la Unión de una competencia autónoma en materia de derechos fundamentales y la creación de un recurso jurisdiccional específico de amparo de los derechos de la CDFUE.

for in the Austrian Federal Constitution if the Constitutional Court were not competent to adjudicate on largely congruent rights such as those contained in the Charter of Fundamental Rights» (apdo. 34).

3.1. La atribución a la Unión de una competencia sobre derechos fundamentales.

Se ha expuesto reiteradamente que la debilidad del sistema de derechos fundamentales de la Unión se debe, en buena medida, a la ausencia de una competencia propia y autónoma en materia de derechos, lo que impide, en particular, que las instituciones europeas desarrollen una política normativa de promoción, difusión y extensión de los derechos de la Carta¹¹¹⁵.

En efecto, no existe una competencia sobre derechos fundamentales en el catálogo competencial del título I del TFUE (arts. 2 a 6 TFUE), la protección y promoción de los derechos no son un objetivo de la Unión (art. 3 TUE¹¹¹⁶) y los Tratados establecen de forma insistente que la Carta no amplía las competencias de la Unión definidas en los Tratados (arts. 6.1 TUE, 51.2 CDFUE, 1 del Protocolo n.º 30 sobre la aplicación de la [CDFUE] a Polonia y al Reino Unido, Declaración n.º 1 relativa a la [CDFUE] y segundo apartado de la Declaración n.º 53 de la República Checa relativa a la [CDFUE]).

Por ello, a continuación exploraremos la posibilidad y los efectos de transferir a la Unión una competencia sustantiva en materia de derechos fundamentales. Con esto se pretende que los derechos en la Unión no sólo mantengan su actual vinculación negativa —su función de límites a la acción de los poderes públicos—, sino que también asuman una vinculación positiva —la obligación de los poderes públicos de proceder a su protección y promoción—.

Como es sabido, el sistema competencial de la Unión se fundamenta en tres principios: atribución, subsidiariedad y proporcionalidad. El primero sirve a la delimitación de competencias; el segundo y el tercero al ejercicio de dichas competencias por la Unión (art. 5.1 TUE). Según el principio de atribución, la Unión sólo puede actuar dentro de los límites de las competencias que le hayan atribuido los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos determinados en éstos¹¹¹⁷ (art. 5.2 TUE), previéndose además que

¹¹¹⁵ *Vid.* epígrafe 4.2.1 del Capítulo 6.

¹¹¹⁶ *Vid.* nota a pie de página 822.

¹¹¹⁷ Los objetivos del art. 3 TUE —y todos aquéllos que, con carácter específico, se encuentran dispersos en los Tratados— tienen, en consecuencia, la función de guiar u orientar —y, al mismo tiempo, limitar— el ejercicio por parte de las autoridades europeas de las competencias transferidas.

toda competencia no atribuida a la Unión corresponderá a los Estados miembros (arts. 4.1 y 5.2 TUE). De acuerdo con el principio de subsidiariedad, la actuación de la Unión en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva debe limitarse a aquellos casos en los que los objetivos de la acción no puedan conseguirse suficientemente en los niveles estatales local, regional ni central, de modo que se aprecie que aquéllos pueden alcanzarse mejor mediante una acción a escala de la Unión (art. 5.3 TUE). Finalmente, el principio de proporcionalidad exige que el contenido y la forma de acción de la UE no exceda de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados (art. 5.3 TUE).

Por su parte, las competencias transferidas por los Estados miembros a la Unión pueden categorizarse en cuatro tipos: exclusivas (art. 3 TFUE), compartidas (art. 4 TFUE), de coordinación (art. 5 TFUE) y de apoyo, coordinación y complemento de la acción de los Estados miembros (art. 6 TFUE)¹¹¹⁸. En las competencias exclusivas la capacidad normativa se atribuye exclusivamente a la Unión, con exclusión de los Estados miembros, salvo que estén facultados por la Unión o se limiten a aplicar actos europeos (art. 2.1 TFUE). En las competencias compartidas la capacidad normativa se atribuye conjuntamente a la Unión y a los Estados miembros, con preferencia de aquélla: los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya, y la ejercerán de nuevo en la medida en que la Unión haya dejado de ejercer la suya (art. 2.2 TFUE)¹¹¹⁹. En las competencias de coordinación los Estados miembros se comprometen a coordinar sus políticas económicas y de empleo (art. 2.3 TFUE) y en las competencias de apoyo, coordinación y complemento la Unión debe ejercer dichas funciones respecto de la acción de los Estados miembros sin sustituir su competencia en los ámbitos correspondientes (art. 2.5 TFUE).

Por su propia naturaleza, la protección y promoción de los derechos fundamentales debería incorporarse al art. 4.2 TFUE como una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros¹¹²⁰. No obstante, la relación entre la intervención estatal y la europea

¹¹¹⁸ Asimismo, el art. 2.4 TFUE prevé, como competencia *sui generis*, que «[l]a Unión dispondrá de competencia, de conformidad con lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea, para definir y aplicar una política exterior y de seguridad común, incluida la definición progresiva de una política común de defensa».

¹¹¹⁹ Esta regla queda excepcionada en los apartados 3 y 4 del art. 4 TFUE, que atribuyen a la Unión competencia en los ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio, la cooperación para el desarrollo y la ayuda humanitaria, sin que el ejercicio de estas competencias pueda tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya.

¹¹²⁰ Se propone incorporar al art. 4.2 TFUE un nuevo apartado a) —previo a todas las demás competencias—

no debería basarse, como es propio en este tipo de competencias, en la atribución de una preferencia *strictu sensu* a la actuación de la Unión. Por el contrario, consideramos que en esta concreta competencia debería articularse una relación de «mínimo-complemento»: las autoridades europeas estarían facultadas y compelidas a garantizar una mínima protección y promoción común de los derechos en toda la Unión, a partir de la cual fuera posible una acción de complemento, mejora o particularización por cada Estado miembro¹¹²¹.

Por otra parte, la protección y promoción de los derechos fundamentales no puede constituir una simple competencia —de una naturaleza análoga a la de protección de los consumidores o a la de energía— sino una finalidad en sí misma de la Unión que debe impregnar el completo articulado de los Tratados. Por ello, el compromiso con los derechos no sólo debería configurarse como una competencia en el art. 4.2 TFUE —y su correspondiente regulación técnica en la tercera parte del TFUE—, sino también como un nuevo *telos* que debería reflejarse en los preámbulos del TUE y del TFUE¹¹²², los arts. 3¹¹²³ y 4¹¹²⁴ TUE o el art. 20 TFUE¹¹²⁵.

En relación con el art. 6 TUE, y teniendo en cuenta que la incorporación de la CDFUE a los Tratados no es imprescindible si bien recomendable en el contexto de una reforma

, con la siguiente dicción literal: «[L]a protección y promoción de los derechos fundamentales».

¹¹²¹ De este modo, podría incluirse un nuevo apartado tercero al art. 4 TFUE con el siguiente enunciado: «En el ámbito descrito en el apartado a) del apartado segundo, la Unión dispondrá de competencia para la definición y regulación de las condiciones básicas de protección y promoción de los derechos fundamentales en la Unión, sin que el ejercicio de esta competencia puede tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer su competencia de complemento, mejora o particularización».

¹¹²² Por ejemplo, se podrían añadir sendos párrafos que constataran el compromiso de la Unión con la protección, promoción y eficacia de los derechos en el ámbito espacial de la UE.

¹¹²³ Por ejemplo, se podría incluir en el primer apartado, tras «[l]a Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos», la cláusula «así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales» (tomada del art. 1.b) del Estatuto del Consejo de Europa).

¹¹²⁴ Se propone incorporar un nuevo tercer apartado al art. 4 TUE que contenga la siguiente afirmación: «La acción de la Unión en cumplimiento de su función de tutela y promoción de los derechos fundamentales deberá respetar la identidad nacional de los Estados miembros y, en concreto, deberá ser compatible con las particulares concepciones de los derechos en cada uno de estos Estados, sin que ello sea óbice para la formación de un estándar común europeo de derechos fundamentales».

¹¹²⁵ Aunque técnicamente no sería necesario, podría explicitarse la CDFUE en el art. 20.2 TFUE: «Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados y, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Tienen, entre otras cosas, el derecho [...]».

ambiciosa y simplificadora de los Tratados¹¹²⁶, su primer apartado podría limitarse a un único párrafo, redactado de la siguiente manera:

La Unión reconoce y garantiza a toda la ciudadanía de la Unión los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Al haber asumido competencia en materia de derechos fundamentales debería eliminarse el segundo párrafo¹¹²⁷ y se considera que la finalidad del tercero¹¹²⁸ queda suficientemente reflejada en el art. 52.7 CDFUE¹¹²⁹.

El segundo apartado del art. 6 TUE debería conservarse, con las observaciones que más adelante se señalarán, y, por el contrario, se considera innecesario el art. 6.3 TUE al quedar incluida la naturaleza principal de los derechos fundamentales en la nueva función de promoción que asumen las instituciones europeas. Respecto a la CDFUE, y con independencia del análisis que debiera efectuarse sobre su contenido sustantivo — ampliación de derechos, una nueva categorización o la distinción entre derechos y principios—, la asunción de competencia sobre derechos fundamentales sería incompatible y obligaría a eliminar el art. 51 CDFUE¹¹³⁰, pues el ejercicio de la competencia sobre derechos fundamentales no puede quedar limitada, por su propia naturaleza integral, al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

La reforma propuesta debería llevarse a cabo por el procedimiento de revisión ordinario previsto en los apartados 2 a 5 del art. 48 TUE, pues los procedimientos de revisión simplificados (art. 48.6 y 7 TUE) se circunscriben a reformas de la totalidad o parte de las disposiciones de la tercera parte del TFUE, la sustitución de la unanimidad por la

¹¹²⁶ Existen ejemplos paradigmáticos en Derecho comparado en los que la declaración de derechos constituye un documento distinto al texto constitucional. Así, la declaración de derechos francesa sigue siendo la DDHC de 1789 (completada por el preámbulo de la Constitución de 1946), a la que remite el preámbulo de la Constitución de 1958. Del mismo modo, el *Bill of Rights* de Estados Unidos (1791) está constituido por las diez primeras enmiendas a la Constitución de 1787.

¹¹²⁷ «Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados».

¹¹²⁸ «Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones».

¹¹²⁹ «Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros».

¹¹³⁰ También debería eliminarse del art. 52.5 CDFUE la expresión «cuando apliquen el Derecho de la Unión», respecto de los actos de los Estados miembros.

mayoría cualificada en las decisiones del Consejo previstas en el TFUE o en el título V del TUE y la sustitución del procedimiento legislativo especial por el ordinario¹¹³¹.

La iniciativa de revisión corresponde en el procedimiento de revisión ordinario al gobierno de cualquier Estado miembro, el Parlamento Europeo o la Comisión, y debe presentarse ante el Consejo, que lo remitirá al Consejo Europeo y lo notificará a los parlamentos nacionales (art. 48.2 TUE). Corresponde al Consejo Europeo, por mayoría simple y previa consulta al Parlamento Europeo y a la Comisión, la decisión de aceptar el examen de la propuesta de reforma, en cuyo caso su presidente convocará una convención compuesta por representantes de los parlamentos nacionales, de los jefes de Estado o de gobierno de los Estados miembros, del Parlamento Europeo y de la Comisión¹¹³².

La convención examinará los proyectos de revisión y adoptará, por consenso, una recomendación que se dirigirá a una conferencia de representantes de los gobiernos de los Estados miembros (art. 48.3, primer párrafo, TUE). En esta conferencia, convocada por el presidente del Consejo, deberá aprobarse de común acuerdo las modificaciones a introducir en los Tratados, que entrarán en vigor después de haber sido ratificadas por todos los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales (art. 48.4 TUE)¹¹³³.

¹¹³¹ Asimismo, tampoco sería posible acudir a la vía del art. 352 TFUE porque ésta sólo permite que el Consejo —por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo— adopte las disposiciones oportunas para alcanzar un objetivo fijado en los Tratados, en el ámbito de las políticas definidas en los mismos, cuando falten los poderes de actuación necesarios a tal efecto. Los derechos fundamentales, en cambio, no son ni un objetivo ni una política definida en los Tratados. Además, debemos recordar que el TJUE fijó en su Dictamen 2/94 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictamen 2/94, *cit.*) que la adhesión de la Unión al CEDH —y también nos es válido para la asunción de competencia sobre derechos fundamentales— «tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235 [TCE, hoy art. 352 TUE]» (apdo. 35), precepto que «no puede servir de base para ampliar el ámbito de competencias de la Comunidad más allá del marco general que resulta del conjunto de las disposiciones del Tratado, y en particular de las que definen las misiones y acciones de la Comunidad» (apdo. 30).

¹¹³² Si la importancia de las modificaciones no justifica la convocatoria de la convención, el Consejo Europeo puede decidir, por mayoría simple y previa aprobación del Parlamento Europeo, que el proyecto de revisión se dirija directamente a la conferencia de representantes de los gobiernos de los Estados miembros (art. 48.3, segundo párrafo, TUE).

¹¹³³ El art. 48.5 TUE prevé que «[s]i, transcurrido un plazo de dos años desde la firma de un tratado modificativo de los Tratados, las cuatro quintas partes de los Estados miembros lo han ratificado y uno o varios Estados miembros han encontrado dificultades para proceder a dicha ratificación, el Consejo Europeo examinará la cuestión».

La asunción por la UE de una competencia propia en materia de derechos fundamentales —propuesta que ya ha sido insinuada por el Parlamento Europeo¹¹³⁴— pretende, en definitiva, que los derechos no constituyan simples límites a la acción del poder, sino que se erijan en una de las finalidades principales de la Unión. Esto es, que los Tratados determinen la obligación de los poderes públicos europeos de actuar en favor del desarrollo, tutela y promoción de los derechos fundamentales de la ciudadanía europea de modo que ésta quede situada, verdaderamente, en el centro de su actuación.

La asunción de competencia permitiría, además, que los derechos fundamentales adquirieran una efectividad horizontal (entre particulares). En este sentido, WEILER advertía tras el Tratado de Ámsterdam —y no ha cambiado nada al respecto— que en la Unión la no discriminación estaba garantizada contra actuaciones de la UE o de los Estados miembros cuando actuaran en nombre de la UE, pero «*problems of racism, xenophobia and like do not, on the whole, derive from acts of public authorities*», por lo que era necesario una legislación «*which would prohibit certain conduct among individuals in, say, the workplace, or other zones of commercial activities such as housing or employment*»¹¹³⁵, lo que sólo es posible a partir de la asunción de competencia en la materia.

¹¹³⁴ En un contexto de auge de los populismos y nacionalismos y de erosión al Estado de Derecho procedente, sobre todo, de Hungría y Polonia, el Parlamento Europeo elaboró en 2016 una propuesta de «Pacto de la Unión Europea para la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales» (Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2016, *cit.*). El Pacto, que nunca llegó a prosperar, debía revestir la forma de acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea y consistía, básicamente, en la emisión de un informe anual sobre la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales con recomendaciones específicas por país, un debate interparlamentario anual sobre la base de dicho informe, disposiciones para corregir los posibles riesgos y vulneraciones y un ciclo político para la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales en el marco de las instituciones de la Unión (art. 2). El Parlamento Europeo presta especial atención en esta resolución a los valores de la Unión de los arts. 2 y 3 TUE, a los que califica como «requisitos esenciales para la legitimidad del proyecto europeo en su conjunto y la condición básica para construir la confianza de los ciudadanos en la Unión» (considerando B de la Resolución) e incluso como «núcleo constitucional» (considerando D de la Resolución y 6 del Pacto). El Parlamento manifiesta que los valores deben trascender del plano meramente simbólico: «[L]a gobernanza democrática y jurídica de la Unión no tiene una base legislativa tan sólida como la gobernanza económica, ya que la Unión no muestra la misma firmeza e intransigencia con respecto al respeto de los valores fundamentales que con respecto a la correcta aplicación de sus normas económicas y fiscales» (considerando Q de la Resolución). Por ello, el Parlamento Europeo «[r]ecomienda, ante la perspectiva de una posible modificación del Tratado, la creación de un mecanismo global de la Unión para la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales» (apdo. 1 de la Resolución), así como la adopción de una serie de modificaciones en los Tratados, entre las que se encuentra «que el artículo 2 del TUE y la Carta se conviertan en el fundamento jurídico de las medidas legislativas que deberán adoptarse en el procedimiento legislativo ordinario», el establecimiento de sanciones en el art. 7 TUE o «que se suprima el artículo 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales y que la Carta pase a ser una Declaración de Derechos de la Unión» (apdo. 20 de la Resolución).

¹¹³⁵ WEILER, J. H. H. (2002b), *op. cit.*, p. 356.

La atribución de competencia sobre derechos fundamentales pretende, asimismo, contribuir a la «colaboración internormativa» entre los poderes constituyente y legislativo al que hace referencia CRUZ VILLALÓN cuando se refiere a que «mientras la Constitución “prefigura” el derecho, el Legislador lo “configura”»¹¹³⁶. Al respecto, RODRÍGUEZ afirmaba tras la proclamación de la CDFUE en el año 2000 que

el sistema cuenta ahora con una norma «prefiguradora» de derechos y con un mecanismo jurisdiccional de tutela de los mismos, pero, al igual que en el caso de la CEDH, carece de un catálogo sistemático de normas que desarrollen los derechos establecidos en la norma fundamental, es decir, de normas mediante las cuales el legislador supranacional precise en cada caso, y dentro de los márgenes que la norma fundamental deja, los límites y las garantías de los derechos fundamentales protegidos¹¹³⁷.

