

# LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ANTE EL ORDEN PÚBLICO

*Una reformulación actual en el constitucionalismo  
español y uruguayo*

DRA. MARÍA PAULA GARAT DELGADO



R.216196

**tirant lo blanch**  
Valencia, 2020

# Índice

Nota de la autora y agradecimientos .....	15
Prólogo, BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ .....	17
Prólogo, MARTÍN RISSO FERRAND .....	21
Introducción al objeto de la Tesis y estructura de la investigación .....	25

## *Capítulo I*

### Los derechos fundamentales y sus límites

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONSTITUCIONALISMO ACTUAL. DELIMITACIÓN Y LÍMITES .....	40
1.1. Teoría de la delimitación .....	48
1.2. Límites a los derechos: directos, inmanentes, ¿e implícitos? ..	52
1.2.1. Límites directos y límites indirectos o inmanentes, pero explícitos .....	56
1.2.2. ¿Límites inmanentes “implícitos”? .....	59
1.3. Los límites de los derechos y los “límites de los límites”. Aproximación a la jurisprudencia del TCE de España y de la SCJ de Uruguay .....	64
1.3.1. Nociones preliminares: razonabilidad, proporcionalidad, ponderación y contenido esencial .....	64
1.3.2. Criterios empleados por la jurisprudencia de España y de Uruguay .....	68
2. LOS “LÍMITES DE LOS LÍMITES” AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FRENTE AL PODER PÚBLICO: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA DOCTRINA DEL CONTENIDO ESENCIAL .....	74
2.1. Caracteres del principio de proporcionalidad y principales aspectos de su aplicación práctica .....	74
2.2. La doctrina del contenido esencial. Su conjunción con el parámetro de la proporcionalidad .....	94
3. ANÁLISIS CRÍTICO: LOS FINES LEGÍTIMOS COMO UN ASPECTO POCO ANALIZADO EN LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	101
3.1. El fin legítimo en el marco del principio de proporcionalidad. Su confluencia con la teoría de los límites inmanentes ..	102
3.2. Los instrumentos normativos y la incorporación de fines públicos .....	107

- 3.3. La indeterminación jurisprudencial de la legitimidad de fines y sus consecuencias (premisa de esta tesis) ..... 113

### Capítulo II

#### Orden público y órdenes públicos

1. EL ORDEN PÚBLICO COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO ..... 124
- 1.1. La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa ..... 126
- 1.2. La determinación del concepto jurídico indeterminado: una operación de interpretación ..... 134
- 1.3. La actividad de estimación y su control jurisdiccional: el “halo conceptual” y el “margen de apreciación” ..... 138
2. EL ORDEN PÚBLICO “INTERNO”. UN ORDEN PÚBLICO MATERIAL Y UN ORDEN PÚBLICO IDEAL ..... 145
- 2.1. El orden público como integrante de la teoría del Estado .. 146
- 2.2. Los conceptos material e inmaterial de orden público en su referencia clásica ..... 159
- 2.3. El orden público como límite a la autonomía de la voluntad en el Derecho infra-constitucional ..... 169
- 2.4. Las concepciones actuales tras la ampliación de la actividad estatal. Un orden público “social” y un orden público “económico” ..... 178
3. EL ORDEN PÚBLICO COMO EXCEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL ..... 189
- 3.1. La invocación del orden público por las normas de Derecho Internacional ..... 190
- 3.2. La significación del orden público internacional como orden inmaterial ..... 196
- 3.3. El incipiente vínculo entre el orden público internacional y los derechos humanos ..... 206
4. EL CAMBIO EN LA CONCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO. LA NECESIDAD DE UN ANÁLISIS CONSTITUCIONAL ..... 219

### Capítulo III

#### El concepto de orden público como límite a los derechos fundamentales en el ámbito constitucional

1. ANTECEDENTES. EL “HISTÓRICO” CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO Y SUS CONSECUENCIAS ..... 223

1.1.	El concepto de orden público constitucional y su evolución en la tradición constitucional española y uruguaya .....	224
1.2.	Las incidencias prácticas de esta identificación teórica: los períodos dictatoriales .....	233
2.	EL ORDEN PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 .....	242
2.1.	El “orden político” en el marco del artículo 10 de la Constitución española y su relación con el “orden público constitucional” .....	243
2.2.	La libertad ideológica, religiosa y de culto .....	254
2.2.1.	Delimitación de las libertades y estructura del análisis .....	254
2.2.2.	España: ¿Constitución militante o defensa democrática? Sus repercusiones en el contenido del orden público constitucional .....	256
2.2.3.	La libertad ideológica y religiosa frente al orden público: desarrollo doctrinario y jurisprudencial. Algunos cuestionamientos en torno a su ampliación.....	274
2.3.	El derecho de reunión .....	295
2.3.1.	Caracterización del derecho de reunión en la CE: algunas precisiones sobre su ámbito de protección .	295
2.3.2.	La calificación del orden público del artículo 21 CE como orden material .....	298
2.3.3.	La alteración al orden público conforme a la jurisprudencia del TCE .....	302
3.	EL CONCEPTO DE “ORDEN PÚBLICO” EN LA CONSTITUCIÓN DE URUGUAY .....	310
3.1.	La caracterización del sistema constitucional uruguayo. Una primera aproximación al orden público como fin del Estado .....	310
3.2.	Principio de libertad y orden público. El orden público como supuesto de limitación a derechos fundamentales ....	318
3.2.1.	La esfera de libertad prevista por el artículo 10 de la Constitución de Uruguay: actividades ajenas al “orden público” .....	318
3.2.2.	El orden público como límite al derecho de reunión .....	322
3.2.3.	La Libertad de Enseñanza y la preservación de un orden público .....	329
3.2.4.	Una norma constitucional particular que evoca al orden público: la prohibición de usura .....	334
3.3.	La significación del orden público y su vínculo con otros conceptos constitucionales: el interés general y el bien común ...	335

3.3.1.	El abordaje doctrinario del interés general. Su relación con el orden público .....	336
3.3.2.	La caracterización de “orden público” y de “interés general” realizada por la Suprema Corte de Justicia..	344
4.	EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA Y URUGUAY. CONCLUSIONES PRELIMINARES .....	356

#### *Capítulo IV*

#### El orden público en los sistemas regionales de protección. Su integración con el constitucionalismo actual

1.	LA RELACIÓN CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA Y DE URUGUAY CON LOS SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.....	362
1.1.	El ordenamiento constitucional español y los sistemas europeos de protección de derechos humanos. Vínculo entre el TEDH, el TJUE y el TCE.....	362
1.2.	La vinculación de Uruguay con el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. El control de convencionalidad y otros criterios interpretativos .....	372
2.	EL ORDEN PÚBLICO EN EL MARCO DE LAS CONVENCIONES SOBRE DERECHOS HUMANOS (CADH, CEDH, CDFUE)	380
2.1.	La CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH. Especial referencia a la Opinión Consultiva 5/1985 .....	380
2.2.	El orden público el CEDH .....	391
2.3.	La jurisprudencia del TJUE en esta materia .....	413
3.	EL ORDEN PÚBLICO ¿MÍNIMO COMÚN? SU CONFLUENCIA CON EL “IUS COMMUNE INTERAMERICANO”, EL “ORDEN PÚBLICO EUROPEO” Y LAS “TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES” .....	433

#### *Capítulo V*

#### El contenido actual del concepto de orden público. Su necesaria vinculación con el principio democrático y con los derechos fundamentales (conclusiones)

1.	LO TRANSITADO: LA DIVERGENCIA EN EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO Y LA CARENCIA DE UNA FUENTE CONSTITUCIONAL EN SU CONTENIDO .....	449
----	--	-----

2.	EL ORDEN PÚBLICO EN SU CARACTERIZACIÓN ACTUAL: UN EQUILIBRIO ENTRE DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES .....	453
3.	UNA PROPUESTA DE REFORMULACIÓN: EL ORDEN PÚBLICO COMO GARANTÍA, MÁS QUE COMO LÍMITE .....	457
3.1.	Reformular el análisis del fin legítimo: operaciones de interpretación y de estimación .....	458
3.2.	Reformular el orden público: dotarlo de contenido y considerarlo como una garantía .....	462
3.3.	Los derechos fundamentales ante el orden público (conclusiones finales) .....	466
	<b>Bibliografía citada</b> .....	473
	<b>Casos de jurisprudencia regional consultados</b> .....	521
	<b>Abreviaturas utilizadas</b> .....	531