

SOBRE LA CLAUSULA DE ORDEN PUBLICO EN MATERIA DE NACIONALIDAD (La STS de 7 de junio de 1987)

SUMARIO: I. Prenotandos: el «orden público» como argumento.—II. La argumentación tradicional. Su incompatibilidad con la Constitución.—III. La interpretación conforme a la Constitución: 1. La existencia de un acto de la Administración sujeto a Derecho Administrativo. 2. La aplicación del artículo 43 LPA frente al artículo 223 RRC. 3. La exigencia de fundamentación en la aplicación del orden público y la radical alteración del sistema de naturalización por residencia.—IV. Precisiones finales.

I. PRENOTANDOS: EL «ORDEN PÚBLICO» COMO ARGUMENTO

La afirmación (vertida en el contexto jurídico del franquismo por quien con mayor dedicación se ha ocupado del tema, el Profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO) según la cual «la cláusula de orden público es una noción caprichosa que se utiliza con enorme arbitrariedad...» (1) encierra una gran verdad histórica cuya supervivencia resulta inadmisibles en el seno de un Estado de Derecho que ha querido cerrar la puerta a toda posible arbitrariedad (art. 9.3 CE).

La cláusula de Orden público no puede, en el esquema constitucional (una vez contrastada su presencia, arts. 16 y 21 CE), gozar de la amplísima e imprecisa fuerza limitadora del ejercicio de los derechos, de la que se le dotó en un contexto autoritario.

El marco constitucional, y la posición preferente de los derechos fundamentales, obligan a formular en términos notablemente más precisos y jurídicamente más estrictos, el modo de operar de la noción de orden público cuando es utilizada, ya sea en sentido formal o material (2), como cláusula limitadora de derechos. Permanece la fórmula, pero deben cambiar, radicalmente, su contenido y su función a fin de obtener un resultado ajustado a los valores y principios constitucionales (3).

(1) Vid. su ya clásico *La cláusula de orden público como límite —impreciso y creciente— del ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid, 1975, pág. 50.

(2) Vid. M. J. IZU BELLOSO, *Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978*, «REDA», núm. 58, abril-junio 1988, pág. 234.

(3) Es obligado citar de nuevo al profesor L. MARTÍN-RETORTILLO, quien, desde su larga dedicación bibliográfica al tema del orden público, ha podido decir, tras criticar la fórmula del artículo 16 CE, que «la única opción que nos queda para ale-

El problema es, entonces, de pura técnica jurídica. Se trata de establecer las técnicas, los mecanismos y los recursos técnico-jurídicos para evitar que las menciones a la noción de orden público contenidas en la normativa infraconstitucional, interpretados y aplicados por autoridades inferiores, den lugar a resultados que «constriñan en exceso el ámbito del derecho» (4).

En este sentido, la STS (Sala IV) de 7 de junio de 1986 (RA 6606) es una buena muestra de la utilización de la técnica jurídica y de los principios constitucionales, para poner fin a un uso indebido (anclado en antiguas referencias autoritarias enquistadas normativamente en el ámbito de la adquisición de la nacionalidad y del Registro Civil) de la noción de orden público (5).

Los textos normativos infraconstitucionales en presencia son esencialmente los siguientes: el artículo 20 del C. c. (redacción anterior a la Ley 51/82) y los artículos 223 y 362 del Reglamento del Registro Civil. De estos textos resultaría que solicitada la nacionalización por residencia, tras acreditar la residencia legal en España en cada caso requerida, una vez tramitado el oportuno procedimiento, el Ministerio de Justicia *podría denegarla, alegando razones de Orden público, sin necesidad de motivación alguna (art. 223 del RRC) y sin posibilidad alguna de recurso judicial, al menos en la vía contencioso-administrativa (art. 362 RRC).*

Muchas son las cuestiones implicadas en estos textos, aunque aquí nos limitemos a la alegación, sin necesidad de motivación, de razones de orden público (6).

jarse de un pasado poco honroso, consistirá en esforzarse porque en lugar de un orden público de sistema totalitario, se interprete en el sentido que corresponda a una sociedad democrática». Vid. «El orden público como límite al derecho de libertad religiosa», en *Bajo el signo de la Constitución*, IEAL, Madrid, 1983, pág. 312. Un resumen de la evolución del concepto de orden público, del mismo autor, en *Notas para la historia de la noción de orden público*, «REDA», núm. 36, enero-marzo 1983, págs. 19 y ss., que finaliza preguntándose: «¿Hasta qué punto la toma de postura de rechazo, respecto a la vieja noción de orden público, tan claramente asumida en el escalón constitucional, se hará sentir en los otros peldaños del sistema jurídico, en todos ellos?» La Sentencia que se comenta es buena muestra de dos respuestas distintas (TS, Sala Cuarta, y DGRN) a ese interrogante.