A ese déficit pretende dar respuesta precisamente la atribución a la Unión de competencia en materia de derechos fundamentales.

3.2. La creación de un recurso de amparo europeo.

La transferencia de competencia por los Estados miembros a la Unión en materia de derechos fundamentales habilitaría a las instituciones europeas al dictado de normativa de desarrollo de la CDFUE y, en definitiva, a la configuración de una política europea — armonizadora, promocionadora y/o garantizadora — sobre derechos fundamentales.

No obstante, además de esta consecuencia principal, la asunción de una competencia propia sobre derechos debería conducir también, en aras de contribuir a su máximo respeto y protección, a la creación de un recurso jurisdiccional específico de tutela de los derechos de la Carta, un recurso de amparo europeo que habría de ser conocido y resuelto por un TJUE convertido en el Tribunal Constitucional de la Unión.

3.2.1. La necesidad de un recurso de amparo europeo y una propuesta de configuración.

La efectividad de los derechos no sólo deriva de la adquisición de una vinculatoriedad jurídica plena y de alcance general, sino también de la configuración de garantías que aseguren su plena vigencia y eficacia, a lo que puede contribuir un recurso de amparo

¹¹³⁶ CRUZ VILLALÓN, P., «El Legislador de los derechos fundamentales», en LÓPEZ PINA, A. (dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, 1991, p. 134.

¹¹³⁷ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 231.

europeo. Como se ha afirmado, el orden público se construye a partir de la dimensión objetiva o axiológica de los derechos fundamentales, la cual existe y se genera a partir de su dimensión subjetiva, esto es, de la vigencia del derecho —su regulación, ejercicio y, en lo que nos interesa ahora, reivindicación— en la realidad social.

La posibilidad de configurar un recurso de amparo europeo fue rechazada durante el proceso negociador del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, pero el debate que se generó entonces sirvió para que el Tratado de Lisboa ampliara la legitimación activa de los particulares en el recurso de anulación¹¹³⁸. Pese a ello, subsiste, como afirma GAMBINO, «el persistente déficit regulador del Derecho de la Unión y la insuficiencia de las vías de recurso disponibles para reivindicar los derechos fundamentales [...] [y] los nuevos tratados no parecen haber dado grandes saltos hacia delante en este sentido», por lo que «estas consideraciones nos llevan una vez más a la necesidad de positivización de la adecuada tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de la Unión»¹¹³⁹.

El recurso de amparo europeo debería diseñarse a partir de las configuraciones constitucionales de los recursos de amparo nacionales y de las demandas individuales ante el TEDH. Dado el principio de confianza mutua que rige en la Unión¹¹⁴⁰, deben descartarse modelos como el de los asuntos interestatales propios del sistema del CEDH (art. 33 CEDH), de modo que la legitimación activa debe quedar reducida a toda persona, física o jurídica, que considerara lesionado un derecho fundamental de la CDFUE —que constituiría el objeto del recurso—, así como al Defensor del Pueblo Europeo.

La legitimación pasiva correspondería, por su parte, a la institución europea o Estado miembro presunto causante de la violación. Excepto si la vulneración procede de una institución de la Unión —en cuyo caso el acceso sería directo al TJUE—, el recurso de amparo europeo se configuraría como subsidiario de los sistemas nacionales de protección de derechos, de modo que sólo se podría acudir al TJUE por este motivo una vez agotadas las vías de recurso internas, que finalizarían, ordinariamente, en las cortes constitucionales;

¹¹³⁸ TAJADURA TEJADA, J., *op. cit.*, p. 273.

¹¹³⁹ GAMBINO, S. (2012), *op. cit.*, pp. 93-94.

¹¹⁴⁰ El principio de confianza mutua «obliga a cada uno de los Estados miembros [...] a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho» (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictamen 2/13, *cit.*, apdo. 191).

asimismo, el recurso de amparo europeo constituiría el último paso previo a la demanda ante el TEDH.

La competencia para conocer del recurso de amparo correspondería al TJUE, en el que, en su caso, podría crearse una sala específica para resolver los asuntos sobre derechos fundamentales —lo que permitiría una mayor especialización— y, para ello, podría ser necesaria una ampliación del número de jueces del tribunal. Asimismo, para evitar la sobrecarga de recursos se propone una objetivación que acote el recurso de amparo europeo a aquellos casos que presenten una especial trascendencia, análoga a la «especial trascendencia constitucional» prevista en el art. 50.1.b) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que exige que

el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional [en nuestro caso, el TJUE] en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución [en nuestro caso, la CDFUE], para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

El carácter objetivo de un hipotético recurso de amparo europeo tendría la finalidad de configurarlo, además de como una instancia supranacional de justicia individual, como un instrumento que permitiera al TJUE llevar a cabo una interpretación de la Carta y de sus concretos derechos que condujera, finalmente, a la elaboración de una doctrina propia de la Unión en materia de derechos fundamentales. No debe olvidarse que el objetivo del recurso de amparo propuesto es tanto la reparación de la dimensión subjetiva del derecho fundamental como la conformación de un orden público europeo a partir de su dimensión objetiva.

El TJUE debería realizar en este sentido «esfuerzos por dotar a su jurisprudencia de la estructura propia de la argumentación constitucional en el ámbito de la interpretación y la aplicación de los derechos fundamentales»¹¹⁴¹. La naturaleza objetiva del recurso de amparo europeo impediría la posibilidad de finalizar el procedimiento por un acuerdo amistoso (al estilo del art. 39 CEDH). Asimismo, a diferencia de las sentencias ordinarias del TJUE, deberían permitirse los votos particulares —concurrentes o disidentes— propios de

¹¹⁴¹ CARRASCO DURÁN, M., «Relaciones entre la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y la declaración de derechos contenida en la Constitución», en GORDILLO PÉREZ, L. I. (coord.), *Constitución española e integración europea. Treinta años de Derecho constitucional de la integración. Actas del XIV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 85.

las sentencias de los tribunales constitucionales, pues podrían contribuir a la perfilación y consolidación de la doctrina del tribunal sobre derechos fundamentales.

La sentencia que considerara lesionado un derecho fundamental de la CDFUE debería imponer el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho con la adopción, en su caso, de las medidas oportunas para su preservación, o, en su defecto, la concesión de una «satisfacción equitativa» equivalente a la prevista en el art. 41 CEDH. En su caso, el TJUE debería declarar la nulidad de aquel acto o decisión, de Derecho estatal o de la Unión, causante de la lesión del derecho fundamental.

Dado que el TJUE y los recursos de que conoce se encuentran regulados en la sección quinta del capítulo 1 del título I de la sexta parte del TFUE (arts. 251 a 281 TFUE), la reforma propuesta debería acometerse, como la que atribuye competencia a la Unión sobre derechos fundamentales, por la vía del procedimiento de revisión ordinario de los Tratados (art. 48.2 a 5 TUE).

3.2.2. La configuración del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como un Tribunal Constitucional de la Unión.

La función del TJUE es, como se ha explicado en apartados anteriores, garantizar el respeto del Derecho de la Unión en la interpretación y aplicación de los Tratados (art. 19.1 TUE)¹¹⁴². A estos efectos, se ocupa, entre otros asuntos, tanto de reparar las violaciones del Derecho de la Unión (en recursos como los de anulación —arts. 263 y 264 TFUE—, por omisión —art. 265 TFUE—, la excepción de ilegalidad —art. 277 TFUE— o la cuestión prejudicial de validez —art. 267 TFUE—), como de armonizar u homogeneizar la interpretación de los Tratados (en recursos como la cuestión prejudicial de interpretación —art. 267 TFUE—).

Como algunos autores han señalado, la amplitud de funciones asumidas por el TJUE, que debe asegurar el respeto tanto de los Tratados como del Derecho derivado y los principios generales del Derecho, ha convertido a este tribunal en un modelo *sui generis* híbrido entre un tribunal constitucional y un tribunal contencioso-administrativo de la Unión¹¹⁴³. No obstante, la asunción de la función de amparo de los derechos fundamentales de la CDFUE reforzaría particularmente la configuración del TJUE como el

¹¹⁴² Vid. el epígrafe 5.2.2 del Capítulo 6.

¹¹⁴³ BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J., *op. cit.*, pp. 242-243. GUILLÉN LÓPEZ, E., *op. cit.*, p. 157.

Tribunal Constitucional de la Unión, pues se sumaría a la otra función clásica de las cortes constitucionales que ya desempeña: el control de la conformidad de la legalidad ordinaria —en sentido amplio: de la actuación de los poderes públicos— con los Tratados.

La consideración del TJUE como un tribunal constitucional no es nueva en la doctrina¹¹⁴⁴. BALAGUER CALLEJÓN señala al respecto que el TJUE ha sido históricamente tanto un tribunal constitucional como una fuerza constituyente:

[E]l Tribunal de Justicia es algo más que un tribunal constitucional, precisamente porque el sistema normativo que tiene que garantizar no es todavía una Constitución. [...] Ningún tribunal constitucional nacional, por importante y decisiva que haya sido su labor en la interpretación de la Constitución nacional ha tenido ni podría tener un papel tan intenso en la configuración del orden constitucional como el que ha tenido el Tribunal de Justicia en la conformación del orden comunitario europeo¹¹⁴⁵.

Según este autor,

el Tribunal de Justicia, ante la ausencia de pleno contexto constitucional tiene que realizar una función constituyente propia en muchos ámbitos, hasta el punto de que ha sido el propio Tribunal de Justicia el que ha establecido los principios fundamentales de articulación del ordenamiento comunitario europeo y de su relación con los ordenamientos nacionales¹¹⁴⁶.

Ello habría dejado al TJUE en una posición paradójica respecto a su propia naturaleza:

[A]llí donde el Tribunal de Justicia ha desarrollado el orden constitucional no ha actuado como auténtico tribunal, sino ejercitando una función constituyente. Por el contrario, cuando ha actuado como auténtico tribunal lo ha hecho en relación con un cuerpo normativo que no es estrictamente «Derecho constitucional». Es decir, cuanto más se ha acercado el Tribunal de Justicia a la materia constitucional, más ha dejado de ser tribunal y cuanto más ha actuado como tribunal más se ha alejado de la materia constitucional¹¹⁴⁷.

¹¹⁴⁴ Para HÄBERLE, «[r]esulta evidente que el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son “tribunales constitucionales”, aunque sólo tengan competencias en relación con “constituciones parciales” si bien, por lo demás, con todos los rasgos materiales y formales que son característicos de los tribunales constitucionales». HÄBERLE, P., «Aspectos de una teoría constitucional para Europa», en *Revista de Derecho Político*, n.º 64, 2005, p. 23. Sobre el papel del TJUE en el proceso de «constitucionalización» (jurisprudencial) de la UE, WEILER considera que aquel tribunal ha ejercido una atribución clásica de los tribunales constitucionales, la definición de su propia competencia: «En el “establecimiento” de doctrina constitucional vinculante se aprecia, inevitablemente, un elemento de autodefinición del propio Tribunal. Cuando el Tribunal adopta dichas decisiones, se está situando implícita o explícitamente en una situación de poder como institución de la Comunidad con autoridad final para adoptar resoluciones materiales y estructurales fundamentales». WEILER, J. H. H., «Viaje a lo desconocido: Pasado y futuro del Tribunal de Justicia en el campo de la integración política», en WEILER, J. H. H., *Europa, fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995a, p. 130.

¹¹⁴⁵ BALAGUER CALLEJÓN, F. (2007), *op. cit.*, pp. 329-330.

¹¹⁴⁶ BALAGUER CALLEJÓN, F. (2007), *op. cit.*, p. 331.

¹¹⁴⁷ BALAGUER CALLEJÓN, F. (2007), *op. cit.*, p. 331.

Esta «función constituyente» que según BALAGUER CALLEJÓN habría desempeñado el TJUE se habría manifestado con especial intensidad, precisamente, en la configuración de los derechos fundamentales en la UE. Como se ha expuesto¹¹⁴⁸, fue el TJUE la institución que incorporó al ordenamiento jurídico comunitario, a través de sus decisiones, los derechos fundamentales procedentes de las tradiciones constitucionales comunes y de convenios internacionales como el CEDH como principios generales del Derecho. Y es el TJUE, a través del ejercicio de su función jurisdiccional, el primer y principal garante de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación de la Unión.

Ahora bien, esta función de tutela de los derechos fundamentales, que el TJUE ha ejercitado excediéndose en ocasiones de su propio ámbito competencial, se ha encontrado no obstante con un límite infranqueable que se pretende resolver con la asunción por la UE de competencia sobre derechos y la creación de un recurso de amparo europeo: la imposibilidad de desarrollar activamente los derechos fundamentales.

En este sentido, MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS afirman que, ante la conclusión de que la debida garantía de los derechos humanos requería su reconocimiento en

*normas positivas que los enunciaran de modo claro y que previeran, además, las técnicas de protección y las garantías, especialmente, la judicial [...] [,] la aproximación judicial no podía cumplir esa función ni asegurar las consecuencias que en un espacio constitucional traen aparejadas estos derechos y que incluye conferirles un lugar superior en la jerarquía normativa, protegerlos incluso frente al propio legislador a la vez que le confiere a éste el poder y la obligación de su desarrollo y el establecimiento de un sistema completo y eficaz de garantías. Es evidente que todas esas circunstancias, ajenas al sistema europeo, resultaban inalcanzables *sit et simpliciter* por vía jurisdiccional¹¹⁴⁹.*

Por el contrario,

¹¹⁴⁸ Vid. el epígrafe 3.1 del Capítulo 6.

¹¹⁴⁹ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, p. 125. Estos autores señalan que no pertenece al ámbito del Derecho de la Unión la función normativa y de garantía de los derechos humanos como función específica, por lo que «[c]ambiar esta situación requiere una decisión de política jurídica que está fuera del marco de legitimidad de la construcción jurisprudencial. Pero, además, es que ni siquiera el “legislador” parece capaz de colmar las aspiraciones en este sentido como consecuencia de la naturaleza sectorial del Derecho de la Unión. Obsérvese, a este respecto, la negativa de los Tratados a reconocer “competencias” a la Unión en materia de derechos y libertades fundamentales». MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, pp. 126-127.

el TJ[UE] se ha movido en la esfera de su función jurisdiccional con absoluta legitimidad jurídica, es decir, no ha transformado los derechos y libertades fundamentales en normas positivas (lo que sólo podría hacer el legislador): sólo los ha reconocido y protegido en el caso concreto¹¹⁵⁰.

3.3. La relación de la Unión Europea con el sistema del Consejo de Europa en caso de adopción de la reformas propuestas.

Con anterioridad a la finalización de este Capítulo dedicado a las reformas necesarias para la consecución de un orden público europeo, debemos preguntarnos por la relación que, como consecuencia de las mismas, debería articularse entre el nuevo sistema de tutela de derechos de la Unión y el sistema del CEDH.

Una primera reflexión podría conducir a cuestionarnos las propias razones de acometer una reforma de los Tratados de calado constitucional —la asunción de competencia sobre derechos fundamentales y la creación de un recurso de amparo europeo— habida cuenta de que esa misma función —la tutela de los derechos en el nivel supranacional europeo— ya es desempeñada por el TEDH a través de la protección jurisdiccional de los derechos del CEDH.

Respecto a este argumento debe considerarse, no obstante, que la finalidad principal de la atribución a la Unión de competencia en materia de derechos fundamentales no es tanto la creación de un recurso de amparo europeo como la posibilidad de las instituciones de la Unión de ejercer esa competencia para el desarrollo de los derechos desde una vertiente positiva (vinculación positiva).

Por el contrario, los derechos fundamentales en el ámbito del CEDH son únicamente garantizados desde una vertiente negativa (vinculación negativa de los derechos): el TEDH garantiza que la actuación de los poderes públicos no vulnere ninguno de los derechos del CEDH, pero no puede —ni el Tribunal ni el Comité de Ministros ni la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa— dictar normativa de desarrollo o adoptar iniciativas de promoción o tutela de los derechos en el ámbito europeo.

Por otra parte, las reformas propuestas no sólo son necesarias en atención a la doble vinculación —positiva y negativa— de los derechos, sino también a la doble

¹¹⁵⁰ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, p. 126.

dimensión —subjetiva y objetiva— de los mismos. Las demandas individuales ante el TEDH han demostrado constituir un instrumento efectivo de reparación de las violaciones de la dimensión subjetiva de los derechos del CEDH, y ello ha permitido que la jurisprudencia del TEDH haya construido, a partir de la dimensión objetiva de aquéllos, un orden público europeo¹¹⁵¹.

No obstante, como se ha expuesto anteriormente, este orden público no puede desempeñar en el ámbito del Consejo de Europa las funciones propias de esta categoría jurídica descritas en el Capítulo 1 —la centralización de la dignidad humana en el ordenamiento jurídico—, porque el CEDH no constituye tal ordenamiento. En cambio, un orden público de la UE, construido a partir de los mismos parámetros que el del CEDH —la dimensión objetiva de los derechos que deriva de una eficaz tutela de su dimensión subjetiva— sí puede desempeñar en la Unión la función de articulación del ordenamiento jurídico europeo en torno a la máxima centralidad de la igual dignidad humana.

Una segunda reflexión nos llevaría a plantearnos si, en caso de que la Unión asumiera finalmente una competencia propia tuteladora y promocionadora de los derechos fundamentales y de que se creara un recurso jurisdiccional específico de tutela de los mismos, seguiría siendo necesaria la adhesión de la UE al CEDH.

