



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 65\_xaneiro-xuño 2023 | pp. 417-428  
Santiago de Compostela, 2023  
<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5097>

© Pablo Riquelme Vázquez  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 15/05/2023 | Aceptado: 01/06/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo

65 Regap

Regap



RECENSIONES

PABLO RIQUELME VÁZQUEZ

Profesor ayudante doctor de Derecho Constitucional  
Universidad de Vigo

<https://orcid.org/0000-0003-4664-1519>

priquelme@uvigo.es

GAVARA DE CARA, J.C. (dir.): *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, Editorial Bosch Editor, Barcelona, 2022, 370 pp. ISBN: 978-84-19045-64-5.

El último libro de Juan Carlos Gavara de Cara, *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, se inscribe en una tradición a la que también pertenecen, cada una con sus singularidades en cuanto al método seguido o a la forma y a la amplitud de la exposición, contribuciones como las de Díez-Picazo o Bastida, *et al.*, entre otros<sup>1</sup>. Se trata en todas ellas de

<sup>1</sup> Me refiero, en concreto, a DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; y a BASTIDA FREIJEDO, F., *et al.*, *Teoría general de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

ofrecer un cuadro sistemático y coherente de conceptos centrales de la disciplina, pero también –y en consonancia con la función propia de la dogmática de los derechos fundamentales– de “guiar y dirigir su objeto”<sup>2</sup>. La obra de Gavara aquí analizada, que consta de una introducción, siete capítulos y un apartado de conclusiones, se encamina hacia ambos objetivos, sirviéndose de los “derechos de defensa” como hilo conductor, una fórmula en la cual ve el autor catalán la “principal derivación tradicional del contenido prescriptivo de los derechos fundamentales” y, concretamente, la más acabada expresión de su “contenido de carácter negativo” (*ibid.*, p. 15). A la luz de esta centralidad de los derechos de defensa, cuesta no comparar el trabajo reseñado con monografías como las que, con notable éxito y repercusión científicos, han publicado en Alemania especialistas como Grabitz, Lübbe-Wolff o Poscher<sup>3</sup>. Un rasgo común a todas ellas es la pretensión de remozar el entendimiento doctrinal de los derechos de defensa (*Abwehrrechte*), y de exponer su conectividad y coherencia metodológicas. Junto a esta característica, en libros como el de Poscher se ensaya además una ambiciosa reconducción de la completa dogmática de los derechos fundamentales a la noción “derechos de defensa”, un propósito que sin embargo no persigue, cuando menos no de manera expresa, el libro del autor catalán aquí examinado; este mantiene en todo momento el enfoque diferenciado característico del derecho constitucional español<sup>4</sup>.

Sin perjuicio de la organización formal apuntada, en la obra de Gavara se aprecian dos partes claramente diferenciadas. La primera de ellas engloba los capítulos comprendidos entre el 1 y el 4, ambos inclusive, y se caracteriza por su enfoque general. La segunda parte, que comprende los capítulos 5, 6 y 7, está conformada por los estudios especializados de derechos fundamentales concretos. Particularmente, se centra Gavara en diversos *derechos de libertad* (los enunciados en los artículos 16, 19, 20 y 21 CE), en los *derechos de defensa a la protección y al no perjuicio de cualidades físicas de los titulares del derecho* (lo de los artículos 15 y 43 CE), y en varios *derechos de defensa a la protección de posiciones jurídicas* (artículos 18, 28.2, 29 y 33 CE), respectivamente. La insistencia de Gavara en esta categorización, que coincide con la ensayada por autores tan reconocidos como Alexy<sup>5</sup>, puede ser vista como uno de los numerosos aciertos del trabajo aquí recensionado.

Aunque el libro resultará de utilidad a cualquier persona interesada en el estudio del régimen jurídico específico de cualquiera de los derechos y libertades aludidos, cabe aventurar que son los primeros cuatro capítulos aquellos que atraerán una atención doctrinal generalizada sobre la obra. A ellos se refiere principalmente esta recensión, en la que las consideraciones contenidas en la segunda parte del libro

<sup>2</sup> BARNES, J., “Presentación: la gramática del Derecho Administrativo”, Schmidt-Assmann, E., *La dogmática del Derecho administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2021, p. XXVI.

<sup>3</sup> Se trata de GRABITZ, E., *Freiheit und Verfassungsrecht. Kritische Untersuchung zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte*, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976; LÜBBE-WOLFF, G., *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1988; y POSCHER, R., *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Mohr siebeck, Tübingen, 2003.

<sup>4</sup> Como se verá *infra*, p. 3, Gavara sitúa los de defensa entre los “tipos ideales de los derechos fundamentales”, un conjunto del que, a su juicio, forman parte igualmente los derechos de prestación.