(4) Vid. MARTÍN-RETORTILLO, *El orden público como límite al derecho de libertad religiosa*, cit., pág. 315.

(5) La referida Sentencia, aquí comentada, ha sido objeto de atención desde distintas ópticas, especialmente desde la referencia material al inadecuado planteamiento normativo de la nacionalización por residencia y los problemas de la jurisdicción competente. Vid., por todos, C. APRELL LASAGABASTER, *El control judicial de la discrecionalidad administrativa en materia de nacionalidad*, «REDA», núm. 57, enero-marzo 1988, págs. 89 y ss., y FERNÁNDEZ ROZAS y ALVAREZ GONZÁLEZ, *La nacionalidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa*, «La Ley», 1987/2, págs. 309 y ss. Aquí resaltaremos, singularmente, el manejo de procedimientos técnicos que implican un nuevo juego de la cláusula de orden público en materia de nacionalidad, con particular atención a la motivación incluso en contra de texto expreso.

(6) Una exhaustiva exposición de toda la problemática implicada se encuentra en el comentario de FERNÁNDEZ ROZAS y ALVAREZ GONZÁLEZ citado, que se ocupa sobre todo de los problemas que suscita la vía judicial ordinaria como la única procedente en materia de nacionalidad, con la limitación propia de las «acciones de estado»,

II. LA ARGUMENTACIÓN TRADICIONAL. SU INCOMPATIBILIDAD CON LA CONSTITUCIÓN

Buen exponente «jurisprudencial» de la posición tradicional sobre la concesión de nacionalidad, es la Resolución de la DGRN de 8 de abril de 1976, que permite apreciar la concepción general que sobre la misma existía en aquella fecha.

Según la citada Resolución, la concesión de nacionalidad (por residencia) es un «privilegio personal» (por tanto, poco menos que graciable) que afecta al «estado y condición de las personas», lo cual permite calificar a la materia de puramente civil. Por otra parte, tal «privilegio o gracia» está regida por leyes civiles (arts. 63 LRC, 220 y ss. RRC) y supletoriamente por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Finalmente, «por tratarse de privilegios otorgados en materia civil y política son cuestiones excluidas de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 2.º LJ) e incluidas como negocios civiles en la jurisdicción ordinaria» (7).

Pero en la vía civil los «motivos de orden público» no podrían ser enjuiciados, sin que, además, pudiese argumentarse con la falta de motivación del acto de aplicación de tal cláusula, porque la misma estaba excluida por el artículo 223 del RRC.

FERNÁNDEZ ROZAS y ALVAREZ GONZÁLEZ han llamado la atención sobre la pervivencia de este esquema conceptual sobre la concesión/denegación de la nacionalidad, en clave de entender que constituyen cuestiones de naturaleza civil y política ajenas a las normas ordinarias de Derecho Administrativo (singularmente, a la necesidad de motivar los actos desfavorables) y a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, con cita a este respecto de la Resolución de la DGRN de 30 de junio de 1977 (8). La denegación de nacionalidad alegando «motivos de orden público», por su ausencia de motivación, era un acto prácticamente inatacable, al margen del posible grado de arbitrariedad que pudiera encerrar. Como, por otra parte, tal motivo de denegación podía ser opuesto al solicitante que hubiese cumplido el tiempo de residencia legal, nuestro sistema de naturalización quedaría integrado por un amplio margen de discrecionalidad administrativa sin efectivo control judicial, quedando en manos de autoridades gubernativas la existencia o no de razones de «orden público».

esto es, permanciendo inalterable el estado producido por la decisión administrativa. La vía judicial civil no permite revisar la decisión del Ministerio de Justicia.

(7) Así se expresa el punto 3.º de la Resolución citada. Vid. su texto en el «Anuario de la DGRN», 1976, pág. 356.