En principio, desaparecerían las razones aducidas por la doctrina y las autoridades europeas para demandar la adhesión, pues ya existiría en la Unión un sistema completo —de todo tipo de actos estatales y de la Unión— de tutela de los derechos. Se trataría, además, de un sistema propio coherente con la autonomía y las características específicas del Derecho de la Unión, que no dependería de ningún factor externo internacional —la presencia en el Consejo de Europa y en el TEDH de Estados con sistemas de valores diferentes a los de la Unión—. Como afirma VON BOGDANDY y su equipo,

[t]he EU, as a Union based on the rule of law, cannot merely shift its burden to protect fundamental rights to a mechanism which is external and subsidiary in nature, which lacks direct enforceability in many domestic legal orders and currently faces serious work-load challenges¹¹⁵².

No obstante, si bien la adhesión no sería ya estrictamente necesaria, sí añadiría un control externo subsidiario que contribuiría a reforzar y fortalecer los derechos

¹¹⁵¹ Vid. el Capítulo 5.

¹¹⁵² VON BOGDANDY, A. *et al.* (2012), *op. cit.*, p. 518.

fundamentales en la Unión. El TEDH se convertiría en una instancia internacional de protección externa y subsidiaria a la que poder acudir, si se cumplen las condiciones, contra las decisiones dictadas por el TJUE en los recursos de amparo europeo. De este modo, el ciudadano podría acudir, además de a los mecanismos jurisdiccionales internos ordinarios, a tres niveles de tutela de los derechos: constitucional (tribunales constitucionales), supranacional (TJUE) y regional (TEDH), por vulneraciones, respectivamente, de los derechos proclamados en las constituciones nacionales, la CDFUE y el CEDH.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CONCLUSIONES

PRIMERA. La evolución del proceso de integración europea demanda el empleo de las categorías propias del Derecho constitucional europeo.

La evolución del proceso de integración europea ha conformado un ordenamiento jurídico cuyas características —autonomía, eficacia directa y primacía— alejan a la UE de los caracteres típicos de las organizaciones internacionales de cooperación. La metodología e instrumentos del Derecho internacional público no permiten en el estado actual de desarrollo de la Unión una explicación completa de sus órganos, funciones, relaciones interinstitucionales y sistema normativo. Por el contrario, la conversión de la Unión en un espacio en el que se ejerce poder exige el necesario empleo de las categorías y las metodologías propias del Derecho constitucional, disciplina llamada a actuar allí donde existe un ejercicio de poder con la finalidad de ordenarlo, limitarlo o racionalizarlo en favor de la ciudadanía y sus derechos (art. 16 DDHC). Nace de este modo el Derecho constitucional europeo, disciplina científico-jurídica que analiza el espacio de poder en que ha devenido la UE a partir de la recuperación de los términos, categorías y conceptos clásicos de la teoría constitucional y su traslación a la UE, bajo la premisa de que la imposible identificación exacta en la Unión de aquellas categorías no puede conllevar una merma del fundamento, las garantías y los controles democráticos ínsitos en las mismas.

SEGUNDA. La evolución de la Unión conforme al método neofuncionalista ha impedido la conformación de una constitución europea en sentido estricto.

Desde su constitución en la década de 1950, la evolución de la Unión —en competencias y en diseño institucional— se ha producido conforme a un método funcional a la realización de su objetivo primigenio: el desarrollo del mercado común europeo. La paulatina asunción de competencias ha estado acompañada de un proceso de ordenación, limitación o racionalización de dicho poder europeo y de un progresivo reconocimiento de los valores de la Unión y de los derechos de la ciudadanía europea, rasgos característicos de todo ordenamiento constitucional que ha conducido, en ocasiones, a afirmar la existencia de una constitución europea. Esta hipótesis podría aceptarse desde un punto de vista formal, pues, pese a que no existe un documento denominado «constitución», los Tratados guardan una relación de supremacía respecto al Derecho derivado. Mayores dificultades tendría la aceptación de aquella premisa desde el punto de vista del origen, pues el proceso constituyente europeo habría sido sustituido por una aprobación de los Tratados conforme a los parámetros propios del Derecho internacional, es decir, a través de conferencias intergubernamentales protagonizadas por los gobiernos estatales. No obstante, la principal razón por la que no puede afirmarse, en el actual estado de la Unión, la existencia de una constitución europea en el sentido estricto del término se encuentra, desde una perspectiva material o sustantiva, en el fundamento o razón de ser del proyecto europeo. Si el ordenamiento constitucional debe fundamentarse, en los términos teóricos propios del constitucionalismo social, en el valor igual dignidad humana y en la centralidad de la persona, el sistema jurídico-político de la Unión, por el contrario, se ha construido y ha evolucionado en torno a un objetivo no admisible como fundamento del ordenamiento constitucional: el desarrollo del mercado común europeo.

TERCERA. La conformación de una constitución europea requiere de una dimensión constitucional dogmática en los términos propios del constitucionalismo social.

El proceso de integración europea se ha desarrollado conforme a una *ratio* o lógica funcional a la realización del mercado común, por lo que la constitucionalización de la Unión se ha producido en los términos correspondientes al primer constitucionalismo — esto es, liberal—, lo que explica el predominio en la Unión de los elementos propios de la dimensión orgánica de la constitución, es decir, aquellos destinados a la limitación del poder (principios articuladores del ordenamiento, un sistema institucional de *checks and*

balances, un Parlamento Europeo o un sistema propio de fuentes del Derecho). La dimensión dogmática queda reducida, en consecuencia, a reconocimientos esencialmente formales, no fundamentados en la centralidad de la dignidad humana. Si el constitucionalismo social se apoya en la primacía de la dignidad y la consiguiente introducción en la constitución del conflicto capital-trabajo, ambos fallan en la Unión: los intereses económicos —aquellos que pueda ser funcional a los objetivos de fortalecimiento del mercado común— priman sobre la máxima realización de la igual dignidad humana y en tanto que la categoría «dignidad» no es trasladada al ámbito de la Unión éste se configura como un espacio en el que no existe conflicto y en que, por ello, «lo económico» puede desenvolverse sin el correspondiente contrapeso «social». La no asunción de la centralidad de la persona ni los derechos fundamentales como ejes del sistema provoca que la función informadora que desempeña el orden público sea desempeñada en la Unión por los intereses de naturaleza económica, funcionales al objetivo de desarrollo de un mercado común para el cual se constituyó el proyecto europeo, lo que implica que la economía impregne —como lo haría el orden público con la dignidad humana— el completo ordenamiento jurídico-político: lo económico no sólo se ha integrado *en* el orden público, sino que *se ha convertido* en el orden público de la UE. El siguiente estadio en la evolución del proceso de integración y de constitucionalización europea consistiría, por tanto, en la asunción de los parámetros propios del constitucionalismo social contemporáneo, es decir, en la articulación del ordenamiento jurídico europeo no en torno al mercado sino hacia el nuevo paradigma que constituiría la máxima realización de la igual dignidad de todas las personas. Esta dogmatización del ordenamiento europeo pretende conseguirse a través de la conformación de un orden público propio de la Unión, en cuanto que categoría jurídica que encarna la aspiración del constitucionalismo social de procurar la máxima realización de la igual dignidad de todas las personas y que, desde esta perspectiva, puede contemplarse como el fundamento del ordenamiento constitucional.

CUARTA. El concepto de orden público puede ser estudiado a partir de la distinción en el mismo de una doble dimensión, positiva y negativa.

Desde el punto de vista de la metodología conceptual, la categoría de orden público puede ser analizada a partir de la distinción en la misma de una doble dimensión, positiva y

negativa. Su dimensión positiva se refiere a la conceptualización del orden público, es decir, a la operación mediante la cual se dota de contenido a este concepto jurídico indeterminado, subjetivo o en blanco. Desde esta perspectiva se trata de construir de manera proactiva un concepto de orden público a disposición del intérprete y del aplicador del Derecho. Esta dimensión positiva se manifiesta en una vertiente interna, esto es, el concreto contenido del orden público determinado en función del ordenamiento jurídico del que depende, y una vertiente externa, en cuanto dicho contenido actúa como elemento característico e identificativo de un concreto ordenamiento frente a otros y, por tanto, como parámetro de distinción y convergencia. Por el contrario, la dimensión negativa del concepto de orden público se refiere a aquel conjunto de instrumentos, técnicas o mecanismos jurídicos que han de garantizar la preservación del orden público en su dimensión positiva («cláusula de orden público», «excepción de orden público», «limitaciones por razón de orden público» u «orden público internacional»). Desde esta perspectiva el orden público hace referencia a las operaciones de exclusión, anulación o rechazo de actos jurídicos que pueden atentar contra aquel contenido identificado, desde su dimensión positiva, como orden público. En esta dimensión negativa también es posible apreciar una vertiente interna, referida a aquellas excepciones, cláusulas o limitaciones que preservan el orden público en las esferas pública y privada, y una vertiente externa, en que operan las cláusulas de Derecho internacional que tratan de preservar el orden público de un determinado ordenamiento en las relaciones internacionales públicas y privadas.

QUINTA. El orden público es un concepto de carácter axiológico que se conforma a partir de los derechos fundamentales.

Analizado desde su dimensión positiva, el orden público constituye un concepto jurídico de carácter axiológico compuesto por valores, principios y derechos. El orden público se manifiesta en forma de valores y principios —como formulación concreta de los primeros— y se construye o conforma a partir de la doble dimensión —subjetiva y objetiva— de los derechos fundamentales: del derecho como pretensión invocable y objeto de protección y de su desarrollo en la realidad de un determinado ordenamiento (dimensión subjetiva) es posible extraer una formulación concreta de los valores y principios (dimensión objetiva) que, junto con los derechos, conformarán el contenido del orden público. Si bien el orden

público se construye a partir de los derechos fundamentales —que, desde una perspectiva «ascendente», fundamentan y concretan los valores y principios—, desde una perspectiva «descendente» esos mismos valores y principios determinan la orientación y el sentido de los derechos fundamentales. Los derechos operan, pues, como la fuente de determinación del orden público (de la que derivan los valores y principios) y como la institución que permite concretar el orden público a la realidad práctica, lo que explica que los contornos y contenidos del orden público dependan del contexto social en que se produzca su invocación y aplicación y que exprese las concepciones o sentimientos vigentes en la sociedad.

SEXTA. El orden público constituye el núcleo o síntesis axiológica del ordenamiento.

El contenido del orden público depende del ordenamiento jurídico del que se predica y del momento concreto en el que se produce su invocación y aplicación. No cabe, en consecuencia, realizar enumeración alguna de los específicos valores, principios y derechos que compondrán un determinado orden público, sino establecer los parámetros conforme a los cuales aquéllos podrán ser calificados como tal. El orden público debe ser concebido como una categoría dotada de excepcionalidad, tanto en lo que se refiere a su aplicabilidad en la práctica jurídica como en el concreto contenido de que debe componerse. Por ello, el contenido del orden público se caracteriza por la fundamentalidad y la necesidad social: el primer criterio se refiere al carácter esencial, trascendente o importante del valor, principio o derecho, de modo que sólo los más elementales —inderogables e irrenunciables bajo cualquier circunstancia — pueden conformar el concepto de orden público; el segundo criterio proporciona la fuente de determinación de dicha fundamentalidad: sólo los valores, principios y derechos que se consideren socialmente esenciales, por razones éticas, morales o de otra índole, pueden formar parte del orden público. La conjunción de ambos criterios permite calificar al orden público como el núcleo o la síntesis axiológica de un determinado ordenamiento jurídico: la categoría que aúna los valores esenciales del ordenamiento, que lo caracterizan e identifican frente a otros, y que constituye, por ello, su fundamento dogmático-axiológico.

SÉPTIMA. El orden público garantiza la centralidad de la igual dignidad humana en el ordenamiento.

El orden público se compone de valores, principios y derechos pero constituye una categoría jurídica autónoma y diferente de aquéllos. El rasgo que distingue el concepto de orden público de los elementos que lo componen es su funcionalidad: el orden público pondera y prioriza los valores, principios y derechos que constituyen su contenido en torno al objetivo de garantizar la mayor protección, promoción y efectividad de la igual dignidad humana en la creación, interpretación y aplicación del Derecho. El orden público, pues, impregna y articula el ordenamiento jurídico-político en torno a un sistema de valores fundamentado en la dignidad humana, objetivo propio del constitucionalismo social que explica la relación intrínseca entre orden público, dignidad y Estado social. La dignidad humana, pues, constituye el valor en torno al cual gravita el orden público, el que fundamenta su contenido (dimensión positiva) y el que justifica su defensa (dimensión negativa). De este modo, el orden público no es una simple suma agregada de valores, principios o derechos, ya que no es una categoría axiológicamente neutra. Por el contrario, actúa como un instrumento axiológico de ponderación y priorización de los valores, principios y derechos de los que se compone y como catalizador del ordenamiento jurídico del cual se predica hacia la mayor protección, promoción y efectividad de la centralidad de la dignidad humana y la persona.

OCTAVA. El orden público se manifiesta en el ejercicio de los tres poderes del Estado.

La función del orden público de ponderación y priorización de los diferentes valores, principios y derechos de que se compone en torno a la máxima protección de la persona informa la actuación de los tres poderes del Estado. En primer lugar, el orden público constituye un parámetro axiológico de referencia para el poder legislativo, que, por un lado, debe adoptar normativa que contribuya a la plena eficacia del orden público y, por otro lado, ha de evitar que pueda ser vulnerado, de forma directa o indirecta, por cualquier norma que pretenda ser aprobada, contribuyendo de este modo a un ordenamiento jurídico coherente en torno a la búsqueda de la máxima realización de la igual dignidad humana. En segundo lugar, el poder ejecutivo y la Administración son los primeros garantes del respeto y protección del orden público en la aplicación del ordenamiento jurídico y en

la concreción del concepto a la realidad práctica. En tercer lugar, cuando el Derecho positivo, impregnado en sí mismo de las exigencias de orden público, no es capaz de dar una respuesta acorde con el mismo al concreto caso planteado, los miembros del poder judicial deben llevar a cabo una operación de identificación de los valores, principios y derechos implicados y articular a partir de ellos una solución que, sin renunciar a ninguno, priorice a aquéllos que permitan la máxima satisfacción de la igual dignidad humana.

NOVENA. El orden público contribuye a los objetivos propios del constitucionalismo social.

La caracterización del orden público como categoría jurídica compuesta por valores, principios y derechos que procura la máxima realización de la igual dignidad humana en un determinado ordenamiento jurídico implica tres consecuencias en relación con el ordenamiento constitucional del que constituye su núcleo. En primer lugar, el orden público, en cuanto que articula los valores, principios y derechos de un determinado ordenamiento jurídico en torno a la centralidad de la persona, constituye el fundamento dogmático del constitucionalismo social, pues permite la ordenación, limitación y racionalización del poder en garantía de la máxima realización de la igual dignidad humana. En segundo lugar, el orden público proporciona al ordenamiento constitucional una legitimidad democrática basada, por un lado, en la exigencia de un ordenamiento coherente en torno a la máxima realización de la igual dignidad humana y, por otro lado, por cuanto se conforma a partir de los derechos fundamentales, en la configuración de un sistema de valores que responde a las necesidades, las concepciones y los sentires sociales. En tercer lugar, en cuanto su contenido está constituido por los valores, principios y derechos que caracterizan a una determinada sociedad en un concreto momento histórico, el orden público permite caracterizar y singularizar el ordenamiento jurídico del que se predica, contribuyendo de este modo a la generación de una identidad constitucional propia. Dado que estas tres funciones —fundamentación del ordenamiento, legitimidad democrática e identidad constitucional— se fundamentan y articulan a partir de la máxima realización del valor «igual dignidad», puede afirmarse que el orden público contribuye de este modo a la realización de los objetivos propios del constitucionalismo social.

DÉCIMA. En el constitucionalismo español predomina la concepción del orden público limitada a su significación como ausencia de conflicto.

Los textos constitucionales y legales históricos españoles han empleado con carácter general un concepto de orden público entendido como situación de hecho caracterizada por la ausencia de conflicto que, por ello, permite el normal funcionamiento de las instituciones, la correcta aplicación de las normas y el libre ejercicio de los derechos fundamentales. Esta previsión, que en realidad enmascaraba un instrumento de opresión discrecional en manos del poder ejecutivo, parece ceder en la republicana Ley de Orden Público de 1933 ante un orden público concebido como sistema de valores articulado en torno a la centralidad de la persona. No obstante, el franquismo recuperará la anterior acepción del orden público y reforzará su vinculación con el concepto de seguridad pública, tras lo cual la Constitución de 1978 reducirá su presencia a dos preceptos, en los que aparece como límite al ejercicio de derechos. Por un lado, el art. 16.1 CE, en el que encontramos la única referencia constitucional a un orden público como un sistema de valores que actúa aquí como cláusula limitadora de las manifestaciones de la libertad ideológica y religiosa. Por otro lado, el art. 21.2 CE, donde el orden público se presenta de nuevo como situación de hecho caracterizada por la ausencia de conflicto, al articularse como motivo de prohibición, siempre que existan razones fundadas y exista peligro para personas o bienes, de las concentraciones y manifestaciones.

UNDÉCIMA. El orden público es un concepto de contenido mutable en función de la rama del ordenamiento jurídico en que se emplea.