<sup>5</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 3.ª ed., CEPC, Madrid, 2022, pp. 173-183.

se utilizan básicamente para ilustrar las dificultades generadas por los principales conceptos de la dogmática de los derechos fundamentales.

# 1 Conceptos elementales en materia de derechos fundamentales

## 1.1 “Titular”, “destinatario” y “objeto” de un derecho fundamental

Desde las primeras páginas de la monografía, Gavara fija preponderantemente su atención en los elementos estructurales de cada derecho fundamental: su titular, su destinatario y su objeto conforman, a su entender, la relación triádica que subyace a “cualquier derecho fundamental”<sup>6</sup>. En el artículo 19 CE, p. ej., se reconoce a las y los españoles el derecho a circular por el territorio nacional, y a entrar y salir libremente de España. Son, por tanto, *titulares* de este derecho fundamental las personas con la nacionalidad española, y a los *destinatarios* de la norma, los poderes públicos, les está vedado –y esta prohibición constituye el *objeto* del derecho fundamental– “adoptar decisiones más allá de lo que sea lógico y esté justificado por la necesidad de defensa de intereses superiores”<sup>7</sup>.

Ninguno de los dos elementos subjetivos de dicha relación triádica (es decir, ni el titular ni el destinatario de un derecho fundamental) permite(n) determinar de un modo concluyente el alcance de los derechos; a tal fin resulta decisivo el *objeto* del derecho fundamental, ya que solo este permite “distinguir con exactitud unos derechos de otros” y, consecuentemente, clasificarlos también. El objeto de un derecho fundamental puede consistir, bien en una acción (positiva, es decir, en hacer algo, en realizar una determinada conducta), bien en una omisión (o acción negativa, es decir, en no realizar una conducta con la que se podría perjudicar al titular del derecho fundamental). Un ejemplo del primer grupo lo ofrece el deber estatal de adoptar “acciones positivas [...] para estructurar y articular el ejercicio de la libertad religiosa” (*ibid.*, p. 164) reconocida en el artículo 16.1 CE, mientras que el ya mencionado derecho a circular por el territorio nacional y a entrar y salir libremente de España constituye una muestra del segundo grupo. En función del tipo de acción en que consista su objeto, Gavara reconduce expositivamente los derechos a uno de los *dos tipos ideales*: los *derechos de defensa*, por una parte, y los *derechos de prestación*, por otra. Los derechos de defensa, es decir, aquellos que exigen “acciones negativas del destinatario”, pueden a su vez consistir en:

<sup>6</sup> Gavara (*Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., pp. 15 y ss.) generaliza aquí la estructura que partidarios de la “teoría analítica” como Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 173 y *passim*) solo aprecia en los “derechos a algo”, pero no en las restantes posiciones “que han de ser designadas como ‘derechos’”, es decir, las “libertades” y las “competencias”.

<sup>7</sup> GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., p. 202.

- a) *Derechos de libertad*, como el derecho a la libertad religiosa (*ibid.*, pp. 148-168), las libertades comunicativas (*ibid.*, pp. 168-200), los derechos de libertad de circulación y residencia (*ibid.*, pp. 200-210), y los “derechos de libertad conectados al fenómeno asociativo con carácter participativo o económico” (*ibid.*, pp. 210-256).
- b) *Derechos “de defensa a la protección y al no perjuicio de cualidades físicas de los titulares del derecho”* (*ibid.*, pp. 257-287), como los enunciados en los artículos 15 y 43 CE.
- c) *Derechos de defensa a la protección de posiciones jurídicas*, entre los que se encuentran los reconocidos en los diversos numerales del artículo 18 CE (*ibid.*, pp. 297-301 y 313-322), el derecho a la propiedad privada (*ibid.*, pp. 308-312), el derecho de petición (*ibid.*, pp. 322-328) y el derecho a la huelga (*ibid.*, pp. 328-339).

La distinción entre estas tres especies del género “derechos de defensa” no es tajante y el propio Gavara lo reconoce al definir, entre otros, el derecho a la libertad personal (*ibid.*, p. 132), en el cual aquellas se presentan mezcladas. El contenido prescriptivo de los diversos derechos fundamentales, además, no está conformado únicamente por cada una de tales especies o una combinación de las mismas; antes bien, en tanto que “categorías abiertas y complejas”, los derechos habituales presentan con frecuencia un *contenido múltiple* que ni siquiera se ajusta a uno solo de los tipos ideales de derechos fundamentales antedichos (derechos de defensa, por una parte, y los derechos de prestación, por otra)<sup>8</sup>. De la distinción entre funciones defensivas y prestacionales se ocupa detalladamente el autor catalán en los capítulos 1 y 2 del libro.