(8) Vid. su comentario a la Sentencia aquí reseñada bajo el título *La nacionalidad ante...*, cit., resumiendo la doctrina de la Res. DGRN de 30 de junio de 1977, en el sentido de que en los expedientes de nacionalidad no son de aplicación las normas ordinarias de Derecho Administrativo y, singularmente, la obligación de motivar el acto de denegación, motivación excluida por el artículo 223 RRC entonces vigente («No se motivarán las resoluciones denegatorias por razón de interés y orden público»).

En este contexto (al que habría que añadir la calificación como procedimiento administrativo especial, en el Decreto de 10 de octubre de 1958, del «procedimiento sobre nacionalidad», art. 10-8) se mueve la SAN de 18 de febrero de 1984 que aplicando estrictamente los textos legales, y desde la concepción de la denegación de la nacionalización como pura cuestión civil, ajena a la jurisdicción contencioso-administrativa, da por buena una aplicación no motivada de la cláusula de orden público, al establecerlo así el artículo 223 *in fine* del RAC, en la redacción entonces vigente (que *prohibía* motivar las denegaciones por razón de orden público).

La argumentación tradicional —con matices de los que aquí podemos prescindir— afirma, pues, expresa o implícitamente, que no existe acto administrativo, sino político, en la denegación de nacionalización por residencia al amparo de la cláusula de orden público, que tal acto, en todo caso, es ajeno a la aplicación de la LPA y singularmente que la jurisdicción contencioso-administrativa debe declarar la inadmisibilidad de cuantos recursos se planteen ante ella en esta materia por ser de carácter civil y pertenecer a la jurisdicción de esa índole (cuando ello sea legalmente posible) el conocimiento de las cuestiones referidas a la nacionalidad.

La alegación de motivos de orden público para denegar la nacionalización por residencia, constituiría *una apreciación puramente discrecional, no motivada y no revisable jurisdiccionalmente...* El margen otorgado a las autoridades gubernativas es, a todas luces, excesivo y permite dejar abierto un enorme portillo a la arbitrariedad, como consecuencia del juego estricto de la legalidad vigente.

Antes de la singular sentencia de 7 de junio de 1986, comentada, era ya importante el *corpus* jurisprudencial en torno a la aplicación de la noción de orden público (material) en una materia próxima, funcionalmente, a la de la nacionalidad tal como es la del otorgamiento de autorizaciones de residencia y permisos de trabajo a extranjeros. Baste recordar aquí la STS de 17 de octubre de 1983 (RA 5187), que, tras reconocer que la normativa a la sazón vigente preveía amplias facultades para otorgar o renovar permisos de trabajo, así como para denegarlos «*si concurren razones de orden público*», establece que tal concepto es un

«concepto jurídico indeterminado que exige la prueba detallada y precisa de los presupuestos fácticos que lo hagan aplicable... no bastando la invocación genérica del término legal para denegar una renovación de tal autorización».

En igual sentido, la STS de 19 de noviembre de 1984 (RA 6220) afirmará que el concepto de orden público «por su carácter de concepto jurídico indeterminado supone la necesidad de que se acrediten las circunstancias que justifiquen su realidad», sin que en el supuesto concreto se infiera la realidad de la existencia de motivos de orden público,

sino la pura alegación *in abstracto* por la Administración de dicha cláusula.

La STS de 26 de abril de 1985 (RA 2878) (9) reitera los términos ya citados en la de 17 de octubre de 1983 y, finalmente, en una clave algo distinta, la S. de 13 de diciembre de 1985 (RA 627), tras entender que el otorgamiento o denegación de un permiso de trabajo es una cuestión «inspirada por la idea de discrecionalidad resolutoria» (implícita en la cláusula de orden público), entre otras valoraciones, argumenta que

«en manera alguna cabe confundir la discrecionalidad con el libre albedrío por cuanto si éste puede ser punto de una decisión carente de la necesaria motivación... la discrecionalidad es resultado de un proceso razonado en que habrán de ser valoradas las circunstancias que dan lugar a la decisión...».

El entendimiento y la forma de aplicación de la cláusula de orden público en materia de nacionalidad, sin embargo, permanecía al margen de este espíritu, directamente tributario de las exigencias constitucionales que resultan del artículo 9-3 (interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, de donde la sentencia citada en último lugar extrae la necesidad de motivación del acto que aplica aquella cláusula para limitar derechos), por existir un precepto (el art. 223 del RRC) que establecía la no motivación y la caracterización de la materia como ajena a la jurisdicción contenciosa.

El argumento tradicional impedía, por tanto, la plena vigencia de los artículos 24, 103 y 106 CE (pleno sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho y plenitud de control jurisdiccional, en consonancia con el derecho a la tutela judicial efectiva), al caracterizar como puramente gratificables o como actos políticos que inciden en materia civil lo que no son sino actuaciones en las que la Administración goza de amplia discrecionalidad, sujeta a la exigencia de motivación expresa.

III. LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

El supuesto de hecho de la STS de 7 de junio de 1986 (RA 6606) es el siguiente: una súbdita argentina solicita la nacionalidad española una vez cumplido el plazo de residencia legal exigido. Por delegación del Ministerio de Justicia, la Resolución de la DGRN de 4 de enero de 1982 le deniega la nacionalidad, sin razonamiento o motivación alguna, alegando razones de «orden público» al amparo del artículo 20 C. c. Interpuesto recurso contencioso ante la Audiencia Nacional sobre la

(9) Vid. un comentario a a misma en J. A. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *Control judicial de actos administrativos afectantes a situaciones de los extranjeros*, «REDA», número 49, enero-marzo 1986, págs. 123 y ss.

base de la inexistencia de tales motivos de orden público, la Sala declaró inadmisibles el recurso. Apelada la Sentencia, el TS entra a conocer el fondo y declara la inexistencia de razones de orden público que funden la denegación y el derecho de la recurrente a que se le conceda la nacionalidad española.

El TS debe desmontar, para llegar a un fallo estimatorio de la pretensión del recurrente, los presupuestos de la posición tradicional utilizando el parámetro interpretativo o la directriz de «interpretación conforme a la Constitución». En base a ella debe responder a las siguientes preguntas: ¿existe en la denegación de naturalización por residencia, al amparo de la cláusula de orden público, un acto de la Administración pública sujeto a Derecho Administrativo —art. 1.º LJCA—? ¿Se trata de un acto limitativo de derechos en el sentido del artículo 43 LPA, y es aplicable tal precepto frente al artículo 223 RRC? ¿Es suficiente el fundamento que respalda la aplicación de la cláusula de orden público? La contestación positiva a las dos primeras cuestiones y negativa a la segunda llevará al TS a estimar el recurso y declarar el derecho del recurrente a obtener la nacionalidad española.

1. *La existencia de un «acto de la Administración sujeto a Derecho Administrativo»*

El fallo de la AN declaraba inadmisibles el recurso alegando la naturaleza civil del asunto, en consonancia con la posición tradicional, que, ya se ha visto, calificaba el acto de concesión o denegación como «acto político» que *afectaba al estatus civil*, correspondiendo en su caso a la jurisdicción civil el conocimiento de las cuestiones que se susciten. El TS niega ambos extremos y afirma que:

«Se plantea un enfrentamiento entre un particular y la Administración que emite una resolución constitutiva de un auténtico acto administrativo... dictado tras seguir un procedimiento administrativo también, según específicamente se le considera en el artículo 1.7 del D. 10 octubre 1958... *sin que sea óbice a lo expuesto el hecho de que el derecho material aplicado se encuentre ubicado en el C. c.*» (10).

Para añadir en el Fundamento sexto que

«debe prevalecer la naturaleza de la institución sobre la sede en que aparezca situada, razón por la que *unida a la*

(10) El TS argumenta con el carácter jurídico-público que debe otorgarse a la institución de la nacionalidad, no obstante su encuadre sistemático en el C. c. y la caracterización tradicional de la misma. Vid. sobre el tema el citado comentario de FERNÁNDEZ ROZAS y ALVAREZ GONZÁLEZ.

naturaleza del órgano actuante inequívocamente administrativa (la DGRN del Ministerio de Justicia) a la del acto residenciado en este proceso y al procedimiento seguido para su formación, dan por resultado que haya de considerarse que tal acto es revisable jurisdiccionalmente por los tribunales de lo Contencioso-Administrativo, como comprendido en el artículo 1.1 y 1.2 a) LJ».

Se está negando así que proceda en el caso la aplicación del artículo 16 RRC (supletoriedad de las normas de la jurisdicción voluntaria en las actuaciones del Registro), ni la aplicación de los artículos 1817 (conversión del expediente en contencioso) y 483.3 de la LEC.

Con ello, y esto es lo notable, el TS da cuenta de las limitaciones del artículo 20 C. c. en su *redacción actual*, posterior al caso (Ley 51/82), al establecer que la concesión o denegación de la nacionalidad «deja a salvo la *vía judicial civil*».

Implícitamente, el TS niega tanto el carácter civil de la materia como la naturaleza de acto político de la denegación, consideración que venía fundamentada en la amplia apreciación, enteramente discrecional y sin motivación alguna, de la cláusula de orden público (11).

Naturalmente, esta actitud se basa, además de en un entendimiento de la nacionalidad diferente al tradicional, en la exigencia de pleno control judicial de la actividad administrativa (arts. 103 y 106 CE) y en el total respeto al derecho a la tutela judicial efectiva. De aquí que el TS se explique en el Fundamento octavo en los siguientes términos:

«Si damos por supuesto que el acto administrativo de que se trata es impugnabile ante nuestra jurisdicción es porque, aparte de lo razonado *ut supra*, malamente podrá eliminarse la garantía jurisdiccional porque un precepto reglamentario diga como éste del Registro Civil (art. 362) que «contra las Resoluciones de la DGRN no cabe recurso alguno...», puesto que preceptos como éste la jurisprudencia los ha interpretado en el sentido de entenderlos sólo referidos a los recursos administrativos... sin afectar a la posibilidad de apertura jurisdiccional.»

La bien fundada doctrina del TS sobre la procedencia del recurso contencioso-administrativo frente a la denegación por motivos de orden público, de la nacionalización por residencia, cuenta con otros argumentos que aquí pueden sólo apuntarse. Por ejemplo, la caracterización de «intervención administrativa en la nacionalidad», otorgada por la Exposición de Motivos de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 (punto VII), o la consideración administrativa que el Registro Civil como

(11) Sobre la consideración de las sanciones de orden público como acto político es clásico el análisis de L. MARTÍN-REFORTILLO, *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1973.

servicio ha merecido a otra jurisprudencia (por ejemplo, STS 10 octubre 1987, RA 8327, con negación del carácter «judicial» del mismo).

2. La aplicación del artículo 43 LPA frente al artículo 223 RRC

El TS comienza el examen del fondo del asunto tras argumentar sobre la admisibilidad de recurso, con la cuestión referida a

«otra causa de nulidad del ordenamiento aplicado por dicho órgano (DGRN), en lo que se contrae al precepto contenido en el artículo 223 *in fine* RRC (la no motivación de las resoluciones denegatorias de nacionalidad por razones de orden público), contrario abiertamente a la necesidad de motivar los acuerdos limitativos de derechos impuesta en el artículo 43.1 a) LPA».

Con esta argumentación, el TS da por supuesto que la exención de motivación contenida en un precepto reglamentario (art. 223 RRC) es nula por vulneración del principio de jerarquía normativa, *incluso cuando aquel precepto reglamentario regula uno de los procedimientos especiales* a los que alude la Disposición final primera de la LPA, habida cuenta de que los procedimientos en materia de nacionalidad lo son, a tenor del artículo 1-8.º del RD de 10 de octubre de 1958.

Se niega así (*vid. supra*) uno de los elementos de la argumentación tradicional (exclusión en estos expedientes de la aplicación de «las normas ordinarias de Derecho Administrativo», en palabras de la Resolución de la DGRN de 30 de junio de 1977), en último término sustentada en una falsa interpretación, según la cual, pese a que el Decreto de 10 de octubre de 1958 hablaba de un procedimiento *administrativo* especial, a efectos del artículo 1 de la LPA, tal disposición no debía tenerse en cuenta por ser anterior a la LRC y al RRC (12). Como había advertido MORÁN DEL CASERO (13), la LRC es anterior en su promulgación —8 de junio de 1957— a la LPA —17 de julio de 1958—, aunque sea posterior su entrada en vigor (1 de enero de 1959 respecto de la LRC, 1 de noviembre de 1958 respecto de la LPA). No cabe hablar de derogación de la LPA por la LRC porque *es la fecha de promulgación* (no de vigencia) la que debe considerarse, según la más autorizada opinión de Federico DE CASTRO.

Esta argumentación hubiera permitido solucionar la antinomia entre el conjunto normativo LRC-RRC y la LPA o, más en concreto, la antinomia entre el artículo 223 *in fine* del RRC y el artículo 43 LPA, sin necesidad de acudir al principio de jerarquía normativa, que podría

(12) Vid., por todos, el comentario de FERNÁNDEZ ROZAS y ALVAREZ GONZÁLEZ y la bibliografía allí citada, como exponente de esta argumentación tradicional.

(13) Vid. su trabajo «Los procedimientos sobre la nacionalidad española», en la obra colectiva, dirigida por GONZÁLEZ NAVARRO, *Los procedimientos administrativos especiales*, vol. II, Madrid, 1969, págs. 431 y ss., en concreto pág. 441.

plantear dudas, dado el carácter especial del procedimiento en materia de nacionalidad.

Tan es así, tan profundamente está arraigada la idea de que los procedimientos en materia de nacionalidad no están sujetos a la exigencia del artículo 43 LPA (ni siquiera cuando se trate de nacionalización por residencia), que la reciente modificación del artículo 223 del RRC (RD 1917/86) sólo ha alcanzado a especificar que «podrán no motivarse las resoluciones denegatorias de nacionalidad por razones de interés u orden público», fórmula que incide no sólo en vulneración del artículo 43 LPA, sino también en infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad porque, como se ha dicho, «aceptar la posibilidad de no motivación es abrir las puertas a la eventual arbitrariedad en la actuación administrativa, cuyo amparo vendría dado por la falta de razonamiento» (14).

3. *La exigencia de fundamentación en la aplicación del «orden público» y la radical alteración del sistema de naturalización por residencia*

La aplicación de la técnica ius administrativa al ámbito material de la nacionalidad, lleva al TS, indefectiblemente, a alterar el planteamiento tradicional de la naturalización por residencia. En él, la cláusula de orden público era una suerte de «comodín» (15) que, *sin motivación y sin recurso*, dejaba en manos del juicio totalmente discrecional de la Administración la concesión o no de la nacionalidad española. Este tipo de esquema era propio de un sistema autoritario cuyo entendimiento de lo que es o representa el «orden público» es bien distinto del que debe imperar en una «sociedad democrática».

Por otra parte, tal mecanismo positivo, puesto en acción, violenta el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, pues no permite apreciar la existencia o no de un criterio objetivo en la aplicación del ordenamiento jurídico.

El TS comienza afirmando que la noción de orden público en la sede sistemática a la que nos referimos es un «concepto jurídico indeterminado» y, aplicándolo (16) la técnica consecuente, exige la adecuada fundamen-

(14) Vid. FERNÁNDEZ ROZAS y ALVAREZ GONZÁLEZ, *La nacionalidad...*, cit., pág. 318. Por cierto que, como recuerdan los citados autores, la mejor doctrina (DE CASTRO, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ) no ha desconocido nunca la naturaleza de acto administrativo de los que conceden o deniegan la nacionalidad. Ninguna razón existe, en consecuencia, despejado el tema de la «especialidad» del procedimiento, para no aplicar la dogmática del acto contenido en la LPA.

(15) *Ibidem*, pág. 321. Tal «comodín» hacía de la naturalización por residencia una suerte de concesión puramente graciable, pues dentro de la noción de «orden público» se escondían todas las consideraciones posibles que la Administración pudiera formular. Un concepto evidentemente metajurídico era manejado como tal y con claras adherencias de valoración política.

(16) Vid., por todos, el clásico trabajo de F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.

tación fáctica del mismo. Ante la evidencia de que en los datos de hecho no concurren circunstancias para su aplicación como excepción, sino datos que permiten entrever la integración en la sociedad española de la solicitante, el TS falla declarando el derecho de la accionante a que se le conceda la nacionalidad española, ante la existencia de un conjunto de razones favorables en el informe policial:

«Los elementos de juicio no son otros que los facilitados por la Policía española y son ellos los que nos llevan a la conclusión... de que no existen razones de orden público para negar la nacionalidad española... puesto que: 1.º) su nacionalidad de origen —argentina—... es merecedora de una consideración especial... 2.º) su antiguo *status* de refugiada política... 3.º) el deber de nuestro Estado de facilitar la asimilación y naturalización de los refugiados... 4.º) la carencia de antecedentes penales de la recurrente y la falta de consistencia del único motivo que contra ella se recoge en el informe de la Policía (colocación de un artefacto explosivo en su país de origen), puesto que no sólo no se concreta nada de las circunstancias del hecho..., sino que hasta se llega a decir que no se tiene la seguridad de que sea la misma persona... 5.º) su dedicación al estudio... 6.º) su sostén económico...»