El orden público es un categoría frecuentemente empleada por las diferentes ramas del Derecho español y su caracterización varía en función de las mismas. La legislación de desarrollo de la libertad religiosa y la reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio conciben el orden público como la situación de hecho que deriva de la no alteración del sistema de valores del ordenamiento constitucional español. En Derecho civil y mercantil es concebido como núcleo axiológico cuyo respeto se exige para la eficacia de la costumbre como fuente del Derecho, la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos, el establecimiento de pactos, cláusulas y condiciones contractuales o la constitución de una sociedad de capital. En Derecho administrativo predomina la

concepción del orden público como sinónimo de seguridad pública y de ausencia de conflicto y disturbios. En Derecho penal se realiza una interpretación del concepto de orden público excesivamente amplia en la que se incluyen tanto los delitos que protegen la situación de normalidad y libre ejercicio de los derechos (sedición o desórdenes públicos) como los atentados contra la autoridad o la tenencia de armas. El orden público aparece en Derecho internacional privado como cláusula que impide la aplicabilidad en España de leyes y el reconocimiento o ejecución de resoluciones, sentencias o documentos extranjeros porque producen efectos, resultados o situaciones contrarios al orden público español. Finalmente, en Derecho internacional público el orden público aparece, principalmente, como motivo de denegación de la nacionalidad o de prohibición de entrada de personas extranjeras al territorio español.

DUODÉCIMA. El concepto de orden público ha evolucionado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hasta aproximarse a la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo.

Es posible apreciar una evolución en la interpretación del concepto de orden público efectuada por el Tribunal Constitucional. Así, inicialmente era frecuente su concepción desde su dimensión negativa, esto es, como situación de hecho caracterizada por la ausencia de conflicto (SSTC 33/1982 y 6/1983), así como su vinculación a las normas imperativas de Derecho procesal —orden público procesal— (SSTC 90/1986, 39/1988 y 154/1991). No obstante, progresivamente transitará hacia acepciones de índole más axiológica, comprensivas de los derechos fundamentales (STC 19/1985) y los principios constitucionales —particularmente el interés superior del menor (SSTC 132/1991, 7/1994, 141/2000 y 178/2020)— hasta llegar, finalmente, a definir el orden público como «el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada» (STC 46/2020). Ello supone una aproximación entre las jurisprudencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, pues éste ha mantenido generalmente un concepto de orden público de carácter axiológico, compuesto por aquellos principios jurídicos, públicos, privados, políticos, económicos, morales o religiosos, así como por los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, que contienen

los fundamentos de una determinada organización social, reflejan los valores que en cada momento informan sus instituciones jurídicas y son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en una época determinada.

DECIMOTERCERA. Se aprecia en la doctrina una tendencia a considerar la existencia o la emergencia de un orden público europeo.

El orden público europeo ha sido objeto de atención por parte de la doctrina española y extranjera de las últimas décadas. Ha sido identificado como la cláusula de orden público internacional propia del Derecho de la Unión, como el patrimonio constitucional común europeo, como la conciencia cultural europea —síntesis de sus elementos religiosos, humanistas y culturales—, como conjunto de normas de especial importancia e inexcusable observancia, como los intereses fundamentales de la sociedad europea e incluso como instrumento de reconstrucción del entero ordenamiento jurídico europeo. No obstante, predomina la atribución al concepto de orden público en la Unión de unos perfiles de tipo axiológico, esto es, o bien como un conjunto o síntesis de valores, principios o derechos — estrictamente europeos o procedentes de los Estados miembros— que refleja la esencia axiológica compartida, o bien como mínimo indiscutible de derechos fundamentales que deben ser respetados por parte de todos los Estados de la Unión. Tanto para las posiciones que defienden la existencia del concepto como para las que postulan su necesidad el orden público europeo es considerado con carácter general como un conjunto de valores, principios o derechos compartidos por la ciudadanía de la Unión.

DECIMOCUARTA. El orden público es esencialmente para el Derecho de la Unión un mecanismo a disposición de los Estados que habilita para impedir la aplicación en los mismos de normativa de la Unión.

Los Tratados constitutivos de la UE no reconocen la existencia de un orden público europeo como núcleo axiológico de valores, principios y derechos. Si para el TUE el orden público es simplemente una función esencial del Estado —el mantenimiento de la paz social—, que, como tal, debe ser respetada por la Unión (art. 4.2 TUE), para el TFUE el orden público se configura como una cláusula de excepción a la aplicabilidad en un determinado Estado miembro de una norma comunitaria que pudiera lesionar algún valor considerado esencial

en su ordenamiento jurídico (arts. 36, 45.3, 52.1, 65.1.b) y 202 TFUE). No contempla la CDFUE el orden público en su articulado, si bien sí existen referencias en las Explicaciones a la misma, como límite al ejercicio de derechos (arts. 7, 10, 11 y art. 12 CDFUE), como modulación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 CDFUE) o como excepción a la vigencia de los derechos (art. 52 CDFUE). En el Derecho derivado, los reglamentos, directivas y decisiones se refieren frecuentemente al orden público en los mismos términos que el TFUE, esto es, como cláusula de orden público estatal que permite la justificación de restricciones, limitaciones o exclusiones a la aplicación de la normativa comunitaria. No obstante, es posible encontrar referencias a un orden público comunitario autónomo en procesos de elaboración de normativa europea finalmente no aprobada y se aprecia la tendencia, en los últimos años, a reconocer un contenido europeo en la cláusula *iusinternacionalista* de orden público y a perfilar un orden público de tipo axiológico propio de la UE, especialmente en el ámbito de las marcas y otros signos identitarios. Esta tendencia también es apreciable en las instituciones de la Unión, donde el orden público ha superado su mera presencia en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia — como necesario común denominador axiológico de la sociedad europea— para erigirse en el mecanismo jurídico llamado a garantizar la centralidad de la persona en el ordenamiento jurídico europeo. Estos reconocimientos embrionarios, sin embargo, no impiden que deba rechazarse la existencia en el Derecho originario y derivado de la Unión de un concepto de orden público análogo a la caracterización del término propia de los ordenamientos constitucionales.

DECIMOQUINTA. El orden público evoluciona en la jurisprudencia del TJUE hacia un contenido de tipo axiológico y unos perfiles propios en la Unión.

La jurisprudencia del TJUE que ha abordado el concepto y la virtualidad del orden público en la Unión puede dividirse, a efectos de una mejor comprensión, en seis fases temporales. Durante la primera fase (1974-1982) el orden público se concibe como un concepto abierto, expresivo de los intereses sociales fundamentales, cuya definición compete a los Estados miembros pero que se sujeta a un cierto control y tratamiento específico en el ámbito de la Comunidad. En la segunda fase (1982-1991), por el contrario, se aprecia un retroceso en cuanto a la adquisición por el concepto de unos contornos europeos y de un contenido

axiológico: el orden público se reafirmará como un concepto estatal de Derecho positivo. El orden público adquiere en una tercera fase (1991-1999), en cambio, un perfil de tipo axiológico, en el que se incluyen aspectos valorativos y, sobre todo, los derechos fundamentales. Durante la cuarta fase (1999-2004), si bien se rechaza la existencia de un orden público europeo autónomo, por primera vez se acepta que debe incorporarse un contenido propio de Derecho de la Unión en un concepto de orden público que incluye tanto normas jurídicas positivas como valores, principios y derechos fundamentales e, incluso, la tutela de la dignidad. En la quinta fase (2004-2010) la jurisprudencia del TJUE refuerza la naturaleza estatal del concepto de orden público, que se configura como un instrumento de conflicto internormativo entre los sistemas de valores propios de los Estados miembros y la aplicación del Derecho de la Unión. El orden público se concibe de este modo como una cláusula, contemplada en diferentes instrumentos comunitarios, que permite a los Estados miembros ampararse en una determinada concepción de un valor, un principio o un derecho, singular y característico de su ordenamiento jurídico y distinto al de los demás, para evitar la aplicación, en aquel Estado miembro, de una norma de Derecho de la Unión que pudiera lesionar dicha concepción axiológica. Durante la sexta fase analizada (2011-2020), pese a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, no se producen avances en la caracterización del orden público como concepto propio de la Unión. Al contrario, se reafirma su consideración como concepto de naturaleza esencialmente estatal, que incluye un contenido propio de Derecho de la Unión y que comprende normas jurídicas imperativas de especial trascendencia y valores, principios y derechos fundamentales, aunque es apreciable una tendencia en las conclusiones de los Abogados Generales a perfilar un orden público europeo autónomo y dotado de un contenido y unos contornos propios en la Unión. En definitiva, la jurisprudencia del TJUE evidencia que tampoco podemos encontrar en ella un concepto de orden público propio de la Unión que, análogamente a lo que sucede en los ordenamientos constitucionales estatales, opere como cláusula de garantía de la igual dignidad y de centralización de la persona en el ordenamiento jurídico-político.

DECIMOSEXTA. El sistema de derechos del Consejo de Europa ha conformado un orden público europeo como síntesis de valores, principios y derechos.

El Consejo de Europa ha configurado un sistema de tutela de derechos fundamentales eficaz basado un mecanismo de garantía colectiva en virtud del cual todos los Estados miembros, a través de los asuntos interestatales y en ejercicio de una obligación de tipo objetivo, asumen la responsabilidad de garantizar la mayor protección de los derechos del CEDH. Junto a las demandas individuales y las medidas cautelares, ello ha convertido al Convenio en un instrumento constitucional de orden público europeo (*Loizidou c. Turquía*, 1995) en manos de un TEDH que ha adoptado la lógica de funcionamiento propia de los tribunales constitucionales. Su jurisprudencia ha perfilado un concepto propio de orden público llamado a salvaguardar el patrimonio común de tradiciones políticas, ideales, libertades y Estado de Derecho (*Austria c. Italia*, 1961). Este orden público europeo actuaría en el ámbito del Consejo de Europa como un núcleo axiológico que guiaría al TEDH en la solución de colisiones de derechos y que se compondría de valores y principios y los derechos humanos garantizados en el CEDH y sus Protocolos, articulados a partir del criterio de la sociedad democrática y de la dignidad humana.

DECIMOSÉPTIMA. El orden público europeo conformado en el ámbito del Consejo de Europa puede actuar como modelo de referencia para un orden público propio de la Unión.

De la generación de un orden público europeo en el ámbito del Consejo de Europa (CEDH y TEDH) es posible extraer las siguientes lecciones a efectos de la posible conformación de un orden público propio de la Unión. En primer lugar, el orden público generado a partir del CEDH evidencia que los márgenes de esta institución jurídica no quedan reducidos necesariamente al Estado, sino que es posible su traslación a espacios supraestatales de ejercicio del poder. En segundo lugar, el orden público se construye desde la doble dimensión subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales, pues a partir de la tutela efectiva de los derechos el TEDH ha conformado una concepción europea de los valores. En tercer lugar, el orden público opera como una categoría axiológica autónoma y distinta de los sistemas axiológicos de los Estados parte que constituyen su fuente. En cuarto lugar, el orden público europeo informa y orienta los ordenamientos jurídicos de los Estados parte del CEDH hacia la mayor protección de la igual dignidad humana. Finalmente, el orden público del Consejo de Europa opera como mecanismo de integración política entre

sus Estados miembros. Ahora bien, la conformación de un orden público propio del sistema del Consejo de Europa ha sido posible porque su misión principal consiste en la tutela de los derechos fundamentales, de modo que ningún otro interés —político, jurídico o económico— desplaza a la dignidad humana en su posición de centralidad del sistema, lo que no sucede en el ámbito de la Unión Europea.

DECIMOCTAVA. Los valores y principios europeos impregnan formalmente el Derecho originario de la Unión.

Existen en el Derecho de la Unión los elementos materiales que conforman el concepto de orden público —valores, principios y derechos— pero, sin embargo, éstos no dan lugar a un ordenamiento jurídico coherente en torno a la centralidad de la igual dignidad humana. Es precisamente esta falta de centralidad de la persona la que demuestra la importancia del concepto de orden público y su inexistencia en la Unión: la trascendencia del concepto se diluye en los ordenamientos constitucionales nacionales porque la propia constitución del Estado social exige la centralidad de la dignidad; por el contrario, la necesidad de la categoría se evidencia en ordenamientos en los que, como el de la UE, su contenido no desempeña las funciones propias de aquélla. Por ello, constatada la factibilidad de un orden público en un nivel supranacional de ejercicio de poder, ha de rastrearse en los componentes del concepto los motivos por los que no se ha conformado un orden público propio de la Unión. Por lo que se refiere a los valores y principios —que no se plasmarán en el Derecho originario hasta el Tratado de Maastricht y, sobre todo, el de Ámsterdam—, son reconocidos por los Tratados, al menos formalmente, como fundamento dogmático de la Unión. De este modo, en el TUE los valores europeos —dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos (art. 2 TUE)— se configuran como un fin propio de la Unión (arts. 2, 3.1 y 13.1 TUE), como objetivos de implantación en el mundo (arts. 3.5, 8.1, 21, 32 y 42.5 TUE) y como exigencia para la adhesión a la Unión (art. 49 TUE). Más secundaria es la mención que aparece en el art. 14 TFUE a la dimensión social de la economía como valor de la Unión que ha de inspirar la normativa europea. Los valores europeos se configuran, finalmente, como el fundamento axiológico de la Carta, que señala a la persona como el centro de actuación de la Unión.

DECIMONOVENA. Los derechos fundamentales han transitado en la Unión desde su ausencia pretendida a su proclamación en el Derecho originario.

La posibilidad de que los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales pudieran resultar afectados por la normativa comunitaria fue expresamente rechazada por la primera jurisprudencia del TJCE (*Stork, Comptoirs de vente, Sgarlata*), por lo que permanecerán fuera de la órbita de la Comunidad hasta que, progresivamente, el Tribunal de Justicia reconozca que los derechos subyacen a los principios generales del Derecho comunitario (*Stauder*) y que se inspiran en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (*Internationale Handelsgesellschaft mbH*) y en los tratados internacionales sobre derechos humanos (*Nold*); en particular, el CEDH (*Rutili*). Esta construcción pretoriana —a la cual contribuyeron las resistencias de los tribunales constitucionales italiano (*Frontini*) y alemán (*Solange*)— se incorporará a los Tratados en el Acta Única Europea, el Tratado de Maastricht y el Tratado de Lisboa, tras el cual los derechos fundamentales ocupan en la Unión una triple posición: la CDFUE adquiere vinculatoriedad jurídica, consagrándose definitivamente como la declaración de derechos propia de la Unión (art. 6.1 TUE); sigue confiándose la efectiva protección de los derechos al sistema del Consejo de Europa, al establecer la imperativa adhesión al CEDH (art. 6.2 TUE); y los derechos continúan operando como principios generales del Derecho de la Unión (art. 6.3 TUE).

VIGÉSIMA. El limitado sistema de tutela de los derechos fundamentales en la Unión impide la conformación de un orden público europeo propio.

Sin perjuicio de su efectiva función simbólica de integración política, la CDFUE no ha supuesto un cambio estructural en el sistema de tutela de los derechos fundamentales en la Unión, cuyas limitaciones han impedido la formación de un orden público propio. En primer lugar, la UE no dispone de una competencia sustantiva o normativa autónoma en materia de derechos fundamentales, por lo que los derechos de la Carta tienen una vinculación negativa —deben ser respetados por los agentes, estatales o europeos, que aplican el Derecho de la Unión—, pero no positiva —no habilitan para el desarrollo de una actividad normativa de tutela de los derechos—. En segundo lugar, la aplicabilidad de la CDFUE queda limitada a las instituciones, órganos y organismos de la Unión y a los Estados

miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión (art. 51.1 CDFUE), por lo que quedan fuera de su ámbito de aplicación las vulneraciones de derechos que se produzcan en el espacio geográfico de la UE por parte de actuaciones en las que no esté implicado el Derecho de la UE. En tercer lugar, el art. 52.1 CDFUE subordina los derechos fundamentales a la consecución de los objetivos de interés general de la Unión, por lo que no queda garantizada la primacía de los derechos en caso de colisión con otros intereses de política europea. Finalmente, la interpretación de los derechos de la Carta se sujeta a una serie de limitaciones: su sentido y alcance se condicionan a su configuración e interpretación en otros preceptos de los Tratados (art. 52.2 CDFUE), del CEDH (art. 52.3 CDFUE) o de las tradiciones constitucionales comunes (art. 52.4 CDFUE); los principios de la CDFUE se limitan a informar la actividad legislativa y ejecutiva (art. 52.5 CDFUE); la interpretación de los derechos debe respetar las legislaciones y prácticas nacionales (art. 52.6 CDFUE); las disposiciones de la Carta no pueden limitar o lesionar los derechos reconocidos en el Derecho de la Unión, en el Derecho internacional y en las constituciones estatales (art. 53 CDFUE); y la interpretación de dichas disposiciones no puede conducir a una restricción mayor de la prevista (art. 54 CDFUE).

VIGESIMOPRIMERA. No existe mecanismo jurisdiccional específico de tutela de los derechos fundamentales en la Unión.