## 1.2 Derechos de defensa y derechos de prestación

El contenido de los *derechos de defensa* prescribe la “abstención de conductas y acciones por parte de los destinatarios que perjudiquen o infrinjan el objeto del derecho”. Con estos derechos, por tanto, se persigue la protección de ámbitos determinados (en cuyo caso se habla de derechos de libertad o de abstención, la parte más importante de los derechos de defensa) o la de un bien jurídico, circunstancia que lleva a hablar de derechos de “protección y no eliminación o penetración en posiciones jurídicas” (*ibid.*, pp. 37 y 41). Esta función defensiva se corresponde con la comprensión originaria de los derechos fundamentales –una comprensión determinada por los

---

<sup>8</sup> Junto a los derechos de libertad, los derechos “de defensa a la protección y al no perjuicio de cualidades físicas de los titulares del derecho” y los derechos de defensa a la protección de posiciones jurídicas, en el contenido de ciertos derechos fundamentales –como, p. ej., la libertad de culto de los individuos y comunidades (art. 16.1 CE)– se puede apreciar también una dimensión prestacional (STC 24/1982, FJ 4). Esta circunstancia es significada por Gavara con la fórmula “multidimensionalidad objetiva” de los derechos fundamentales; la multidimensionalidad “subjetiva” alude, por el contrario, a los destinatarios de la vinculación positiva a los derechos fundamentales.

schmittianos principios de distribución y organización (o separación de poderes)<sup>9</sup>— y se manifiesta hoy en día en forma de sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1 CE).

Según Gavara, el contenido prescriptivo de los derechos de defensa se encuentra además reforzado por un “efecto reflejo” consistente en la posibilidad de que las personas titulares de aquellos accionen la protección prevista para los mismos. Esta afirmación se vuelve sin embargo confusa cuando el autor catalán fundamenta dicho efecto en los artículos 53.2 CE y 7.1 LOPJ. En estos preceptos se establecen las condiciones de exigibilidad judicial de ciertas libertades y derechos (los reconocidos en el artículo 14, en la sección primera del capítulo segundo del título I de la CE y, en su caso, en su artículo 30.2), por lo que, a mi juicio, la exposición se habría beneficiado de la sustitución de la noción, un tanto difusa e históricamente lastrada<sup>10</sup>, de “efecto reflejo” por la de “exigibilidad judicial” (en el sentido en que la utiliza, p. ej., Alexy<sup>11</sup>) de ciertos derechos fundamentales. Las razones de esta afirmación se evidenciarán, de inmediato, al hilo de la exposición de la función prestacional de aquellos.

Aclarado el rol defensivo de los derechos y libertades, Gavara analiza la progresiva tendencia a ver en los poderes públicos un garante (y no un mero perturbador) de aquellos. Como consecuencia del paulatino aumento de las funciones estatales de protección, los poderes públicos se encuentran hoy positivamente vinculados a los derechos fundamentales también. Esto significa que, además de un deber de defensa expresivo de la vinculación negativa del Estado a los derechos y libertades, sobre este recaen también “obligaciones de protección y dotación de eficacia”<sup>12</sup>. Tras examinar los fundamentos de estas novedosas exigencias, Gavara explica que las obligaciones estatales de protección pueden tener un carácter *autónomo* (en cuyo caso nos encontramos ante “derechos de prestación de carácter autónomo”) o pueden ser el medio necesario para la protección de un derecho, ya de defensa, ya de prestación, con el que no guardan sino una relación *instrumental*. Es discutible, no obstante, que de la “necesidad de proteger un derecho de defensa” resulte una “obligación de protección” del mismo género que las caracterizadas como “autónomas” o de la misma especie que las derivadas de la “necesidad de proteger un derecho [...] prestación”. El propio autor catalán parece tener en mente esta objeción al inclinarse finalmente por que la fórmula “obligaciones de protección” se reserve para los que denominan “derechos de prestación de carácter autónomo” y no se haga extensiva a las condiciones de exigibilidad judicial de tales derechos ni (mucho menos) a las

<sup>9</sup> SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, 1.ª reimpr., Alianza, Madrid, 2015, pp. 183 y ss.

<sup>10</sup> Vid., por todos, JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, reimpr. de la 2.ª ed., Verlag von JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1919, pp. 87 y 94 y ss.

<sup>11</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 419 y ss.

<sup>12</sup> GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., p. 64. De manera extremadamente sintética cabría afirmar que tales obligaciones surgen a resultas de la “cuestión social”, primero, y de la “creciente complejidad de las estructuras y funciones sociales”, después. Vid. a este respecto GRIMM, D., “¿Retorno a la comprensión liberal de los derechos fundamentales?”, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 161-167; DREIER, H., *Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten*, Hennies & Zinkeisen, Hannover, 1993, pp. 27-38; o ISENSEE, J., *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Walter De Gruyter, Berlin 1983.

de los derechos de defensa. El argumento utilizado por Gavara para justificar esta preferencia –un argumento que está relacionado con la dificultad avanzada al final del párrafo precedente– puede condensarse en la siguiente reflexión.

Como consecuencia de la singular estructura de las obligaciones de protección (*ibid.*, pp. 47 y ss.)<sup>13</sup>, el legislador cuenta en principio con un amplio “margen de acción” para la “fijación de medios”<sup>14</sup>, un margen del que, por el contrario, no se dispone (o que es muy reducido) en el caso de la mayoría de las obligaciones de abstención. La ausencia de este margen de acción explica en gran medida la menos problemática exigibilidad judicial de los derechos fundamentales más próximos al tipo ideal de los de defensa. Con razón sostiene Gavara que, mientras que los últimos se definen “normativamente por la ausencia de coacción estatal, de forma que pueden desplegar su contenido prescriptivo sin un desarrollo infraconstitucional añadido” (*ibid.*, p. 34), los derechos de prestación han de ser delineados y articulados normativamente en consonancia con su objeto, porque, de lo contrario, la pretensión de protección sería inejecutable. Puede consistir este objeto en una prestación fáctica (cual la que asegura el artículo 27.9 CE) u normativa (tal y como resulta de los derechos a la organización y procedimiento reconocidos en los artículos 17.4 o 24.1 CE), pero en ambos casos es el legislador, sobre el que recae la obligación de actuar en beneficio del titular del derecho<sup>15</sup>, quien lo configura decisivamente.

## 2 Los elementos materiales del objeto de los derechos de defensa

En el capítulo 3, Gavara emprende un minucioso análisis del ámbito de protección de los derechos de defensa, esto es, de los “elementos materiales” característicos del objeto de aquellos. Es por esta razón por la que cabe considerar las casi tres docenas de páginas que componen este capítulo como el núcleo de la obra. El autor catalán incluye entre los “elementos materiales” característicos del objeto de los derechos de defensa (2.1) el bien o bienes jurídicos protegidos, (2.2) el supuesto de hecho y (2.3) el objeto material de protección.

<sup>13</sup> Mientras que las obligaciones negativas emanadas de los derechos de defensa tienen una “estructura conjunta” porque, en principio, prohíben cualquier intervención en el ámbito de protección de un derecho o libertad (“Cuando existe una prohibición de destruir o perjudicar algo, entonces está prohibido cualquier acto de destrucción o de perjuicio”), los deberes positivos derivados de los “derechos de prestación de carácter autónomo” presentan una “estructura alternativa” o “disyuntiva” porque “[...] no cualquier acto de protección o apoyo es exigido. La prohibición de matar implica, al menos *prima facie*, la prohibición de cualquier acto de matar, mientras que el mandato de rescate no implica el mandato de llevar a cabo todos los actos de rescate posibles. Puede ser posible rescatar a un hombre que se ahoga nadando hasta él, o lanzándole una balsa salvavidas, o incluso enviando un barco, pero no se requieren simultáneamente los tres. Lo que se precisa es que se lleve a cabo el primer acto o el segundo o el tercero” (ALEXY, R., “Sobre los derechos constitucionales a protección”, *Alexy, R., et al., Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 45-84, p. 55).

<sup>14</sup> La voluntad de precisar este margen de acción ha llevado a algunos autores alemanes a desarrollar la noción de un “nivel mínimo de protección” más allá (o, mejor dicho, por encima) del cual el legislador podría actuar discrecionalmente. *Vid.*, a modo de ejemplo, ISENSEE, J., “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Pflicht”, *Isensee, J. y Kirchhof, P. (eds.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo V, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1992, pp. 143-242, nn. mm. 293-307.

<sup>15</sup> De las consecuencias de este tipo de obligaciones se ocupa el autor en GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., pp. 121-130.

## 2.1 El “bien” o “bienes jurídicos protegidos”

En primer lugar, el objeto de un derecho de defensa se caracteriza por que en la disposición en la que se lo enuncia se hace referencia a un *bien jurídico protegido*, es decir, se caracteriza por una “especificación del sector material o ideal protegido por el derecho fundamental” (*ibid.*, p. 81). Además de la identificación del último, la especificación del bien jurídico protegido permite su diferenciación respecto de otros derechos fundamentales. Siguiendo una conocida distinción elaborada por la doctrina alemana, Gavara sostiene que los bienes jurídicos pueden ser subjetivos u objetivos. Los primeros conllevan la “autodeterminación del titular en ámbitos materiales”, como ocurre con la práctica de la religión (artículo 16.1 CE) o la libertad de expresión (artículo 20.1.a CE). Existe en estos casos un ámbito constitucional inmune a la coacción estatal, lo que comporta tanto un deber de abstención de los poderes públicos como el reconocimiento de un *agere licere* para la o el titular del derecho fundamental: las personas pueden hacer o no hacer proselitismo de sus creencias religiosas (STC 141/2000, FJ 4), asociarse o no asociarse (STC 104/1999, FJ 2), sindicarse o no hacerlo (STC 44/2001, FJ 3), etc.

En este punto, la exposición del autor catalán reviste interés sobre todo a causa de una tesis controvertida. Gavara desvincula la antedicha potestad de decidir de los bienes jurídicos destinados a proteger cualidades físicas o posiciones jurídicas, pues considera a los últimos exclusivamente objetivos. El corolario de esta caracterización consiste en que se niega a la persona titular la autodeterminación en estos sectores materiales, que son “preestablecidos de antemano sin que exista ningún margen de acción subjetiva sobre el mismo”. Según Gavara, el ejemplo paradigmático de esta ausencia de autodeterminación lo ofrece el derecho a la vida, “que no es un derecho de libertad” ni un derecho “a decidir sobre la propia muerte”, lo que impide que una persona se autodetermine cuando lo que está en juego es su propia vida. Por esta razón, el autor catalán no duda en subrayar (*ibid.*, p. 95) que, “en la medida en que el bien objetivo de los derechos de defensa tiene una mayor repercusión en las relaciones sociales y, en consecuencia, aparecen mayores posibilidades de conflictividad, se trata más de una garantía institucional o de instituto”. En el caso de la vida o la salud, además, aunque también en el de la investigación científica o el arte, recae sobre el Estado una “obligación de neutralidad y distancia” que “no admite definiciones oficiales”; a este respecto caben únicamente medidas tuitivas destinadas a dotar de eficacia a los derechos fundamentales correspondientes.

Este planteamiento, excesivamente fiel a la STC 120/1990, FJ 7, ha sido recientemente modulado por el Tribunal Constitucional español. Para este, que la vida humana sea “condición de posibilidad del resto de derechos” y que el “derecho a la vida se configur[e] como el derecho a la protección de la existencia física de las personas, que comporta para el poder público deberes negativos, o de abstención, y positivos, de protección frente a ataques de terceros” no autoriza a atribuir “carácter absoluto a la vida” o imponer a los poderes públicos una obligación de protección “incondicional que implique un paradójico deber de vivir”; de ahí que no quepa

regap



RECENSIONES



impedir “el reconocimiento constitucional de decisiones autónomas sobre la propia muerte en situaciones de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable médicamente constatable y que la persona experimenta como inaceptable” (STC 19/2023, FJ 6, C, b, i).

## 2.2 El “supuesto de hecho”

En segundo lugar, alude Gavara al *supuesto de hecho* de un derecho fundamental. Dicho supuesto está integrado por las condiciones de aplicación materiales o formales de tal derecho o “acotaciones materiales” al mismo. En el artículo 21.1 CE, p. ej., se reconoce a las personas el derecho de reunirse únicamente cuando lo hacen “pacíficamente” y “sin armas”. Bien jurídico y supuesto de hecho facilitan entonces la determinación del “alcance potencial” del derecho fundamental (*ibid.*, p. 82). En esta alusión a un alcance potencial resuenan los ecos de lo que en Alemania se califica como concepción amplia del ámbito de protección de un derecho fundamental<sup>16</sup>. Tanto es así que, en un pasaje posterior, Gavara llega a asimilar el supuesto de hecho del derecho fundamental a su ámbito potencial, pues “no sirve para estructurar exclusivamente el contenido, ni determina de forma directa y plena el ejercicio del derecho fundamental” (*ibid.*, p. 97). A mi juicio, en esta apreciación radica otra de las virtudes del libro del autor catalán. Consiste esta virtud, como se detallará en apartados posteriores (4 y 5) de esta recensión, en llamar la atención sobre la conveniencia de reflexionar acerca de la secuencia o estructura del control de las actuaciones de los poderes públicos presuntamente lesivas de un derecho o libertad. Antes de ocuparse de esta estructura, no obstante, hace falta todavía precisar el tercero de los “elementos materiales” característicos del objeto de los derechos de defensa: el objeto material de protección.

## 2.3 El “objeto material de protección”

Mientras que bien jurídico y supuesto de hecho resultan únicamente de la interpretación de los preceptos en los que se enuncia un derecho fundamental, el tercero de los “elementos materiales” característicos del objeto de un derecho fundamental, el *objeto material de protección* resulta tanto de la exégesis de dicho precepto –el cual puede contener específicas “concreciones” del derecho fundamental– como del desarrollo normativo llevado a cabo, normalmente, a través de normas de rango legal<sup>17</sup>. A la primera se refiere Gavara como “delimitación” (STC 53/1985, FJ 5), mientras que para la segunda reserva el autor catalán la calificación de “intervención legislativa”.

La *delimitación* de un derecho fundamental es, para Gavara, una operación “estática”, por cuanto entraña una interpretación “abstracta” de la disposición de derecho

<sup>16</sup> *Vid.*, a modo de resumen, ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J., “Objeto y contenido de los derechos fundamentales: presupuestos e implicaciones de una nueva diferenciación dogmática”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 18, 2006, pp. 305-319.

<sup>17</sup> Una excepción a esta regla puede encontrarse en los supuestos de “reserva absoluta de resolución judicial”, “monopolio jurisdiccional” o “reserva de jurisdicción” de los arts. 18.3, 20.5 y 22.4 CE.



fundamental en la que están implicados numerosos conceptos extrajurídicos (*ibid.*, p. 100). Por lo que respecta a la interpretación de los preceptos constitucionales en los que se enuncian derechos de defensa, resalta el autor la existencia de dos concepciones, una subjetiva y otra objetiva. De acuerdo con la primera, la determinación del alcance de un derecho fundamental corresponde a su titular, por lo que el “ámbito de protección” de un derecho de defensa se configura en tales casos a partir de la comprensión propia del individuo. Gavara considera un inconveniente la importancia que esta concepción otorga a la arbitrariedad del sujeto, ya que hace perder al derecho fundamental su condición de “medida de la generalidad y de la libertad igual para todos”. Además, el autor catalán considera que esta concepción no permite resolver satisfactoriamente los desafíos planteados por la vinculación positiva del Estado a los derechos fundamentales y las colisiones entre estos, de suerte que se muestra más partidario del recurso a una concepción objetiva para la interpretación de las disposiciones de derechos fundamentales.

La *intervención*, por su parte, fija el alcance del objeto material de protección de un derecho de defensa de forma “constitutiva, externa a las normas constitucionales” que los enuncian, y representa por ello una “injerencia” estatal que incide –reduciéndolo– en un ámbito previamente *delimitado*<sup>18</sup>. Entraña la intervención, por ende, una determinación del “alcance real y el objeto material de protección [del] derecho de libertad” que, por suponer normalmente una merma de la potencial libertad del individuo, debe presentar en todo caso “suficiente justificación y corrección constitucional”<sup>19</sup>. Como se explicará en un apartado posterior, esta exigencia comporta que la constatación de una intervención pone en marcha un minucioso “esquema de control”<sup>20</sup> o proceso de justificación constitucional de la misma. Antes de abordar este asunto (5) hace falta todavía precisar la intrincada noción “intervención” (4).

### 3 La intervención en los derechos de defensa

Con arreglo a una concepción clásica en el derecho constitucional alemán, se produce una intervención en un derecho de defensa cuando el Estado ejerce su potestad de coerción a través de una disposición normativa o de un acto jurídico con la finalidad de restringir el alcance de dicho derecho. *Contenido imperativo, forma jurídica, intencionalidad e inmediatez* constituyen, por ende, los rasgos tradicionalmente definitorios de una “intervención”, concepto jurídico al que Gavara dedica el capítulo

<sup>18</sup> Como consecuencia de ello, la prohibición de conductas ajenas al objeto material de protección de un derecho fundamental (como, p. ej., las reuniones no pacíficas) o de las que constituyan un abuso del mismo no tendrán la consideración de intervenciones, sino la de delimitaciones.

<sup>19</sup> GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., p. 142. Los derechos de defensa se caracterizan, en general, por su tendencia a aparecer como “normas constitucionales completas” (*ibid.*, p. 83), es decir, por no requerir un ulterior desarrollo normativo; de ahí que, cuando el legislador acota el “objeto material de protección”, este desarrollo sea percibido casi siempre como un límite o una restricción del “bien jurídico” y del “supuesto de hecho” del derecho fundamental.

<sup>20</sup> Se utiliza aquí la expresión de DREIER, H., “Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG”, Dreier, H. (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, 3.ª ed., Beck, München, 2013, pp. 42-153, n. m. 123.

4 del libro. La concepción antedicha, no obstante, se ha visto superada por otra –la moderna– más sensible a las condiciones requeridas para hacer efectiva la libertad jurídica<sup>21</sup>. Al contrario que el tradicional, el concepto moderno de intervención no presupone una “interferencia estatal en un bien jurídico protegido por un derecho fundamental en contra de la voluntad de su titular (*Einwirkung des Staates auf ein grundrechtliches Schutzgut gegen den Willen des Grundrechtsträgers*)”<sup>22</sup> que, además, revista forma jurídica, contenido imperativo y carácter inmediato e intencional. En nuestros días basta con que dicha interferencia tenga una «intensidad no insignificante (*nicht unerheblich*)»<sup>23</sup> para que se la considere una intervención en el mismo y, por consiguiente, ponga en marcha el “esquema de control” o proceso de justificación constitucional anteriormente aludido.

El planteamiento de Gavara en la obra aquí reseñada es deudor de la última de las concepciones descritas. En su opinión, a las intervenciones identificadas a partir de los criterios tradicionales se deben añadir las interferencias en el ámbito de protección de un derecho fundamental que, sin haberse buscado o aun no habiéndose materializado, alcancen una intensidad mínima a la luz de “la cualidad del bien protegido, la intensidad del peligro, los usos sociales y la adecuación social”, así como de la voluntad de evitar que se perjudique el “nivel de protección alcanzado con anterioridad”<sup>24</sup>. La frecuente contraposición de intereses de distintos titulares de derechos fundamentales<sup>25</sup> conlleva que la definitiva determinación del alcance de cada derecho dependa de las “necesidades coyunturales de inafectabilidad de cada derecho de defensa examinado en concreto” (*ibid.*, p. 73). En este tipo de colisiones entre derechos, corresponde primariamente al legislador delimitar aquellas “necesidades” en atención a las consecuencias perjudiciales que el ejercicio de cada uno de los derechos entraña para otros (principio *neminem laedere*) y, cuando esta solución sea oportunamente cuestionada, deberá el Tribunal Constitucional resolver la controversia sobre la base de una ponderación.

<sup>21</sup> La singular relación de los derechos fundamentales con la ley desaconseja concebir a la segunda en todos los casos con un mero ejercicio de injerencia estatal en la libertad de los individuos. Esto se debe a que la efectividad de los derechos en las relaciones *inter privatos* depende también de que se articulen mecanismos de garantía de los mismos a través, precisamente, de una ley. Al general deber de abstenerse de interferencias con la libertad personal que recae sobre todos los poderes públicos, por tanto, ha de añadirse la obligación de proteger dicha libertad frente a ataques de cualesquiera individuos. A esto se refiere Gavara al postular la vigencia de un “derecho a la seguridad en las relaciones jurídicas frente a cualquier destinatario” (GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., p. 135). Esta circunstancia no solo ha conducido a una relativización del concepto de “intervención” en un derecho fundamental, sino que lo ha ensanchado al incluir en él tanto acciones como omisiones de los poderes públicos que puedan ser causalmente enlazadas con un perjuicio para la o el titular de un derecho.

<sup>22</sup> ISENSEE, J., “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Pflicht”, cit., n. m. 106.

<sup>23</sup> *Vid.*, en este sentido, BETHGE, H., “Der Grundrechtseingriff”, *Der Grundrechtseingriff. Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Osnabrück vom 1. bis 4. Oktober 1997*, De Gruyter, Berlin 2013, p. 40; o SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP/Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 80 y ss. La protección otorgada por el BVerfG, por tanto, no alcanza a las intervenciones o «sacrificios mínimos» (ISENSEE, J., “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Pflicht”, cit., n. m. 106).

<sup>24</sup> GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., p. 144.

<sup>25</sup> *Vid.*, p. ej., la que se da entre el derecho a la vida y a la integridad física, por una parte, y el derecho a circular libremente (GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., pp. 206-210).

## 4 La justificación de las intervenciones en los derechos de defensa

De lo anterior se desprende que los conflictos entre derechos de defensa o entre estos y otros derechos, principios o bienes constitucionalmente relevantes se han vuelto no solo cada vez más frecuentes, sino inherentes a la dogmática contemporánea de los derechos fundamentales. Si esta no puede practicarse de espaldas a tales colisiones, la cuestión que entonces se plantea es la de cómo valorar la licitud de una intervención en un derecho de defensa, máxime en aquellos casos en que la restricción persigue la satisfacción de la vinculación positiva de los poderes públicos a otro derecho o libertad. Gavara defiende aquí que la constitucionalidad de la actuación estatal “se decide a partir de un proceso de justificación constitucional” (*ibid.*, pp. 138 y ss.).

En primer lugar, forma parte de este proceso la comprobación consistente en verificar que se ha respetado el principio de legalidad y, en su caso, la correspondiente reserva de ley. En este punto, sin embargo, el autor no ofrece una explicación general de la relación entre las reservas de ley contenidas en los artículos 53.1 y 81.1 CE, por una parte, y las reservas de ley enunciadas en específicas disposiciones de derecho fundamental (artículos 16.1, 28.2, 33.2, 37.2, etc.), por otra. En segundo lugar, forma parte del proceso de justificación constitucional una “ponderación oportuna” de las cargas y beneficios. Aunque no examina exhaustivamente los elementos que han de formar parte de tal ponderación, Gavara se refiere a algunos de los criterios que deberían orientarla. Entre los criterios de ponderación cualitativos, se encuentra “la cualidad del bien protegido, la intensidad del peligro, los usos sociales y la adecuación social”, así como el mayor respeto posible por “el nivel de protección alcanzado con anterioridad en los derechos de libertad”. En general, persiguen todos estos criterios que la valoración de la actuación impugnada no se lleve a cabo de acuerdo con “fórmulas generales”, sino que se atienda al caso concreto. En este sentido, señala todavía el autor catalán que la interpretación de los tres elementos precedentes y el control de las eventuales restricciones efectuadas sobre un derecho fundamental no deben tener lugar aisladamente, “sino en el contexto de la norma y en conexión con su sentido y función constitucional”<sup>26</sup>.

De conformidad con tales criterios, Gavara dedica los capítulos 5, 6 y 7 del libro a reconstruir el objeto del derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto; de las libertades comunicativas; de los derechos a circular y a escoger la residencia libremente; de los “derechos de libertad conectados al fenómeno asociativo con

<sup>26</sup> GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., pp. 144 y ss. Recuerda esta advertencia a los temores de quienes tempranamente denunciaron el peligro de una “abstención frente a los hechos” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: “Esta ausencia de análisis de la realidad fáctica (que frecuentemente es resultado también de una normación jurídica) es, a mi juicio, uno de los rasgos más preocupantes de la obra del Tribunal. En ausencia de tal análisis, en efecto, la interpretación constitucional se sitúa en un plano extremadamente formal en el que apenas puede valerse de otros instrumentos que los ofrecidos por los ‘métodos’ tradicionales, cuya insuficiencia debilita el razonamiento que, cuando no conduce a aceptar pura y simplemente la decisión del legislador, no ofrece fundamento suficiente para invalidarla, si no es por consideraciones formalistas con las que, a mi juicio, no siempre se sirve con eficacia al espíritu de la Constitución” (RUBIO LLORENTE, F., “Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993, p. 622).

carácter participativo o económico”; de los derechos a la vida y a la integridad física y moral; de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; del derecho a la propiedad privada; del derecho de petición; y del derecho a la huelga. Para ello, se apoya Gavara básicamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aunque también (y a pesar de la falta de un consenso doctrinal generalizado) en las opiniones de diversos especialistas. Dado que una síntesis del esfuerzo de clarificación de cada uno de estos derechos no tiene cabida dentro de los estrechos márgenes de esta recensión, a continuación se hará referencia, a modo de ejemplo y para finalizar, a una cuestión de notable interés debido a su relación con los nuevos desafíos planteados para los derechos fundamentales por la creciente complejidad de las estructuras sociales.

Sostiene Gavara que, como consecuencia de la vinculación positiva de los poderes públicos, los derechos fundamentales son “indisponibles” e “inembargables”. En particular, Gavara afirma que “ninguna persona puede ser privada de sus derechos fundamentales como principio, *ni siquiera en el ejercicio de su autonomía de la voluntad*” (*ibid.*, pp. 78, 273 y ss.), ya que eso vulneraría la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE). Para ilustrar su opinión, Gavara aclara que nadie puede “vender con efectos transmisivos definitivos su intimidad o su cuerpo” (*ibid.*, pp. 79 y 274); sin embargo, las “tesis de la indisponibilidad” y de la “inembargabilidad” corren el riesgo de verse superadas, p. ej., por los nuevos escenarios planteados por la ciencia y la tecnología o por la progresiva extensión del espacio de disposición que el ordenamiento jurídico español reconoce a las “partes separadas del cuerpo”<sup>27</sup>. Libros como el aquí analizado obligan a continuar reflexionando con el máximo rigor sobre las amenazas que estas nuevas realidades pueden generar al desplazar las fronteras de los derechos fundamentales y, con ellas, las de nuestra igual libertad.

---

<sup>27</sup> Algunos de los problemas dogmáticos planteados por tales fenómenos han sido recientemente analizados por PASCUAL MEDRANO, A., “El derecho a disponer del propio cuerpo: las partes separadas del cuerpo”, Chueca, R. (dir.), *Las fronteras de los derechos fundamentales en la Constitución normativa*, CEPC, Madrid, 2019, pp. 296-307. En el mismo volumen pueden verse también CHUECA, R., “Debilidades estructurales del derecho fundamental”, Chueca, R. (dir.), *Las fronteras de los derechos fundamentales en la Constitución normativa*, CEPC, Madrid, 2019, p. 47; y RUIZ LAPEÑA, R.M., “Autodeterminación individual y derechos fundamental”, Chueca, R. (dir.), *Las fronteras de los derechos fundamentales en la Constitución normativa*, CEPC, Madrid, 2019, pp. 185-209.