Debe anotarse que actuando así, el TS otorga a la noción de orden público contenida en el artículo 20 C. c. un contenido estrictamente jurídico, y exigiendo su motivación se está transformando la discrecionalidad regida por criterios de oportunidad política que aquella noción encerraba en el sistema preconstitucional (de ahí la calificación de acto político que en ocasiones se le otorgó) en una pura «*discrecionalidad de derecho común*» (17), incluso negando que existan verdaderas facultades discrecionales, sino un puro concepto jurídico indeterminado, con la consiguiente relevancia de la motivación expresa del acto (18), permitiendo a la jurisdicción enjuiciar la realidad fáctica valorada.

Cambio, pues, no sólo en el modo de funcionar la cláusula de orden público, sino también (como consecuencia de ello) reducción del contenido de la noción, que aparece ahora formulado como un estricto concepto jurídico, desprovisto de toda consideración metajurídica o de pura apreciación política.

De concepto jurídico indeterminado califica también a la noción de orden público GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1979 (también en el núm. 38 de esta REVISTA, págs. 62 y ss.).

La jurisprudencia del TS antes citada sobre permisos de trabajo y autorizaciones de residencia es prácticamente uniforme en la consideración del orden público como concepto jurídico indeterminado que requiere la prueba precisa de los elementos en que se asienta y la motivación de la resolución.

(17) La expresión es de B. PACTEAU, en su comentario al *arrêt Edictions des Archers*, CE 17 abril 1985. Vid. «La Revue Administrative», núm. 226, 1985, pág. 362.

(18) Vid. SAINZ MORENO, *op. cit.*, págs. 248 y ss., singularmente pág. 250.

IV. PRECISIONES FINALES

Decidido a aplicar consecuentemente los artículos 24, 103 y 106 de la Constitución, el Tribunal Supremo se desentiende del planteamiento tradicional que establecía la vía judicial civil como la única procedente, por entender que existe no una cuestión *inter privatos*, sino un litigio administrado-Administración Pública, cuyo derecho objetivo, aunque incardinado en un *corpus* privado (el C. c.), es de naturaleza jurídico-pública. Para ello, tras advertir las limitaciones de la jurisdicción civil, debe dejar de aplicar preceptos reglamentarios que imposibilitaban la admisibilidad del recurso.

Tal planteamiento resulta, si cabe, más llamativo a la vista de la nueva redacción del C. c., cuyo artículo 22 ha insistido en el sentido de que la concesión o denegación de la nacionalidad deja a salvo la vía judicial civil, remisión que puede resultar realizada al vacío, pues es problemático que en esta vía se pueda conseguir un enjuiciamiento de fondo sobre la existencia o no de «razones de orden público» para una denegación, y sobre todo, un fallo declarando el derecho a obtener la nacionalidad española. Llama por eso poderosamente la atención la singularidad de la sentencia comentada que se presenta como un caso aislado en el que el TS se pronuncia por la *sustancia juridico-administrativa del concepto «orden público» en materia de nacionalidad*, dejando de lado la consideración de éste como instrumento también presente en el ámbito jurídico-privado, con la consecuencia, ya aludida, de conceptuar novedosamente el tema de la naturalización por residencia, despojando al término de las adherencias de valoración política que le atribuye la conceptualización tradicional.

En consonancia con esta construcción, exige la motivación expresa del acto que aplica la cláusula de orden público para denegar una solicitud de naturalización por residencia y enjuicia por sí mismo la existencia real de tales razones. Contrasta igualmente su tajante pronunciamiento sobre la nulidad del inciso final del artículo 223 RRC («no se motivarán las resoluciones denegatorias por razón de interés u orden público») por infracción del artículo 43 LPA con la modificación posterior de dicho precepto, que sigue, no obstante, estableciendo que «podrán no motivarse...» (RD 1917/86).

Lo más notorio quizá sea, con todo, que se trata de una única sentencia... No hemos hallado pronunciamientos similares, lo cual puede ser muestra de la pervivencia de antiguos modos, pero también (y a la vista está) de la insuficiencia de la reciente modificación legislativa en materia de nacionalidad, que parece haber cegado la incipiente línea jurisprudencial que iniciaba la STS de 7 de junio de 1986. De este modo, la cláusula de orden público en materia de nacionalidad puede conti-

MARCOS FERNANDO PABLO

nuar operando no según los esquemas de una sociedad democrática, sino según los viejos principios autoritarios, cuando ya, en el ámbito de la extranjería, su papel ha quedado plenamente juridificado.

Marcos FERNANDO PABLO
Departamento de Derecho Público.
Universidad de Salamanca