A la no generación de un orden público europeo contribuye, en particular, la inexistencia de un recurso jurisdiccional que de manera específica se ocupe de la tutela de la dimensión subjetiva de los derechos, lo que impide al TJUE la conformación, a partir de su dimensión objetiva, de una síntesis de valores que actúe como guía axiológica del ordenamiento jurídico europeo. Existen, no obstante, otros medios de tutela de los derechos y valores proclamados en los Tratados. Por un lado, los mecanismos de tutela objetiva, cuya finalidad no es reparar los atentados particulares a derechos sino su garantía *in genere* ante conductas lesivas persistentes: el mecanismo preventivo del art. 7.1 TUE y el mecanismo sancionador del art. 7.2 TUE ante vulneraciones de los valores de la Unión; el Marco del Estado de Derecho, que se configura como un mecanismo político que trata de evitar la activación del art. 7 TUE; el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092, que condiciona la ejecución del presupuesto europeo a la eficacia del Estado de Derecho; el recurso por

incumplimiento, que permite al TJUE controlar el cumplimiento por los Estados miembros de las obligaciones que les incumben en virtud de los Tratados —entre ellas los derechos fundamentales—; y la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que asesora a las instituciones de la UE y a los Estados miembros en materia de derechos. Por otro lado, los mecanismos de tutela subjetiva, cuyo objeto es resarcir al particular en la integridad de sus derechos: el Defensor del Pueblo Europeo y las garantías jurisdiccionales, que pueden ser directas —si el particular ostenta legitimación activa: el recurso de anulación, el recurso por omisión y la excepción de ilegalidad— o indirectas —si el particular carece de dicha legitimación: la cuestión prejudicial—, pero que, en cualquier caso, requieren que la violación del derecho fundamental se encuentre vinculada a la vulneración de una disposición de Derecho de la Unión. En consecuencia, las violaciones de derechos fundamentales en el ámbito de la Unión siguen dependiendo de los recursos disponibles en el ámbito del Consejo de Europa, cuyo CEDH continúa operando como fuente de determinación de los principios generales del Derecho de la Unión y cuyo TEDH mantiene un diálogo doctrinal y competencial con el TJUE que ha contribuido a la creación de una doctrina europea de derechos fundamentales. Tras los dictámenes 2/94 y 2/13, queda pendiente, sin embargo, la adhesión al CEDH, que permitiría dotar a la UE de un control externo de orden internacional.

VIGESIMOSEGUNDA. La conformación de un orden público de la Unión depende de una tutela eficaz de los derechos fundamentales.

La conformación del orden público a partir de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales requiere que su dimensión subjetiva sea eficaz, esto es, que cuente con un efectivo sistema de tutela de los derechos fundamentales de la ciudadanía europea. Ante un deficitario e insuficiente sistema de protección y promoción de los derechos fundamentales en la UE, la doctrina ha realizado construcciones e interpretaciones que tratan de reforzar, sin reforma de los Tratados, la dimensión dogmática de la Unión. Podemos destacar, por un lado, la *Reverse Solange*, formulada por el equipo del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional a partir de las limitaciones del art. 51.1 CDFUE. Según esta propuesta, fuera del ámbito de aplicación de la Carta se presume que los Estados miembros respetan y protegen los derechos

fundamentales, pero en caso de una violación sistémica de la esencia de los derechos capaz de destruir dicha presunción la ciudadanía europea podría invocar su condición de tal para solicitar su reparación ante los tribunales ordinarios por violación de los arts. 2 TUE y 20 TFUE. Por otro lado, también se ha defendido la posibilidad de acudir a un mecanismo análogo al empleado por el Tribunal Constitucional austríaco en 2012: la otorgación a los derechos de la CDFUE de la naturaleza de derechos constitucionales en los ordenamientos nacionales, de modo que constituyan un parámetro de constitucionalidad del Derecho interno.

VIGESIMOTERCERA. Son necesarias reformas en los Tratados para la conformación de un orden público propio de la Unión Europea.

La generación de un orden público propio de la Unión requiere la articulación de un nuevo paradigma en el sistema de los derechos fundamentales de la UE, para lo que se hace necesario una reforma de los Tratados en un doble sentido. Por un lado, la atribución a la Unión de una competencia propia y autónoma en materia de derechos fundamentales que permita a las instituciones europeas desarrollar una política normativa de promoción, difusión y extensión de los derechos de la Carta, de modo que los derechos no sólo mantengan su actual vinculación negativa sino que también asuman una vinculación positiva; esto es, que los derechos no constituyan simples límites a la acción del poder sino que se erijan en una de las finalidades principales de la Unión. Debería tratarse de una competencia compartida particular entre la Unión y los Estados miembros: las autoridades europeas estarían facultadas y compelidas a garantizar una mínima protección y promoción común de los derechos en toda la Unión, a partir de la cual fuera posible una acción de complemento, mejora o particularización por cada Estado miembro. Por otro lado, y como consecuencia de esta asunción de competencia, sería necesario un recurso jurisdiccional específico de amparo de los derechos de la CDFUE que habría de ser conocido y resuelto por un TJUE convertido en el Tribunal Constitucional de la Unión, en el que podría crearse una sala específica para resolver los asuntos sobre derechos fundamentales. Con este nuevo sistema, la adhesión al CEDH no sería ya estrictamente necesaria, si bien sí añadiría un control externo subsidiario que podría contribuir a reforzar y fortalecer los derechos fundamentales en la Unión. En definitiva, la adquisición de vinculación positiva por los

derechos fundamentales —derivada de la atribución a la Unión de una competencia propia al respecto— y la jurisprudencia del TJUE formulada a partir de un nuevo recurso de amparo europeo permitiría sentar las bases para la conformación de un sistema de valores propio de la Unión, de un orden público europeo que habría de articular su ordenamiento jurídico en torno a la máxima centralidad de la igual dignidad humana y contribuir, de este modo, a una Unión Europea constitucional.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

SUMMARY

The progressive process of competences assumption, of organisation, limitation and rationalisation of power and of recognition of values and rights has given the European Union a supranational level of power where important areas of originally state sovereignty are exercised. However, this process of constitutionalisation has not given rise to a material constitution in the strict sense of the term: if constitutional order has to be based on the value of equal human dignity and the centrality of the person in the theoretical terms of social constitutionalism, the legal-political system of the Union has been constructed and has evolved, on the contrary, in a way that is functional to its original objective of developing the European Common Market.

Constitutionalisation of the Union in accordance with the paradigms of the first (liberal) constitutionalism explains the predominance in this level of institutions belonging to the organic dimension of the constitution, essentially aimed at limiting power. The dogmatic dimension, on the contrary, is reduced to essentially formal recognitions, not based on the centrality of dignity. The next stage in the evolution of the process of European integration and constitutionalisation should be based, logically speaking, on the assumption of the parameters of contemporary social constitutionalism. Specifically, it should proceed on the articulation of the European legal system around the maximum realisation of equal human dignity.

Following the methodology of critical European constitutional law, this doctoral thesis attempts to reconstruct the dogmatic dimension of the European constitutional space through the legal mechanism of public order. To this end, the first part of the thesis

characterises the category, constituent elements and functions of the concept of public order and exemplifies its operability in the Spanish legal system. Constructed on the basis of the double dimension (subjective and objective) of fundamental rights, public order is presented as a synthesis of the values of a given legal system which guarantees the greatest protection, promotion and effectiveness of human dignity.

The second part of the thesis aims to study the configuration of public order in current European Union law. To that end, it analyses the category and its constituent elements in the European legal system and, in particular, in the case-law of the Court of Justice of the European Union. This allows us to establish that public order acts at this level as an exception or axiological counter-limit to the applicability in the Member States of certain rules of Union law and that, for this reason, it is not comparable to the constitutional concept of public order.

Finally, the third part of the thesis is dedicated, firstly, to the analysis of public order configured by the Strasbourg Court on the basis of the European Convention on Human Rights as a reference model for European Union public order. Secondly, it explores, in the dogmatic dimension of EU law, the factors that prevent the creation of European public order. Thirdly, different *lege ferenda* proposals are made for the generation of a European constitutional public order, essentially centred on the necessary reconfiguration of the constitutional position that fundamental rights occupy in the European Union.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CONCLUSIONS

FIRST. The evolution of the process of European integration requires the European constitutional law categories.

The evolution of the process of European integration has shaped a legal system whose characteristics (autonomy, direct effect and primacy) distance the European Union from the typical characteristics of international cooperation organisations. In the current state of development of the Union, methodology and instruments of public international law do not allow a full explanation of its organs, functions, inter-institutional relations and normative system. On the contrary, the conversion of the Union into a space where power is exercised requires the necessary use of the categories and methodologies of constitutional law. Constitutional law is a discipline called wherever there is an exercise of power with the aim of ordering, limiting or rationalising it in favour of citizens and their rights (Article 16 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen). This is how European constitutional law appears. This is a scientific-legal discipline that analyses the space of power that the European Union has become based on the recovery of classic terms, categories and concepts of constitutional theory and their translation to the European Union. This translation is made under the premise that the impossible exact identification in the Union of those categories cannot lead to a reduction in the foundations, guarantees and democratic controls inherent in them.

SECOND. The evolution of the Union according to the neofunctionalist method has prevented the formation of a European Constitution in the strict sense of the term.

Since its creation in the 1950s, the evolution of the Union (in competences and institutional design) has taken place according to a method that is functional to the achievement of its original objective: the development of the European Common Market. The gradual assumption of competences has been accompanied by a process of organisation, limitation or rationalisation of this European power and a progressive recognition of the values of the Union and the rights of European citizenship. These are all characteristic features of any constitutional order, which is why the existence of a European Constitution has sometimes been claimed. This hypothesis could be accepted from a formal point of view because the Treaties have a relationship of supremacy with respect to secondary legislation, although there is no document called "Constitution". It would be more difficult to accept this premise from the point of view of origin: the European constituent process would have been replaced by an approval of the Treaties according to the parameters of international law, i.e. through intergovernmental conferences led by state governments. However, the main reason why the existence of a European Constitution in the strict sense of the term cannot be affirmed in the current state of the Union is to be found, from a material or substantive perspective, in the foundation or *raison d'être* of the European project. If constitutional order must be based, in the theoretical terms of social constitutionalism, on the value of equal human dignity and the centrality of the person, the legal-political system of the Union, on the contrary, has been built and has evolved around an objective that is not admissible as the basis of the constitutional order: the development of the European Common Market.

THIRD. The conformation of a European Constitution requires a dogmatic constitutional dimension in the terms of social constitutionalism.

The process of European integration has been developed in accordance with a ratio or logic that is functional to the completion of the Common Market. Consequently, the constitutionalisation of the Union has taken place in terms corresponding to the first constitutionalism (that is, liberal). This phenomenon explains the predominance in the Union of the characteristic elements of the organic dimension of the Constitution, that is, those aimed at the limitation of power (principles that articulate the legal system, an institutional system of *checks and balances*, a European Parliament or its own system of

sources of law). Dogmatic dimension is thus reduced to essentially formal recognitions, not based on the centrality of human dignity. If social constitutionalism is based on the primacy of dignity and the consequent introduction of the capital-labour conflict into the Constitution, both fail in the Union. On the one hand, economic interests (whatever can be functional to the objectives of strengthening the Common Market) take precedence over the maximum realisation of equal human dignity. On the other hand, the sphere of the Union is configured as a space where there is no conflict, as long as the category “dignity” is not transferred there. Therefore, “the economic” can be developed without the corresponding “social” counterweight. Centrality of the person and fundamental rights are not assumed as the axis of the system. This implies that the informing function played by public order is carried out in the Union by interests of an economic nature, functional to the objective of developing a Common Market for which the European project was constituted. Consequently, the economy permeates (as public order would do with human dignity) the entire legal-political order: the economic has not only been integrated *into* public order, but *has become* the European Union public order. The next stage in the evolution of the process of European integration and constitutionalisation would therefore consist of the assumption of the parameters of contemporary social constitutionalism. That is to say, in the articulation of the European legal order not around the market but towards the new paradigm that would constitute the maximum realisation of the equal dignity of all persons. This dogmatisation of the European legal order is intended to be achieved through the creation of public order specific to the Union. Public order can be considered as a legal category that embodies the aspiration of social constitutionalism to ensure the maximum realisation of the equal dignity of all persons and which, from this perspective, can be seen as the foundation of the constitutional order.

FOURTH. The concept of public order can be studied on the basis of the distinction of a double dimension (positive and negative) in it.

From the point of view of conceptual methodology, the category of public order can be analysed on the basis of the distinction of a double dimension (positive and negative) in it. Its positive dimension refers to the conceptualisation of public order, i.e. the operation by which this indeterminate or subjective legal concept is given content. From this perspective

it is a matter of proactively constructing a public order concept available to the interpreter and applicator of the law. This positive dimension is manifested, on the one hand, in an internal aspect, that is, the specific content of public order determined in accordance with the legal system on which it depends. On the other hand, in an external aspect, insofar as this content acts as a characteristic and identifying element of a specific legal system in relation to others and, therefore, as a parameter of distinction and convergence. On the contrary, the negative dimension of the concept of public order refers to the set of legal instruments, techniques or mechanisms that must guarantee the preservation of public order in its positive dimension (“public order clause”, “public order exception”, “public order limitations” or “international public order”). From this perspective, public order refers to the operations of exclusion, annulment or rejection of legal acts that may infringe the content identified, in its positive dimension, as public order. In this negative dimension, it is also possible to appreciate, on the one hand, an internal aspect, referring to those exceptions, clauses or limitations that preserve public order in the public and private spheres. On the other hand, an external aspect, in which the clauses of international law that seek to preserve the public order of a given legal system in public and private international relations operate.

FIFTH. Public order is an axiological concept based on fundamental rights.

Analysed from its positive dimension, public order is a legal concept of an axiological nature made up of values, principles and rights. Public order manifests itself in the form of values and principles (as a concrete formulation of the former) and is constructed or shaped on the basis of the double dimension (subjective and objective) of fundamental rights: from the right as an appealable claim and object of protection and from its development in the reality of a given system (subjective dimension) it is possible to extract a concrete formulation of the values and principles (objective dimension) which, together with the rights, will make up the content of public order. While public order is constructed on the basis of fundamental rights (which underpin and concretise the values and principles from a “bottom-up” perspective), from a “top-down” perspective, these same values and principles determine the orientation and meaning of fundamental rights. Rights thus operate as the source of determination of public order (from which values and principles

are derived) and as the institution that makes it possible to concretise public order in practical reality. This explains that the contours and content of public order depend on the social context in which it is invoked and applied, and which expresses the prevailing conceptions or sentiments of society.

SIXTH. Public order constitutes the axiological core or synthesis of the legal system.

The content of public order depends on the legal system of which it is predicated and on the specific moment in which it is invoked and applied. Consequently, it is not possible to make any enumeration of the specific values, principles and rights that form a given public order, but rather to establish the parameters according to which they may be qualified as such. Public order must be conceived as a category endowed with exceptionality, both in terms of its applicability in legal practice and in terms of the specific content with which it must be formed. Therefore, the content of public order is characterised by its fundamental nature and social necessity: the first criterion refers to the essential, transcendent or important character of the value, principle or right, so that only the most elementary ones (inalienable under any circumstances) can form the concept of public order; the second criterion provides the source of determination of such fundamental nature: only values, principles and rights that are considered socially essential, for ethical, moral or other reasons, can be part of public order. The conjunction of both criteria makes it possible to qualify public order as the axiological core or synthesis of a given legal system: the category that brings together the essential values of the system, which characterise and identify it in relation to others, and which therefore constitutes its dogmatic-axiological foundation.

SEVENTH. Public order guarantees the centrality of equal human dignity in the legal system.

Public order is made up of values, principles and rights, but it constitutes an autonomous legal category that is distinct from them. The feature that distinguishes the concept of public order from its constituent elements is its functionality: public order weighs and prioritises the values, principles and rights that constitute its content around the objective of guaranteeing the greatest protection, promotion and effectiveness of equal human dignity in the creation, interpretation and application of law. Public order, therefore,

permeates and articulates the legal-political order around a system of values based on human dignity, a specific objective of social constitutionalism which explains the intrinsic relationship between public order, dignity and Social State. Human dignity thus constitutes the value around which public order gravitates, which underlies its content (positive dimension) and which justifies its defence (negative dimension). This way, public order is not a simple aggregate sum of values, principles or rights, because it is not a neutral axiological category. On the contrary, it acts as an axiological instrument of weighting and prioritisation of the values, principles and rights of which it is composed and as a catalyst of the legal system from which it is predicated towards the greater protection, promotion and effectiveness of the centrality of human dignity and the person.

EIGHTH. Public order is manifested in the exercise of the three branches of government.

The three branches of government are informed by the function of public order of weighing up and prioritising the different values, principles and rights which are composed around the maximum protection of the individual. Firstly, public order constitutes an axiological parameter of reference for the legislative power. This implies, on the one hand, that legislative must adopt regulations that contribute to the full effectiveness of public order. On the other hand, it must prevent it from being violated directly or indirectly by any regulation that is intended to be approved, thus contributing to a coherent legal system based on the search for the maximum realisation of equal human dignity. Secondly, the executive power and the administration are the first guarantors of respect for and protection of public order in the application of the legal system and in the implementation of the concept in practical reality. Thirdly, positive law, itself imbued with the requirements of public order, may not be capable of providing a response in accordance with it to the specific case in question. In that case, members of the judiciary must carry out an operation of the identification of the values, principles and rights involved and articulate a solution based on them which, without renouncing any of them, prioritises those which allow for the maximum satisfaction of equal human dignity.

NINTH. Public order contributes to the objectives of social constitutionalism.

The characterisation of public order as a legal category made up of values, principles and rights that seeks the maximum realisation of equal human dignity in a given legal system implies three consequences in relation to the constitutional system of which it is the core. Firstly, public order, insofar as it articulates the values, principles and rights of a given legal system around the centrality of the person, constitutes the dogmatic foundation of social constitutionalism. This is because it allows the order, limitation and rationalisation of power in order to guarantee the maximum realisation of equal human dignity. Secondly, public order provides the constitutional order with a democratic legitimacy. This legitimacy is based, on the one hand, on the requirement of a coherent order around the maximum realisation of equal human dignity. On the other hand, as it is shaped by fundamental rights, public order configures a system of values that responds to social needs, conceptions and sentiments. Thirdly, the content of public order is constituted by the values, principles and rights that characterise a given society at a specific historical moment. Consequently, that concept makes it possible to characterise and single out the legal system from which it is predicated, thus contributing to the generation of a constitutional identity of its own. Given that these three functions (the foundation of the legal system, democratic legitimacy, and constitutional identity) are founded and articulated on the basis of the maximum realisation of the value of “equal dignity”, it can be affirmed that public order thus contributes to the realisation of the objectives of social constitutionalism.

TENTH. The conception of public order limited to its significance as absence of conflict prevails in Spanish constitutionalism.

Historical Spanish constitutional and legal texts have generally used a concept of public order understood as a *de facto* situation characterised by an absence of conflict which, as a result, allows the normal functioning of institutions, the correct application of rules and the free exercise of fundamental rights. This provision, which in reality masked an instrument of discretionary oppression in the hands of the executive power, seems to give way in the Republican *Ley de Orden Público* of 1933 to a public order conceived as a system of values articulated around the centrality of the individual. However, Franco’s regime recovered the previous meaning of public order and reinforced its link with the concept of

public security, after which the 1978 Constitution reduced its presence to two precepts, in which it appears as a limit to the exercise of rights. On the one hand, Article 16(1) of the Spanish Constitution, in which we find the only constitutional reference to public order as a system of values which acts here as a clause limiting the manifestations of ideological and religious freedom. On the other hand, Article 21(2) of the Spanish Constitution, where public order is again presented as a *de facto* situation characterised by an absence of conflict, as it is articulated as a reason for prohibition of meetings in public places and demonstrations, provided there are well-founded reasons and there is danger to people or property.

ELEVENTH. Public order is a concept of mutable content depending on the field of the legal system in which it is used.

Public order is a category frequently used by different fields of Spanish law and its characterisation varies according to them. The legislation developing religious freedom and the legislation regulating states of alarm, emergence and siege (martial law) conceive public order as the *de facto* situation deriving from the non-alteration of the system of values of the Spanish constitutional order. In civil and commercial law, it is conceived as an axiological nucleus whose respect is required for the effectiveness of custom as a source of law, the voluntary exclusion of the applicable law and the waiver of rights, the establishment of covenants, clauses and contractual conditions or the formation of a capital company. Administrative law is dominated by the concept of public order as synonymous with public safety and the absence of conflict and disturbances. In criminal law there is an excessively broad interpretation of the public order concept, which includes both crimes that protect the situation of normality and the free exercise of rights (sedition or public disorder) and attacks on authority or the possession of weapons. Public order appears in private international law as a clause that prevents the applicability in Spain of laws and the recognition or execution of foreign resolutions, judgments or documents because they produce effects, results or situations contrary to Spanish public order. Finally, in public international law, public order appears mainly as a reason for denying nationality or prohibiting the entry of foreign people into Spanish territory.

TWELFTH. The concept of public order has evolved in the case-law of *Tribunal Constitucional* until it has come close to the interpretation made by *Tribunal Supremo*.

It is possible to appreciate an evolution in the interpretation of the concept of public order made by *Tribunal Constitucional*. Initially, its conception was frequently based on its negative dimension, that is, as a factual situation characterised by the absence of conflict (sentences 33/1982 and 6/1983), as well as its link to the imperative rules of procedural law (procedural public order) (sentences 90/1986, 39/1988 and 154/1991). However, it will progressively move towards meanings of a more axiological nature, including fundamental rights (sentence 19/1985) and constitutional principles (particularly the best interests of the child: sentences 132/1991, 7/1994, 141/2000 and 178/2020), until finally defining public order as “the set of public, private, political, moral and economic legal principles, which are absolutely obligatory for the preservation of society in a given people and at a given time” (sentence 46/2020). This implies an approximation between the case-law of *Tribunal Constitucional* and that of *Tribunal Supremo*. The latter has generally maintained a concept of public order of an axiological nature, made up of those legal, public, private, political, economic, moral or religious principles as well as the fundamental rights recognised by the Constitution which contain the foundations of a given social organisation, reflect the values that at any given time inform its legal institutions and are absolutely obligatory for the conservation of social order in a given era.

THIRTEENTH. There is a tendency in the doctrine to consider the existence or emergence of a European public order.

European public order has been the subject of attention in Spanish and foreign doctrine in recent decades. It has been identified as the international public order clause of European Union law, as the common European constitutional heritage, as the European cultural conscience (a synthesis of its religious, humanist and cultural elements), as a set of rules of special importance and inexcusable observance, as the fundamental interests of European society, and even as an instrument for the reconstruction of the entire European legal system. However, the concept of public order in the Union is predominantly attributed with axiological profiles, i.e. either as a set or synthesis of values, principles or rights (strictly European or originating in the Member States) reflecting the shared axiological essence, or

as an indisputable minimum of fundamental rights that must be respected by all the States of the Union. Both for those who defend the existence of the concept and for those who postulate its necessity, the European public order is generally considered as a set of values, principles or rights shared by the citizens of the Union.

FOURTEENTH. For European Union law, public order is essentially a mechanism that enables Member States to prevent the application of Union regulations.

Constitutive Treaties of the European Union do not recognise the existence of a European public order as an axiological core of values, principles and rights. For the Treaty on European Union, public order is simply an essential function of the State (the maintenance of social peace) which must be respected by the Union (Article 4(2) of the Treaty on European Union). For the Treaty on the Functioning of the European Union, public order is configured as a clause of exception to the applicability in a given Member State of a Community rule that could harm a value considered essential in its legal system (Articles 36, 45(3), 52(1), 65(1)(b) and 202 of the Treaty on the Functioning of the European Union). The Charter of Fundamental Rights of the European Union does not include public order in its articles, although there are references to it in its Explanations: as a limit to the exercise of rights (Articles 7, 10, 11 and 12 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union), as a modulation of the right to effective judicial protection (Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union) or as an exception to the enforcement of rights (Article 52 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union). In secondary legislation, regulations, directives and decisions frequently refer to public order in the same terms as the Treaty on the Functioning of the European Union, i.e. as a state public order clause that allows for the justification of restrictions, limitations or exclusions to the application of European Union law. However, it is possible to find references to an autonomous Community public order in processes of drafting European regulations that were not finally approved. In addition, in recent years there has been a tendency to recognise a European content in the international public order clause and to outline a public order of an axiological nature specific to the European Union, especially in the field of trademarks and other identifying signs. This trend is also noticeable in the institutions of the Union, where public order has gone beyond its mere presence in the field of freedom,

security and justice (as the necessary axiological common denominator of European society) to become the legal mechanism to guarantee the centrality of the individual in the European legal system. These embryonic recognitions, nevertheless, do not prevent us from rejecting the existence in the Union's primary and secondary legislation of a concept of public order analogous to the characterisation of the term used in constitutional systems.

FIFTEENTH. Public order is evolving in the case-law of the Court of Justice of the European Union towards an axiological content and its own profiles in the Union.

The case-law of the Court of Justice of the European Union which has dealt with the concept and the functioning of public order in the Union can be divided, for the purposes of a better understanding, into six temporary phases. During the first phase (1974-1982), public order is conceived as an open concept which express fundamental social interests and which is defined by Member States under a certain degree of control and with a specific treatment at Community level. The second phase (1982-1991), on the other hand, saw a step backwards regarding the European contours and the axiological content: public order was reaffirmed as a state concept of positive law. However, public order acquired in the third phase (1991-1999) an axiological profile which included value aspects and, particularly, fundamental rights. In the fourth phase (1999-2004) it is accepted for the first time that a specific content of Union law must be incorporated into the public order concept, although the existence of an autonomous European public order is still rejected. This way, public order will include positive legal rules as well as values, principles and fundamental rights, and even the protection of dignity. In the fifth phase (2004-2010), the case-law of the Court of Justice of the European Union reinforces the state nature of the concept of public order, which is configured as an instrument of inter-normative conflict between the Member States' own value systems and the application of Union law. Public order is thus conceived as a clause provided for in various Community instruments which allows Member States to rely on a particular conception of a value, principle or right, which is unique and characteristic of their legal system and distinct from that of others, in order to prevent the application in that Member State of a rule of Union law which might infringe that axiological conception. During the sixth phase analysed (2011-2020), despite the entry into force of

the Treaty of Lisbon, no progress was made in the characterisation of public order as a concept specific to the Union. On the contrary, its consideration as a concept of an essentially state nature, which includes a specific content of Union law and which comprises mandatory legal rules of particular importance and values, principles and fundamental rights is reaffirmed. However, there is a discernible tendency in the conclusions of the Advocates General to outline an autonomous European public order with its own content and contours in the Union. In short, the case-law of the Court of Justice of the European Union did not form a concept of public order specific to the Union which operates as a clause guaranteeing equal dignity and centralising the person in the legal-political system, similarly to what happens in state constitutional systems.

SIXTEENTH. The Council of Europe's system of rights has shaped a European public order as a synthesis of values, principles and rights.

The Council of Europe has shaped an effective system of fundamental rights protection based on a collective guarantee mechanism whereby all Member States, through inter-state applications and in the exercise of an objective obligation, assume responsibility for ensuring the best protection of European Convention on Human Rights. Alongside individual actions and precautionary measures, this has turned the Convention into a constitutional instrument of European public order (*Loizidou v. Turkey*, 1995) in the hands of a European Court on Human Rights that has adopted the operating logic of constitutional courts. Its case-law has outlined its own concept of public order to safeguard the common heritage of political traditions, ideals, freedoms and the rule of law (*Austria v. Italy*, 1961). This European public order would act in the sphere of the Council of Europe as an axiological nucleus that guide the European Court on Human Rights in the solution of collisions of rights. Furthermore, that European public order would be made up of values and principles and the human rights guaranteed in the European Convention on Human Rights and its Protocols, all of them articulated on the basis of the criterion of democratic society and human dignity.

SEVENTEENTH. The European public order shaped in the sphere of the Council of Europe can act as a reference model for a Union public order.

The following lessons can be drawn from the generation of a European public order in the sphere of the Council of Europe (European Convention on Human Rights and European Court on Human Rights) for the purposes of the possible shaping of the Union's own public order. Firstly, public order generated by the European Convention on Human Rights shows that the outlines of this legal institution are not necessarily limited to the State, but that it is possible to transfer it to supra-state spaces of power exercise. Secondly, public order is constructed from the double subjective and objective dimension of fundamental rights, as the European Court of Human Rights has shaped a European conception of values on the basis of the effective protection of rights. Thirdly, public order operates as an axiological category that is autonomous and distinct from the axiological systems of the Member States that constitute its source. Fourthly, European public order informs and guides the legal systems of the European Convention on Human Rights Member States towards the greater protection of equal human dignity. Finally, the Council of Europe's public order operates as a mechanism for political integration among its Member States. However, the creation of a public order specific to the Council of Europe system has been possible because its main mission is the protection of fundamental rights. No other interest (political, legal or economic) displaces human dignity from its central position in the system, which is not the case at the level of the European Union.

EIGHTEENTH. European values and principles formally permeate the European Union primary legislation.

We can find in European Union law the material elements that constitute the concept of public order (values, principles and rights). However, they do not give rise to a coherent legal order based on the centrality of equal human dignity. It is precisely this lack of centrality of the person that demonstrates the importance of the concept of public order and its non-existence in the Union: the transcendence of the concept is diluted in national constitutional systems because the very Constitution of the Social State requires the centrality of dignity. On the contrary, the need for the category is evident in systems where, like that of the European Union, its content does not perform its own functions. There can be a public order at a supranational level of power exercise; therefore, the reasons why a public order specific to the Union has not been established must be traced back to the

components of the concept. Values and principles (which will not be enshrined in primary legislation until the Maastricht Treaty and, above all, the Treaty of Amsterdam) are recognised by the Treaties as the dogmatic basis of the Union, at least formally. Thus, in the Treaty on European Union, European values (human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights; Article 2 of the Treaty on European Union) are configured as a purpose of the Union (Articles 2, 3(1) and 13(1) of the Treaty on European Union), as objectives for implementation in the world (Articles 3(5), 8(1), 21, 32 and 42(5) of the Treaty on European Union) and as a requirement for accession to the Union (Article 49 of the Treaty on European Union). More secondary is the reference in Article 14 of the Treaty on the Functioning of the European Union to the social dimension of the economy as a value of the Union that must inspire European regulations. European values are finally configured as the axiological foundation of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which identifies the individual as the centre of the Union's action.

NINETEENTH. Fundamental rights have moved in the Union from their wanted absence to their proclamation in primary legislation.

The early case-law of the Court of Justice of the European Community (*Stork, Comptoirs de vente, Sgarlata*) expressly rejected the possibility that fundamental rights recognised in national Constitutions could be affected by Community law. Therefore, they will remain outside the orbit of the Community until the Court of Justice progressively recognises that rights underlie the general principles of Community law (*Stauder*). That general principles were inspired by the constitutional traditions common to the Member States (*Internationale Handelsgesellschaft mbH*) and international human rights treaties (*Nold*); in particular, the European Convention on Human Rights (*Rutili*). This praetorian construction (to which the resistance of the Italian (*Frontini*) and German (*Solange*) constitutional courts contributed) will be incorporated into the Treaties in the Single European Act, the Maastricht Treaty and the Treaty of Lisbon, after which fundamental rights occupy a threefold position in the Union: the Charter of Fundamental Rights of the European Union becomes legally binding and is definitively enshrined as the Union's own declaration of rights (Article 6(1) of the Treaty on European Union); the effective protection

of rights continues to be entrusted to the system of the Council of Europe, by establishing the imperative of accession to the European Convention on Human Rights (Article 6(2) of the Treaty on European Union); and rights continue to operate as general principles of Union law (Article 6(3) of the Treaty on European Union).

TWENTIETH. The limited system of protection of fundamental rights in the European Union prevents the formation of its own public order.

In spite of its effective symbolic function of political integration, the Charter of Fundamental Rights of the European Union has not brought about a structural change in the system of protection of fundamental rights in the Union. Its limitations have prevented the formation of a European Union public order. Firstly, the European Union has no autonomous substantive or normative competence in the area of fundamental rights. Therefore, rights in the Charter have a negative binding force (they must be respected by States or European agents applying Union law) but not a positive one (they do not enable the development of a normative activity for protecting rights). Secondly, the applicability of the Charter of Fundamental Rights of the European Union is limited to the institutions, bodies, offices and agencies of the Union and to the Member States when they apply European Union law (Article 51(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union). That is to say, violations of rights that occur in the geographical area of the European Union by actions that do not involve Union law fall outside its scope of application. Thirdly, Article 52(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union subordinates fundamental rights to the pursuit of objectives of general interest of the Union. Consequently, primacy of rights is not guaranteed in the event of collision with other European policy interests. Finally, interpretation of rights in the Charter is subject to a number of limitations: their meaning and scope are conditional on their configuration and interpretation in other provisions of the Treaties (Article 52(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union), the European Convention on Human Rights (Article 52(3) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union) or the common constitutional traditions (Article 52(4) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union); the principles of the Charter of Fundamental Rights of the European Union are limited to informing legislative and executive activity (Article 52(5) of the Charter

of Fundamental Rights of the European Union); the interpretation of the Charter of Fundamental Rights is subject to a number of limitations (Article 52(5) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union); interpretation of rights must respect national laws and practices (Article 52(6) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union); the provisions of the Charter may not limit or prejudice rights recognised in Union law, international law and State Constitutions (Article 53 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union); and the interpretation of those provisions may not lead to a greater restriction than that provided for (Article 54 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union).

TWENTY-FIRST. There is no specific judicial mechanism for the protection of fundamental rights in the Union.

The failure to create a European public order is due, in particular, to the lack of a judicial remedy that specifically deals with the protection of the subjective dimension of rights. This lack prevents the Court of Justice of the European Union from creating, on the basis of their objective dimension, a synthesis of values that would act as an axiological guide for the European legal order. There are, however, other means of protecting the rights and values proclaimed in the Treaties. On the one hand, there are the mechanisms of objective protection, the purpose of which is not to remedy individual infringements of rights but to guarantee them *in genere* against persistent harmful conducts: the preventive mechanism of Article 7(1) of the Treaty on European Union and the sanctioning mechanism of Article 7(2) of the Treaty on European Union in the event of infringements of the Union's values; the Rule of Law Framework, which is configured as a political mechanism that seeks to prevent the activation of Article 7 of the Treaty on European Union; Regulation (EU, Euratom) 2020/2092, which makes the implementation of the European budget conditional on the effectiveness of the rule of law; the action for failure to fulfil an obligation, which allows the Court of Justice of the European Union to monitor Member States' compliance with their obligations under the Treaties, including fundamental rights; and the European Union Agency for Fundamental Rights, which advises the European Union institutions and the Member States on rights issues. On the other hand, there are the mechanisms of subjective protection, the purpose of which is to restore the integrity

of citizenship's rights: the European Ombudsman and the jurisdictional guarantees, which may be direct (if the individual has standing: actions for annulment, actions for failure to act and pleas of illegality) or indirect (if the individual does not have such standing: preliminary rulings). In any case, direct and indirect judicial appeals require that the violation of the fundamental right be linked to the violation of a provision of European Union law. Consequently, violations of fundamental rights at Union level continue to depend on the remedies available within the Council of Europe. European Convention on Human Rights carry on operating as a source for determining the general principles of European Union law. Additionally, the European Court on Human Rights maintains a doctrinal and jurisdictional dialogue with the Court of Justice of the European Union that has contributed to the creation of a European doctrine of fundamental rights. Nevertheless, following Opinions 2/94 and 2/13 accession to the European Convention on Human Rights is still pending. That accession would provide the European Union with external control of an international order.

TWENTY-SECOND. The establishment of a public order in European Union depends on an effective protection of fundamental rights.

The shaping of a European public order on the basis of the objective dimension of fundamental rights requires that its subjective dimension be effective, that is to say, that it has an effective system for the protection of fundamental rights of European citizens. Faced with a deficient and insufficient system for the protection and promotion of fundamental rights in the European Union, doctrine has developed constructions and interpretations that attempt to strengthen the dogmatic dimension of the Union without reforming the Treaties. We can highlight, on the one hand, the *Reverse Solange*, formulated by the team of the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law on the basis of the limitations of Article 51(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. According to this proposal, outside the scope of application of the Charter it is presumed that Member States respect and protect fundamental rights. However, in the event of a systemic violation of the rights essence capable of destroying this presumption, European citizens could invoke their status as such to seek redress before the ordinary courts for violation of Articles 2 of the Treaty on European Union and 20 of the Treaty on

the Functioning of the European Union. On the other hand, it has been advocated the possibility of resorting to a mechanism analogous to the one used by the Austrian Constitutional Court in 2012: granting the rights of the Charter of Fundamental Rights of the European Union the nature of constitutional rights in national legal systems, so that they constitute a parameter of constitutionality of domestic law.

TWENTY-THIRD. Reforms to the Treaties are necessary for the creation of a European Union public order.

The creation of a European Union public order requires the articulation of a new paradigm in the system of fundamental rights in the Union, for which a reform of the Treaties is necessary in two respects. On the one hand, the Union must assume an autonomous competence in the area of fundamental rights. This would enable European institutions to develop a normative policy of promotion, dissemination and extension of the rights of the Charter. Therefore, rights could not only maintain their current negative binding force, but also assume a positive one. Rights thus would not constitute mere limits to the action of power, but become one of the main purposes of the Union. This should be a particular shared competence between the Union and Member States: European authorities would be empowered and obliged to guarantee a minimum common protection and promotion of rights throughout the Union, on the basis of which it would be possible for each Member State to complement, improve or specialise. On the other hand, and as a consequence of this assumption of competence, there would be a need for a specific judicial remedy for the protection of the rights of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. This appeal would have to be heard and resolved by a Court of Justice of the European Union converted into the Constitutional Court of the Union, in which a specific chamber could be created to resolve cases on fundamental rights. Under this new system, accession to the European Convention on Human Rights would no longer be strictly necessary, although it would add a subsidiary external control that could contribute to reinforcing and strengthening fundamental rights in the Union. In conclusion, the acquisition of a positive binding force for fundamental rights (derived from the attribution to the Union of its own competence in this respect) and the case-law of the Court of Justice of the European Union formulated on the basis of a new European judicial remedy would make it possible to lay

the foundations for the shaping of a system of values specific to the Union. It could form a European public order that would have to articulate the European Union legal system around the utmost centrality of equal human dignity and thus contribute to a constitutional European Union.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

BIBLIOGRAFÍA

- ADAM, R. y TIZZANO, A., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2014.
- AGUDO ZAMORA, M., «La protección de los derechos en la Unión Europea. Claves para entender la evolución histórica desde el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 4, 2005.
- AGUILAR CALAHORRO, A., *La dimensión constitucional del principio de primacía*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015a.
- «El sujeto de Derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor», en GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J. y BALAGUER CALLEJÓN, F. (coords.), *Constitutionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015b.
- AGUILAR CAVALLO, G., «Surgimiento de un Derecho americano de los Derechos Humanos», en *Revista de Derecho Político*, n.º 79, septiembre-diciembre 2010.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson Reuters – Civitas – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?», en BOUZA, N., GARCÍA, C., RODRIGO, A. J. (dir.), PAREJA, P. (coord.), *La*

- gobernanza del interés público global: XXV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2015.
- ÁLVAREZ ORTEGA, M., «Orden público: unidad axiológica, espacio europeo», en *Anuario de Derecho europeo*, n.º 3, 2003.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., «"Chronique droits de l'homme". L'élaboration progressive d'un ordre public européen des droits de l'homme. Réflexions à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1988 à 1995», en *Cahiers de droit européen*, vol. 33, n.º 5-6, 1997.
- ANGELINI, F., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, CEDAM, Padua, 2007.
- APARICIO PÉREZ, M. A. y GONZÁLEZ RUIZ, F., *Acta Única y derechos fundamentales (una introducción a los sistemas europeos supranacionales de reconocimiento de derechos humanos)*, Editorial-Gráficas Signo, Esplugues de Llobregat (Barcelona), 1992.
- ARCO BLANCO, M. A. DEL, ARCO BLANCO, A. I. DEL (coords.), CÓRDOBA CAMPOS, M. R., GARCÍA BLÁZQUEZ, M., MORALES PAYÁN, M. A., PÉREZ PINEDA, B., SANTA-OLALLA FERNÁNDEZ-FÍGARES, M. DE, *Diccionario básico jurídico*, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, 9.ª ed., Comares, Albolote (Granada), octubre de 2016.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, El Cid Editor, Santa Fe (Argentina), 2003.
- ARNALDO ALCUBILLA, E., «El orden público y la seguridad ciudadana en la Constitución española de 1978», en DELGADO AGUADO, J. y IGLESIAS MACHADO, S. (coord.), *La noción de orden público en el constitucionalismo español*, Dykinson, Madrid, 2011.
- ARZO SANTISTEBAN, X., «La relevancia del Derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 74, mayo-agosto 2005.
- «El control de validez de los actos de las instituciones de la UE», en LÓPEZ CASTILLO, A. (dir.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Volumen II. Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- ASENSI SABATER, J., *La época constitucional (Materiales para una introducción al constitucionalismo y al Derecho Constitucional)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

- «Constitución, ley y orden público en las Cortes de Cádiz», en GARCÍA TROBAT, P. y SÁNCHEZ FERRI, R. (coord.), *El legado de las Cortes de Cádiz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- «Origen e historia del Estado social», en NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. (dir.), *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «Prólogo», en AGUILAR CALAHORRO, A., *La dimensión constitucional del principio de primacía*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J., «La garantía jurisdiccional del Derecho de la Unión Europea», en CELMA ALONSO, P. (coord.), *Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., «Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 7, enero-junio 2007.
- *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2008a.
- «El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea.», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 83, mayo-agosto 2008b.
- «La contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho constitucional europeo», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 13, enero-junio 2010.
- «Crisis económica y crisis constitucional en Europa», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 98, mayo-agosto 2013.
- BAÑO LEÓN, J. M., «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, n.º 24, septiembre-diciembre de 1988.
- BARCELLONA, P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milán, 1969.
- BAREL, B. y ARMELLINI, S., *Diritto internazionale privato: tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate*, Giuffrè, Milán, 2006.
- BARÓN CRESPO, E., «El desarrollo de la codecisión como procedimiento legislativo de la UE», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 46, 2012.
- BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. DE, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

- BENEYTO PÉREZ, J. M., «Artículo 16. Libertad ideológica y religiosa», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo II. Artículos 10 a 23*, Cortes Generales. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997.
- BERNARD, P., *La notion d'ordre public en droit administratif*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1962.
- BERRAMDANE, A., «L'ordre public et les droits fondamentaux en droit communautaire et de l'Union européenne», en VV. AA., *Territoires et liberté, Mélanges en hommage au Doyen Yves Madiot*, Bruylant, Bruselas, 2000.
- BIAVATI, P., «La protección de los derechos humanos en Europa: relaciones entre los tribunales supranacionales y los tribunales constitucionales de los Estados», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 28, 2012.
- BOBBIO, N., *Teoria della norma giuridica*, G. Giappichelli, Turín, 1958.
— *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W., «Conditions for European Solidarity», en MICHALSKI, K. (ed.), *What holds Europe together?*, Central European University Press, Budapest, 2013, en OpenEdition Books: <<http://books.openedition.org/ceup/1784>>.
- BODEN D., *L'ordre public: limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique* (Tesis doctoral inédita), Universidad de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2003.
- BOU FRANCH, V., «La Unión Europea y los derechos fundamentales: desafíos actuales», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 24.
- BOUZA VIDAL, N., «La salvaguarda del orden público en los contratos internacionales: enfoque de Derecho Internacional Privado y su adaptación en el Derecho europeo», en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho. El orden público interno, europeo e internacional civil: Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal, catedrática de Derecho Internacional Privado*, número extraordinario, abril de 2017.
- BRUTER, M., *Citizens of Europe? The Emergence of a Mass European Identity*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2005.
- CABO DE LA VEGA, A. DE, «La crisis del Estado social», en NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. (dir.), *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- CABO MARTÍN, C. DE, *La crisis del Estado Social*, PPU. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986.

- *Teoría histórica del Estado y del Derecho constitucional. Volumen II. Estado y Derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional*, PPU. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1993.
 - «El sujeto y sus derechos», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 7, 2001.
 - «El Tratado constitucional europeo y el constitucionalismo del Estado social», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 19, 2007.
 - *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010.
 - *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Trotta, Madrid, 2014.
 - *Conflicto y constitución desde el constitucionalismo crítico. La potencialidad constituyente del conflicto: historia y actualidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019.
- CALVO ÁLVAREZ, J., *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1983.
- CALVO CARAVACA, A. L., «Tema VI. Problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado (II)», en ABARCA JUNCO, P., CALVO CARAVACA, A. L., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., PÉREZ VERA, E. y VIRGOS SORIANO, M., *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1989.
- CAMISÓN YAGÜE, J. A., «Sobre la “Constitución europea” y otros misterios del constitucionalismo europeo», en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n.º 28, 2010.
- «La sentencia del *Bundesverfassungsgericht* sobre el Tratado de Lisboa como “hoja de ruta constituyente” de la Unión Europea», en *Revista universitaria europea*, n.º 14, enero-junio 2011.
 - «El proceso de integración europeo en la obra del profesor Carlos de Cabo: hacia la construcción de un constitucionalismo europeo crítico», en GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J. y BALAGUER CALLEJÓN, F. (coords.), *Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
 - «El claroscuro legado del Tratado de Maastricht: una reflexión sobre el método funcionalista», en *Pliegos de Yuste*, n.º 18, 2017-2018.
- CAMPIGLIO, C., «Los conflictos normo-culturales en el ámbito familiar», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n.º 2, octubre de 2012.

- CANTARO, A., *Europa soberana. La Constitución de la Unión entre guerra y derechos*, El Viejo Topo, Barcelona, 2006.
- «Democracia e identidad constitucional después de la “Lissabon Urteil”. La integración “protegida”», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 13, 2010.
- CARRASCO DURÁN, M., «Relaciones entre la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y la declaración de derechos contenida en la Constitución», en GORDILLO PÉREZ, L. I. (coord.), *Constitución española e integración europea. Treinta años de Derecho constitucional de la integración. Actas del XIV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., *Derecho internacional privado*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1983.
- *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, n.º 27, 1990.
- CASTELLS, M., *La era de la información: economía, sociedad y cultura. Volumen II: El poder de la identidad*, 2.ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2003.
- CERN, K. M. y WOJCIECHOWSKI, B., «The holy grail as the heritage of the future on the search for a common legal culture in presources of the EU law», en HAUSER, R., ZIRK-SADOWSKI, M. y WOJCIECHOWSKI, B. (eds.), *The Common European Constitutional Culture. Its Sources, Limits and Identity*, Dia-Logos, Schriften zu Philosophie und Sozialwissenschaften / Studies in Philosophy and Social Sciences, Bd./vol. 21, Peter Lang Edition, Nueva York, 2016.
- CHOFRE SIRVENT, J., «Reinventing the European Union: The Financial Crisis, an Opportunity for a Federal Model», en LÓPEZ-BASAGUREN, A. y ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. (eds.), *The Ways of Federalism in Western Countries and the Horizons of Territorial Autonomy in Spain. Volume 1*, Springer, Berlín – Heidelberg, 2013.
- «La Unión Europea ante la crisis económica: El “estado de excepción” como nuevo paradigma», en GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J., y BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- CHUECA RODRÍGUEZ, R., «La marginalidad jurídica de la dignidad humana», en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- CIDONCHA MARTÍN, A., «Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 23, 2009.
- CIENFUEGOS MATEO, M., «La cuestión prejudicial en la Unión Europea», en LÓPEZ CASTILLO, A. (dir.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Volumen II. Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CORSO, G., «Ordine pubblico (dir. pubbl.)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXX, Giuffrè Editore, Varese (Italia), 1980.
- CORTÉS MARTÍN, J. M., *Avatares del proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Reus, Madrid, 2018.
- CORTHAUT, T., *EU Ordre Public*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn (Países Bajos), 2012.
- CRUZ VILLALÓN, P., «El Legislador de los derechos fundamentales», en LÓPEZ PINA, A. (dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, 1991.
- *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004.
- «El valor de la posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la *comunió*n constitucional europea», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 39, 2017.
- CUARTAS RESTREPO, J. M., «En torno al concepto de “koiné” o interdialecto», en *Thesaurus. Boletín del Instituto Caro y Cuervo*, tomo XLV, n.º 3, Bogotá, 1990.
- CUTOLO, P., «La Genesi del “Manifesto di Ventotene”», en *Teoria e storia del diritto privato*, n.º 6, 2013.
- DELGADO AGUADO, J., «El orden público: proceso evolutivo», en DELGADO AGUADO, J. y IGLESIAS MACHADO, S. (coord.), *La noción de orden público en el constitucionalismo español*, Dykinson, Madrid, 2011.
- DELMAS-MARTY, M., «Pluralisme et traditions nationales (revendication des droits individuels)», en TAVERNIER, P. (ed.), *Quelle Europe pour les droits de l’homme? Le*

- Cour de Strasbourg et la réalisation d'une «union plus étroite» (35 années de jurisprudence: 1959-1994)*, Bruylant, Bruselas, 1996.
- DEMICHEL, A., «La conception des libertés politiques dans la Convention des Droits de l'Homme», en MAYER, D., DEMICHEL, A., EHLERMANN, C.-D. y VANGHEENBERGHE, F., *La Protection Internationale des Droits de l'Homme*, Presses Universitaires de Lyon, Lyon, 1981.
- DEMURO, G., «A EU Constitutional Identity? An Inquiry into the Legal and Extra-Legal Elements of Legitimation of the EU Process of Integration», en PICHLER, J. W. Y BALTHASAR, A. (eds.), *The Report on the Future of Europe. Striking the Balance between "Unity" and "Diversity"? Proceedings of the Conference on European Democracy 2013*, NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Viena – Graz (Austria), 2014.
- DÍAZ REVORIO, F. J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 12.ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., «Prólogo», en CARMONA CONTRERAS, A. M. (dir.), *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales: un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, F., «Tema 6. Integración europea y remodelación del Estado constitucional», en APARICIO PÉREZ, M. A. y BARCELÓ I SERRAMALERA, M. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, 3.ª ed., Atelier, Barcelona, 2016.
- DORAL, J. A., *La noción de orden público en el Derecho civil español*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1967.
- DUPUY, P.-M., *Droit international public*, Précis Dalloz, París, 1992.
- EHRET, P., *¿Un soberano europeo? Una Europa de identidades múltiples*, Tecnos, Madrid, 2018.
- ELVIRA PERALES, A., *Libertad de circulación de personas en la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.
- ESQUEMBRE VALDÉS, M. M., «Género y ciudadanía. Mujeres y Constitución», en *Feminismo/s*, n.º 8, diciembre 2006.

- «Género, ciudadanía y derechos. La subjetividad política y jurídica de las mujeres como clave para la igualdad efectiva», en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 23, 2010.
- FERACI, O., *L'ordine pubblico nel Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè Editore, Milán, 2012.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia», en *La Ley Unión Europea*, n.º 23, 2015.
- y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 7.ª ed., Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- FREIXES SANJUÁN, T., «Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 4, 2005.
- y REMOTTI CARBONELL, J. C., «Los valores y principios en la interpretación constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, n.º 35, mayo-agosto de 1992.
- FROSINI, V., *La estructura del derecho*, Real Colegio de España, Bolonia, 1974.
- GAMBINO, S., «La protección de los derechos fundamentales: el parámetro de los principios y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria y del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre» (traducción de J. F. Sánchez Barrilao), en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 8, 2007.
- «Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 18, 2012.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, F. y FERNÁNDEZ T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1974.
- GARCÍA JIMÉNEZ, M. E., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- GARCÍA ORTIZ, A., «Diálogo y conflicto entre tribunales a propósito de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Novedades con ocasión de la saga Taricco», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 30, julio-diciembre 2018.
- «Tema 11: De Niza a Lisboa: la gran ampliación y el fracaso de la Constitución europea (2001-2009)», en BERMEJO BATANERO, F. (dir.), *Historia Jurídica de la Integración Europea*, Dykinson, Madrid, 2019.

- «La defensa del Estado de Derecho en la Unión Europea. Una valoración con motivo de la crisis polaca», en PÉREZ MIRAS, A., TERUEL LOZANO, G. M., RAFFIOTTA, E. C. e IADICCO, M. P. (dirs.), *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución española. Volumen I. Balances y perspectivas en la Europa constitucional*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.
- GARCÍA PECHUÁN, M., «El control del cumplimiento por los Estados miembros del Derecho de la UE», en LÓPEZ CASTILLO, A. (dir.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Volumen II. Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.
- GARCÍA ROCA, J., «El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo», en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- «Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?», en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 30, 2012.
- *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2019.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, I., «Derecho aplicable y orden público comunitario», en *Revista de instituciones europeas*, vol. 20, n.º 3, septiembre-diciembre 1993.
- GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1986.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012.

- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Artículo 12, apartado 3 del Código Civil 12.3», en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (eds.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, Edersa, Jaén, 1995.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, R., «Límites a la construcción de un “orden público europeo” en materia de derechos fundamentales. (A propósito de la sentencia del TJCE *Krombach c. Bamberski*, de 28 de marzo de 2000)», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 8, julio-diciembre 2000.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.
- GRIMM, D., «Does Europe Need a Constitution?», en *European Law Journal*, vol. 1, n.º 3, noviembre 1995.
- «The Basic Law at 60 – Identity and Change», en *German Law Journal*, vol. 11, n.º 1, 2010.
- GUILLÉN LÓPEZ, E., «Metodología del Derecho constitucional europeo. Un Derecho constitucional para la integración política de Europa. Del pluralismo territorial al pluralismo ideológico», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 12, julio-diciembre 2009.
- GUZMÁN ZAPATER, M., «Tema VII. Problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado (II)», en PÉREZ VERA, E. (dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 3.ª ed., Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001.
- HAAS, E. B., *Beyond the Nation-State. Functionalism and International Organization*, Stanford University Press, Stanford (Estados Unidos de América), 1964.
- *The Uniting of Europe. Political, Social, and Economic Forces. 1950-1957*, Stanford University Press, Stanford (Estados Unidos de América), 1968.
- HÄBERLE, P., «Derecho Constitucional común europeo», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 79, enero-marzo 1993.
- «¿Existe un espacio público europeo?» (traducción de C. Ruiz Miguel), en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 3, enero-junio 1998.
- *El Estado constitucional* (estudio introductorio de Diego Valadés, traducción e índices de Héctor Fix-Fierro), Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2001a.
- «Prólogo», en RODRÍGUEZ, A., *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001b.

— *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta* (estudio preliminar y traducción de Emilio Mikunda-Franco), Tecnos, Madrid, 2002.

— «Discurso del profesor Peter Häberle en su investidura como doctor honoris causa. El jurista europeo», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004.

— «Aspectos de una teoría constitucional para Europa», en *Revista de Derecho Político*, n.º 64, 2005.

— «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y «procesal» de la Constitución», en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, n.º 11, 2008a.

— «La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal», en FERNÁNDEZ SEGADO, F. (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2008b.

— «El Estado constitucional europeo», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 11, enero-junio 2009, en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/14PeterHaberle.htm>.

HABERMAS, J., *Identidades nacionales y postnacionales*, Tecnos, Madrid, 1989.

— «Remarks on Dieter Grimm's "Does Europe Need a Constitution?"», en *European Law Journal*, vol. 1, n.º 3, noviembre 1995.

— *El Occidente escindido*, Trotta, Madrid, 2006

— *La constitución de Europa*, Trotta, Madrid, 2012.

HENKEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho*, Taurus, Madrid, 1968.

INNERARITY, D., *La democracia en Europa. Una filosofía política de la Unión Europea*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2017.

INSIGNARES CERA, S., *El proceso de integración europeo. Entre lo supranacional y lo intergubernamental*, Editorial Universidad del Norte, Barranquilla, 2011.

IZU BELLOSO, J. M., «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 58, 1988.

- JIMENA QUESADA, L., «La consagración de los derechos fundamentales: de principios generales a texto fundacional», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 50, 2014.
- KANT, I., *Cimentación para la metafísica de las costumbres*, Aguilar Argentina de ediciones, Buenos Aires, 1978.
- KARYDIS G., «L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable», en *Revue trimestrielle de droit européen*, vol 38, n.º 1, 2002.
- KELSEN, H., *¿Qué es justicia?*, Ariel, Barcelona, 1982.
- KOCHENOV, D., «Von Bogdandy's "Reverse Solange": Some Criticism of an Important Proposal», en *Verfassungsblog On Matters Constitutional*, 2012, disponible en SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2034444>>.
- KOHLI, M., «The battlegrounds of European identity», en *European Societies*, n.º 2 (2), 2000.
- KRAMBERGER ŠKERL, J., «European public policy (with an emphasis on exequatur proceedings)», en *Journal of Private International Law*, vol. 7, n.º 3, diciembre 2011.
- KRIELE, M., *Introducción a la teoría del estado: fundamentos históricos de la legitimidad del estado constitucional democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- LANDA, C., «Dignidad de la persona humana», en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 7, julio-diciembre 2002.
- LANGE, R. DE, «The european public order, constitutional principles and fundamental rights», en *Erasmus Law Review*, n.º 1/2007, 2007.
- LA TORRE, M., «Citizenship, Constitution, and the European Union», en LA TORRE, M. (ed.), *European Citizenship. An Institutional Challenge*, Kluwer Law International, La Haya, 1998.
- LENAERTS, K., «Foreword», en CORTHAUT, T., *EU Ordre Public*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn (Países Bajos), 2012.
- «La vie après l'avis: exploring the principle of mutual (yet but not blind) trust», en *Common Market Law Review*, n.º 54.3, 2017.
- LIISBERG, J. B., «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?», en *Common Market Law Review*, n.º 38-5, 2001.
- LINDE PANIAGUA, E., *Constitucionalismo democrático (o los hombres en el centro del sistema político)*, Colex, Madrid, 2002.

- LLOPIS GINER, J. M., «El orden público: módulo general delimitativo de licitud», en PRATS ALBENTOSA, L. (coord.), *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, vol. I, Departament de Dret Civil, Universitat de València, Valencia, 1996.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F., «El caso de Polonia en la UE: retrocesos democráticos y del Estado de Derecho y “dilema de Copenhague”», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 38, 2016.
- LÓPEZ CASTILLO, A. «Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 113, julio-septiembre 2001.
- LÓPEZ GUERRA, L., «Derechos e integración europea», en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (coord.), *Derecho constitucional europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- LÓPEZ PINA, A. y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., «Sobre los derechos fundamentales en Europa», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004.
- MACCORMICK, N., *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford – Nueva York, 1999.
- MAIO, C. DI y TOMÁS, A., «La ciudadanía europea ante el reto de la unidad política: ¿mero estatuto de libertades o motor para una sólida integración de la Unión Europea?», en *Revista Derecho del Estado*, n.º 40, enero-junio de 2018.
- MANGAS MARTÍN, A., «Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales.», en MANGAS MARTÍN, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.
- y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016.
- MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., «Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una revaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 49, septiembre-diciembre 2014.
- MARTÍN PARDO, A., «El concepto de orden público a la luz de un estudio comparado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Europeo de

- Derechos Humanos», en SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., FERNANDA PALMA, M., GARCÍA PÉREZ, O. y PRATA ROQUE, M., *La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho interno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Bajo el signo de la Constitución (Estudios de Derecho Público)*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1983.
- MARTÍNEZ ROLDÁN, L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J. A., *Curso de teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1997.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., «Desafección: Algunas notas sobre la ciudadanía europea y sus deficiencias», en SANZ CABALLERO, S. (dir.), *El futuro de la Unión y la amenaza de una no Europa. La crisis de valores de la UE*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del dialogo judicial leal con los Tribunales constitucionales y con el TEDH», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 39, 2017.
- MASON, A., «Political Community, Liberal-Nationalism, and the Ethics of Assimilation», en *Ethics*, n.º 109 (2), enero 1999.
- MCCREA, R., *Religion and the Public Order of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- MELLADO PRADO, P., «El Defensor del Pueblo Europeo, quince años después», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 26, 2010.
- MINGERS, J. y GILL, A. (eds.), *Multimethodology: Towards Theory and Practice and Mixing and Matching Methodologies*, John Wiley & Sons Inc, Hoboken (Estados Unidos de América), 1997.
- MITRANY, D., *The Progress of International Government*, Yale University Press, New Haven (Estados Unidos de América), 1933.
- *A Working Peace System. An Argument for the Functional Development of International Organization*, The Royal Institute of International Affairs, Oxford University Press, Londres, 1943.
- MODUGNO, F., «Principi generali dell'ordinamento», en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXIV, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1991.

- MONEREO PÉREZ, J. L., «Por un constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 21, enero-junio 2014.
- MONNET, J., *Memorias* (traducción de José M. Martínez García), Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1985.
- MONTALVO ABIOL, J. C., «Concepto de orden público en las democracias contemporáneas», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 22, 2010-II.
- MORENO JUSTE, A. y NÚÑEZ PEÑAS, V., *Historia de la construcción europea desde 1945*, Alianza Editorial, Madrid, 2017.
- NICKEL, R., «Participatory Governance and European Administrative Law: New Legal Benchmarks for the New European Public Order», en *EUI Working Paper Law*, n.º 2006/26, 2006, disponible en: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6310/LAW_2006_26.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- OTTO, I. DE, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 2011.
- PASCUAL MEDRANO, A., «La dignidad humana como principio jurídico del ordenamiento constitucional español», en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y de las organizaciones internacionales*, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 2003.
- «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la adhesión al Convenio Europeo según el Tratado de Lisboa», en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- PÉREZ BERNÁNDEZ, C., «La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sus sinergias con el Consejo de Europa», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 51, mayo-agosto 2015.
- «La Unión Europea frente a la erosión del Estado de Derecho: las respuestas jurídico-políticas al caso polaco», en *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 40, 2016.

- PÉREZ DE LAS HERAS, B., «The Charter of Fundamental Rights as a New Element of European Identity and Beyond», en PÉREZ DE LAS HERAS, B. (ed.), *Democratic legitimacy in the European demos and global governance. Building a European demos*, Palgrave Macmillan, Cham (Suiza), 2017.
- PÉREZ LUÑO, A.-E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.
- «Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, 2007.
- PERNICE, I., «Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution—making revisited?», en *Common Market Law Review*, vol. 36, n.º 4, agosto 1999.
- «Multilevel constitutionalism in the European Union», en *European Law Review*, n.º 5, 2002.
- PEROTTO BIAGI, C., «La aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: hacia una armonización de la protección de los derechos fundamentales en Europa», en BALAGUER CALLEJÓN, F. y ARANA GARCÍA, E. (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Rafael Barranco Vela*, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- *Los derechos fundamentales en la Unión Europea: En busca de un significado (la aplicación de la CDFUE en la transición de las libertades económicas a los derechos fundamentales. Una labor conjunta de instancias nacionales y europeas)*. (Tesis doctoral inédita), Universidad de Granada, 2017.
- PESCATORE, P., «Les droits de l'Homme et l'intégration européenne», *Cahiers de Droit Européenne*, n.º 4, 1968.
- PETRSCU, O., «Accession to the European Convention on Human Rights: EU Integration into a Legal and Judicial System Reserved to States», en PÉREZ DE LAS HERAS, B. (ed.), *Democratic legitimacy in the European demos and global governance. Building a European demos*, Palgrave Macmillan, Cham (Suiza), 2017.
- PICARD, E., «L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public», en *Actualité Juridique. Droit Administratif*, número especial, 1996.
- PICHERAL, C., *L'Ordre public européen. Droit communautaire et Droit européen des droits de l'homme*, La Documentation française, París, 2001.
- PIZZORUSSO, A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bolonia, 2002.

- POIARES MADURO, M., «Las formas del poder constitucional de la Unión Europea», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 119, enero-marzo 2003.
- PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- QUIÑONES ESCAMEZ, A., «Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avello)», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 18, mayo-agosto 2004.
- REQUEJO PAGÉS, J. L., «La “dignidad de la persona” como categoría conceptual en el Derecho de la Unión. Experiencias, posibilidades y perspectivas», en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- RIDAO MARTÍN, J., «La creación de un espacio europeo de protección de los derechos humanos fundamentales: una aproximación a los obstáculos institucionales y procesales para la adhesión de la UE al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 28, 2017.
- RODRÍGUEZ, A., *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y VALLE GÁLVEZ, A., «El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 2, 1997.
- RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., «Los derechos fundamentales en el procedimiento por incumplimiento y la adecuación constitucional de las actuaciones de los Estados miembros», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 61, 2018.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E., «European Union International Ordre Public», en *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 3, 1993-1994.
- RUBIO LORENTE, F., «Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 64, enero-abril 2002a.
- «Una Carta de dudosa utilidad», en MATÍA PORTILLA, F. J. (dir.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002b.

- «Derechos fundamentales, principios estructurales y respeto por la identidad nacional de los Estados miembros de la Unión Europea», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 17, 2013.
- RUIPÉREZ, J., *La “Constitución europea” y la teoría del poder constituyente. Algunas reflexiones críticas desde el Derecho Político*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.
- RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., «Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española*, vol. II, Edersa, Madrid, 1996.
- SADURSKI, W., «Law’s Legitimacy and “Democracy-Plus”», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n.º 2, 2006a.
- *European Constitutional Identity?*, EUI LAW Working Papers, n.º 2006/33, 2006b, recuperado de: <<http://hdl.handle.net/1814/6391>>.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., «Constitucionalismo, (neo)crisis del Estado social e integración europea», en PÉREZ MIRAS, A., TERUEL LOZANO, G. M. y RAFFIOTA E. C. (dir.), *Constitución e integración europea: Forma política, gobernanza económica, organización territorial*, Dykinson, Madrid, 2017.
- SCHLOSSER, P. F., «Arbitration and European Public Policy», en BRINER R. *et al.*, *L’arbitrage et le droit européen*, Bruylant, Bruselas, 1997.
- SCHMITT, C., «La tiranía de los valores», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 115, enero-febrero 1961.
- SHAW, J., «The Interpretation of European Union Citizenship», en *The Modern Law Review*, vol. 61, n.º 3, mayo 1998.
- SMEND, R., *Constitución y Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 71, enero-marzo 1991.
- «Constitución y orden constitucional en la Unión Europea», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 119, enero-marzo 2003.
- SPINELLI, A. y ROSSI, E., *Per un’Europa libera e unita. Il Manifesto di Ventotene. Le Manifeste de Ventotene. The Ventotene Manifesto*, Senato della Repubblica, Roma, 2017.

- STERNBERGER, D., *Patriotismo constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- ST-HILAIRE, M., *Global Standards of Constitutional Law: Epistemology and Methodology*, abril de 2015, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2598489.
- STICK, J., «Can Nihilism be Pragmatic?», en *Harvard Law Review*, vol. 100, núm. 2, diciembre de 1986.
- STRUYCKEN, T., «L'ordre public de la Communauté Européenne», en AA.VV., *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008.
- SUDRE, F., «Existe t-il un ordre public européen?», en TAVERNIER, P. (ed.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme? Le Cour de Strasbourg et la réalisation d'une «unión plus étroite» (35 années de jurisprudence: 1959-1994)*, Bruylant, Bruselas, 1996.
- TAIBO, C., *No es lo que nos cuentan. Una crítica a la Unión Europea realmente existente*, Ediciones B, Barcelona, 2004.
- TAJADURA TEJADA, J., «Derechos fundamentales e integración europea», en *Estudios de Deusto*, enero-junio 2010.
- TEITGEN, P.-H., *La police municipale générale. L'ordre public et les pouvoirs du maire*, Sirey, París, 1934.
- TOGGENBURG, G. N., «Cultural diversity at the background of the European debate on values – an introduction», en PALERMO, F. y TOGGENBURG, G. B. (eds.), *European constitutional values and cultural diversity*, Europäische Akademie Bozen, Bolzano (Italia), 2003.
- TORRES PÉREZ, A., «En defensa del pluralismo constitucional», en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (coord.), *Derecho constitucional europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., «La tutela judicial de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación nacional del Derecho de la Unión Europea. Recientes acotaciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional español», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013.

- VECCHIO, I. DEL, «*Koinè* costituzionale e cittadinanza europea. La lunga strada della tutela dei diritti in Europa», en *Diritto e società*, n.º 2/2015, 2015.
- VERONESI, P., «La dignidad humana: una idea aparentemente clara. Entre la tónica y la hermenéutica constitucional italiana», en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- VON BOGDANDY, A., «Notas sobre la ciencia del Derecho europeo (contextos, debates y perspectivas de desarrollo de la teoría general del Derecho de la Unión Europea desde el punto de vista alemán)», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 5, 1^{er} semestre 2000.
- «Identidad constitucional. Exploración de un fenómeno ambiguo con ocasión de la política de identidad europea de *lege lata* y *lege ferenda*», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 75, septiembre-diciembre 2005.
- , ANTPÖHLER, C. y IOANNIDIS, M., «the Protecting EU values – Reverse *Solange* and Rule of Law Framework», en *MPIL Research Paper Series*, n.º 2016-04, 2016.
- , KOTTMANN, M., ANTPÖHLER, C., DICKSCHEN, J., HENTREI, S. y SMRKOLJ, M., «Reverse *Solange* – Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States», en *Common Market Law Review*, n.º 49, 2012.
- WEILER, J. H. H., «Viaje a lo desconocido: Pasado y futuro del Tribunal de Justicia en el campo de la integración política», en WEILER, J. H. H., *Europa, fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995a.
- «Epílogo», en WEILER, J. H. H., *Europa, fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995b.
- «Introduction: The Reformation of European Constitutionalism», en WEILER, J. H. H., *The Constitution of Europe. “Do the new clothes have an emperor?” and other essays about European integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002a.
- «Fundamental rights and fundamental boundaries: on the conflict of standards and values in the protection of human rights in the European legal space», en WEILER, J. H. H., *The Constitution of Europe. “Do the new clothes have an emperor?” and other essays about European integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002b.

— «El principio de tolerancia constitucional: la dimensión espiritual de la integración europea» (traducción de Miguel Azpitarte), en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante