



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 65_xaneiro-xuño 2023 | pp. 201-212
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

65 Regap

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

Regap



RECENSIONES

PABLO RIQUELME VÁZQUEZ
Profesor axudante doutor de Dereito Constitucional
Universidade 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.

O último libro de Juan Carlos Gavara de Cara, *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, inscríbese nunha tradición á que tamén pertencen, cada unha coas súas singularidades en canto ao método seguido ou á forma e á amplitude da exposición, contribucións como as

¹ Esta recensión foi realizada no marco do proxecto de I+D+i "Vulnerabilidade, dereitos sociais e boa e-administración (PID2020-115760RB-I00 / AEI / 10.13039 / 501100011033)", financiado pola Axencia Estatal de Investigación (AEI).

de Díez-Picazo ou Bastida, *et al.*, entre outros². Trátase en todas elas de ofrecer un cadro sistemático e coherente de conceptos centrais da disciplina, pero tamén – e en consonancia coa función propia da dogmática dos dereitos fundamentais – de “guiar e dirixir o seu obxecto”³. A obra de Gavara aquí analizada, que consta dunha introdución, sete capítulos e un apartado de conclusións, encamiñase cara aos dous obxectivos, servíndose dos “dereitos de defensa” como fío condutor, unha fórmula na cal ve o autor catalán a “principal derivación tradicional do contido prescriptivo dos dereitos fundamentais” e, concretamente, a máis acabada expresión do seu “contido de carácter negativo” (*ibíd.*, p. 15). Á luz desta centralidade dos dereitos de defensa, custa non comparar o traballo obxecto de recensión con monografías como as que, con notable éxito e repercusión científicos, publicaron en Alemaña especialistas como Grabitz, Lübbe-Wolff ou Poscher⁴. Un trazo común a todas elas é a pretensión de remozar o entendemento doutrinal dos dereitos de defensa (*Abwehrrechte*), e de expor a súa conectividade e coherencia metodolóxicas. Xunto a esta característica, en libros como o de Poscher ensáase ademais unha ambiciosa recondución da completa dogmática dos dereitos fundamentais á noción “dereitos de defensa”, un propósito que, porén, non persegue, cando menos non de xeito expreso, o libro do autor catalán aquí examinado; este mantén en todo momento o enfoque diferenciado característico do dereito constitucional español⁵.

Sen prexuízo da organización formal apuntada, na obra de Gavara aprécianse dúas partes claramente diferenciadas. A primeira delas engloba os capítulos comprendidos entre o 1 e o 4, os dous inclusive, e caracterízase polo seu enfoque xeral. A segunda parte, que comprende os capítulos 5, 6 e 7, está conformada polos estudos especializados de dereitos fundamentais concretos. Particularmente, céntrase Gavara en diversos *dereitos de liberdade* (os enunciados nos artigos 16, 19, 20 e 21 CE), nos *dereitos de defensa á protección e ao non prexuízo de calidades físicas dos titulares do dereito* (o dos artigos 15 e 43 CE), e en varios *dereitos de defensa á protección de posicións xurídicas* (arts. 18, 28.2, 29 e 33 CE), respectivamente. A insistencia de Gavara nesta categorización, que coincide coa ensaiada por autores tan recoñecidos como Alexy⁶, pode ser vista como un dos numerosos acertos do traballo aquí analizado.

Aínda que o libro resultará de utilidade para calquera persoa interesada no estudo do réxime xurídico específico de calquera dos dereitos e liberdades aludidos, cabe aventurar que son os primeiros catro capítulos aqueles que atraerán unha atención doutrinal xeneralizada sobre a obra. A eles refírese principalmente esta recensión,

² Refírome, en concreto, a DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; e a BASTIDA FREIJEDO, F., *et al.*, *Teoría general de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

³ BARNES, J., “Presentación: la gramática del Derecho Administrativo”, Schmidt-Assmann, E., *La dogmática del Derecho administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2021, p. XXVI.

⁴ Trátase 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.

⁵ Como se verá *infra*, p. 3, Gavara sitúa os de defensa entre os “tipos ideais dos dereitos fundamentais”, un conxunto do que, ao seu xuízo, forman parte igualmente os dereitos de prestación.

⁶ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 3.ª ed., CEPC, Madrid, 2022, pp. 173-183.

na que as consideracións contidas na segunda parte do libro se utilizan basicamente para ilustrar as dificultades xeradas polos principais conceptos da dogmática dos dereitos fundamentais.

1 Conceptos elementais en materia de dereitos fundamentais

1.1 “Titular”, “destinatario” e “obxecto” dun dereito fundamental

Desde as primeiras páxinas da monografía, Gavara fixa preponderantemente a súa atención nos elementos estruturais de cada dereito fundamental: o seu titular, o seu destinatario e o seu obxecto conforman, ao seu entender, a relación triádica que subxace a “calquera dereito fundamental”⁷. No artigo 19 CE, p. ex., recoñéceselles ás e os españois o dereito a circular polo territorio nacional, e a entrar e saír libremente de España. Son, polo tanto, *titulares* deste dereito fundamental as persoas coa nacionalidade española, e aos *destinatarios* da norma, os poderes públicos, estalles vedado –e esta prohibición constitúe o *obxecto* do dereito fundamental– “adoptar decisións máis alá do que sexa lóxico e estea xustificado pola necesidade de defensa de intereses superiores”⁸.

Ningún dos dous elementos subxectivos da dita relación triádica (é dicir, nin o titular nin o destinatario dun dereito fundamental) permite(n) determinar dun modo concluínte o alcance dos dereitos; para tal fin, resulta decisivo o *obxecto* do dereito fundamental, xa que só este permite “distinguir con exactitude uns dereitos doutros” e, consecuentemente, clasificalos tamén. O obxecto dun dereito fundamental pode consistir, ben nunha acción (positiva, é dicir, en facer algo, en realizar unha determinada conduta), ben nunha omisión (ou acción negativa, é dicir, en non realizar unha conduta coa que se podería prexudicar o titular do dereito fundamental). Un exemplo do primeiro grupo ofréceno deber estatal de adoptar “accións positivas [...] para estruturar e articular o exercicio da liberdade relixiosa” (*ibíd.*, p. 164) recoñecida no artigo 16.1 CE, mentres que o xa mencionado dereito a circular polo territorio nacional e a entrar e saír libremente de España constitúe unha mostra do segundo grupo. En función do tipo de acción en que consista o seu obxecto, Gavara reconduce expositivamente os dereitos a un dos *dous tipos ideais*: os *dereitos de defensa*, por unha parte, e os *dereitos de prestación*, por outra. Os dereitos de defensa, é dicir, aqueles que exixen “accións negativas do destinatario”, poden pola súa vez consistir en:

⁷ Gavara (*Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., pp. 15 e ss.) xeneraliza aquí a estrutura que partidarios da “teoría analítica” como Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 173 e *passim*) só aprecia nos “dereitos a algo”, pero non nas restantes posicións “que deben ser designadas como dereitos, é dicir, as “liberdades” e as “competencias”.

⁸ GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., p. 202.

- a) *Dereitos de liberdade*, como o dereiro á liberdade relixiosa (*ibíd.*, pp. 148-168), as liberdades comunicativas (*ibíd.*, pp. 168-200), os dereitos de liberdade de circulación e residencia (*ibíd.*, pp. 200-210), e os “dereitos de liberdade conectados ao fenómeno asociativo con carácter participativo ou económico” (*ibíd.*, pp. 210-256).
- b) *Dereitos “de defensa á protección e ao non prexuízo de calidades físicas dos titulares do dereito”* (*ibíd.*, pp. 257-287), como os enunciados nos artigos 15 e 43 CE.
- c) *Dereitos de defensa á protección de posicións xurídicas*, entre os que se atopan os recoñecidos nos diversos numerais do artigo 18 CE (*ibíd.*, pp. 297-301 e 313-322), o dereito á propiedade privada (*ibíd.*, pp. 308-312), o dereito de petición (*ibíd.*, pp. 322-328) e o dereito á folga (*ibíd.*, pp. 328-339).

A distinción entre estas tres especies do xénero “dereitos de defensa” non é tallante e o propio Gavara recoñece ao definir, entre outros, o dereito á liberdade persoal (*ibíd.*, p. 132), no cal aquelas se presentan mesturadas. O contido prescriptivo dos diversos dereitos fundamentais, ademais, non está conformado unicamente por cada unha de tales especies ou unha combinación destas; antes ben, como “categorías abertas e complexas”, os dereitos habituais presentan con frecuencia un *contido múltiple* que nin sequera se axusta a un só dos tipos ideais de dereitos fundamentais anteditos (dereitos de defensa, por unha parte, e os dereitos de prestación, por outra)⁹. Da distinción entre funcións defensivas e prestacionais ocúpase detalladamente o autor catalán nos capítulos 1 e 2 do libro.

1.2 Dereitos de defensa e dereitos de prestación

O contido dos *dereitos de defensa* prescribe a “abstención de condutas e accións por parte dos destinatarios que prexudiquen ou infrinxan o obxecto do dereito”. Con estes dereitos, polo tanto, perséguese a protección de ámbitos determinados (caso en que se fala de dereitos de liberdade ou de abstención, a parte máis importante dos dereitos de defensa) ou a dun ben xurídico, circunstancia que leva a falar de dereitos de “protección e non eliminación ou penetración en posicións xurídicas” (*ibíd.*, pp. 37 e 41). Esta función defensiva correspóndese coa comprensión orixinaria dos dereitos fundamentais –unha comprensión determinada polos schmittianos principios de distribución e organización (ou separación de poderes)¹⁰– e maniféstase hoxe en día en forma de suxeición de todos os poderes públicos á Constitución (art. 9.1 CE).

⁹ Xunto aos dereitos de liberdade, os dereitos “de defensa á protección e ao non prexuízo de calidades físicas dos titulares do dereito” e os dereitos de defensa á protección de posicións xurídicas, no contido de certos dereitos fundamentais –como, p. ex., a liberdade de culto dos individuos e comunidades (art. 16.1 CE)– pódese apreciar tamén unha dimensión prestacional (STC 24/1982, FX 4). Esta circunstancia é significada por Gavara coa fórmula “multidimensionalidade obxectiva” dos dereitos fundamentais; a multidimensionalidade “subxectiva” alude, pola contra, aos destinatarios da vinculación positiva aos dereitos fundamentais.

¹⁰ SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, 1.ª reimpr., Alianza, Madrid, 2015, pp. 183 e ss.

Segundo Gavara, o contido prescriptivo dos dereitos de defensa está ademais reforzado por un “efecto reflexo” consistente na posibilidade de que as persoas titulares daqueles accionen a protección prevista para estes. Esta afirmación, porén, vólvese confusa cando o autor catalán fundamenta o dito efecto nos artigos 53.2 CE e 7.1 LOPX. Nestes preceptos establécense as condicións de exibilidade xudicial de certas liberdades e dereitos (os recoñecidos no artigo 14, na sección primeira do capítulo segundo do título I da CE e, se é o caso, no seu artigo 30.2), polo que, ao meu xuízo, a exposición se tería beneficiado da substitución da noción, un tanto difusa e historicamente lastrada¹¹, de “efecto reflexo” pola de “exibilidade xudicial” (no sentido en que a utiliza, p. ex., Alexy¹²) de certos dereitos fundamentais. As razóns desta afirmación evidenciáranse, de inmediato, ao fío da exposición da función prestacional daqueles.

Aclarado o rol defensivo dos dereitos e liberdades, Gavara analiza a progresiva tendencia a ver nos poderes públicos un garante (e non un mero perturbador) daqueles. Como consecuencia do paulatino aumento das funcións estatais de protección, os poderes públicos atópanse hoxe positivamente vinculados aos dereitos fundamentais tamén. Isto significa que, ademais dun deber de defensa expresivo da vinculación negativa do Estado aos dereitos e liberdades, sobre este recaen tamén “obrigas de protección e dotación de eficacia”¹³. Tras examinar os fundamentos destas novidosas exixencias, Gavara explica que as obrigas estatais de protección poden ter un carácter *autónomo* (caso en que nos atopamos ante “dereitos de prestación de carácter autónomo”) ou poden ser o medio necesario para a protección dun dereito, xa de defensa, xa de prestación, co que non gardan senón unha relación *instrumental*. É discutible, non obstante, que da “necesidade de protexer un dereito de defensa” resulte unha “obriga de protección” do mesmo xénero que as caracterizadas como “autónomas” ou da mesma especie que as derivadas da “necesidade de protexer un dereito [...] prestación”. O propio autor catalán parece ter en mente esta obxección ao inclinarse finalmente por que a fórmula “obrigas de protección” se reserve para os que denominan “dereitos de prestación de carácter autónomo” e non se faga extensiva ás condicións de exibilidade xudicial de tales dereitos nin (moito menos) ás dos dereitos de defensa. O argumento utilizado por Gavara para xustificar esta preferencia –un argumento que está relacionado coa dificultade avanzada ao final do parágrafo precedente– pode condensarse na seguinte reflexión.

¹¹ Vid., por todos, JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, reimpr. da 2.ª ed., Verlag von JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1919, pp. 87 e 94 e ss.

¹² ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 419 e ss.

¹³ GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., p. 64. De xeito extremadamente sintético cabería afirmar que tales obrigas xorden a resultas da “cuestión social”, primeiro, e da “crecente complexidade das estruturas e funcións sociais”, despois. 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; ou ISENSEE, J., *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Walter De Gruyter, Berlin 1983.

Como consecuencia da singular estrutura das obrigas de protección (*ibíd.*, pp. 47 e ss.)¹⁴, o lexislador conta en principio cunha ampla “marxe de acción” para a “fixación de medios”¹⁵, unha marxe da que, pola contra, non se dispón (ou que é moi reducida) no caso da maioría das obrigas de abstención. A ausencia desta marxe de acción explica en gran medida a menos problemática exixibilidade xudicial dos dereitos fundamentais máis próximos ao tipo ideal dos de defensa. Con razón sostén Gavara que, mentres que os últimos se definen “normativamente pola ausencia de coacción estatal, de forma que poden desprezar o seu contido prescriptivo sen un desenvolvemento infraconstitucional engadido” (*ibíd.*, p. 34), os dereitos de prestación deben ser delineados e articulados normativamente en consonancia co seu obxecto, porque, pola contra, a pretensión de protección sería inexecutable. Pode consistir este obxecto nunha prestación fáctica (como a que asegura o artigo 27.9 CE) ou normativa (tal como resulta dos dereitos á organización e procedemento recoñecidos nos artigos 17.4 ou 24.1 CE), pero nos dous casos é o lexislador, sobre o que recae a obriga de actuar en beneficio do titular do dereito¹⁶, quen o configura decisivamente.

2 Os elementos materiais do obxecto dos dereitos de defensa

No capítulo 3, Gavara emprende unha minuciosa análise do ámbito de protección dos dereitos de defensa, isto é, dos “elementos materiais” característicos do obxecto daqueles. É por esta razón pola que cabe considerar as case tres dúcias de páxinas que compoñen este capítulo como o núcleo da obra. O autor catalán inclúe entre os “elementos materiais” característicos do obxecto dos dereitos de defensa (2.1) o ben ou bens xurídicos protexidos, (2.2) o suposto de feito e (2.3) o obxecto material de protección.

2.1 O “ben” ou “bens xurídicos protexidos”

En primeiro lugar, o obxecto dun dereito de defensa caracterízase por que na disposición na que é enunciado se fai referencia a un *ben xurídico protexido*, é dicir,

¹⁴ Mentres que as obrigas negativas emanadas dos dereitos de defensa teñen unha “estrutura conxuntiva” porque, en principio, prohiben calquera intervención no ámbito de protección dun dereito ou liberdade (“Cando existe unha prohibición de destruír ou prexudicar algo, entón está prohibido calquera acto de destrución ou de prexuízo”), os deberes positivos derivados dos “dereitos de prestación de carácter autónomo” presentan unha “estrutura alternativa” ou “disxuntiva” porque “[...] non calquera acto de protección ou apoio é exixido. A prohibición de matar implica, polo menos *prima facie*, a prohibición de calquera acto de matar, mentres que o mandato de rescate non implica o mandato de levar a cabo todos os actos de rescate posibles. Pode ser posible rescatar un home que afoga nadando ata el, ou lanzándolle unha balsa salvavidas, ou mesmo enviando un barco, pero non se requiren simultaneamente os tres. O que se precisa é que se leve a cabo o primeiro acto ou o segundo ou o terceiro” (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).

¹⁵ A vontade de precisar esta marxe de acción levou algúns autores alemáns a desenvolver a noción dun “nivel mínimo de protección” máis alá (ou, mellor dito, por enriba) do cal o lexislador podería actuar discrecionalmente. *Vid.*, a modo de exemplo, ISENSEE, J., “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Pflicht”, Isensee, J. e Kirchhof, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo V, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1992, pp. 143-242, nn. mm. 293-307.

¹⁶ Das consecuencias deste tipo de obrigas cópase o autor en GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., pp. 121-130.

caracterízase por unha “especificación do sector material ou ideal protexido polo dereito fundamental” (*ibíd.*, p. 81). Ademais da identificación do último, a especificación do ben xurídico protexido permite a súa diferenciación respecto doutros dereitos fundamentais. Seguindo unha coñecida distinción elaborada pola doutrina alemá, Gavara sostén que os bens xurídicos poden ser subxectivos ou obxectivos. Os primeiros levan consigo a “autodeterminación do titular en ámbitos materiais”, como acontece coa práctica da relixión (art. 16.1 CE) ou a liberdade de expresión (art. 20.1.a CE). Existe nestes casos un ámbito constitucional inmune á coacción estatal, o que comporta tanto un deber de abstención dos poderes públicos como o recoñecemento dun *agere licere* para a ou o titular do dereito fundamental: as persoas poden facer ou non facer proselitismo das súas crenzas relixiosas (STC 141/2000, FX 4), asociarse ou non asociarse (STC 104/1999, FX 2), sindicarse ou non facelo (STC 44/2001, FX 3), etc.

Neste punto, a exposición do autor catalán reviste interese sobre todo a causa dunha tese controvertida. Gavara desvincula a antedita potestade de decidir dos bens xurídicos destinados a protexer calidades físicas ou posicións xurídicas, pois considera os últimos exclusivamente obxectivos. O corolario desta caracterización consiste en que se lle nega á persoa titular a autodeterminación nestes sectores materiais, que son “preestablecidos de antemán sen que exista ningunha marxe de acción subxectiva sobre este”. Segundo Gavara, o exemplo paradigmático desta ausencia de autodeterminación ofréceo o dereito á vida, “que non é un dereito de liberdade” nin un dereito “a decidir sobre a propia morte”, o que impide que unha persoa se autodetermine cando o que está en xogo é a súa propia vida. Por esta razón, o autor catalán non dubida en subliñar (*ibíd.*, p. 95) que, “na medida en que o ben obxectivo dos dereitos de defensa ten unha maior repercusión nas relacións sociais e, en consecuencia, aparecen maiores posibilidades de conflictividade, *se trata máis dunha garantía institucional ou de instituto*”. No caso da vida ou a saúde, ademais, aínda que tamén no da investigación científica ou a arte, recae sobre o Estado unha “obriga de neutralidade e distancia” que “non admite definicións oficiais”; a este respecto caben unicamente medidas tuitivas destinadas a dotar de eficacia os dereitos fundamentais correspondentes.

Este enfoque, excesivamente fiel á STC 120/1990, FX 7, foi recentemente modulado polo Tribunal Constitucional español. Para este, que a vida humana sexa “condición de posibilidade do resto de dereitos” e que o “dereito á vida se configur[e] como o dereito á protección da existencia física das persoas, que comporta para o poder público deberes negativos, ou de abstención, e positivos, de protección fronte a ataques de terceiros” non autoriza a atribuír “carácter absoluto á vida” ou imporlles aos poderes públicos unha obriga de protección “incondicional que implique un paradoxal deber de vivir”; de aí que non caiba impedir “o recoñecemento constitucional de decisións autónomas sobre a propia morte en situacións de sufrimento debido a unha enfermidade ou padecemento incurable medicamente constatable e que a persoa experimenta como inaceptable” (STC 19/2023, FX 6, C, b, i).

regap



RECENSIONES

2.2 O “suposto de feito”

En segundo lugar, alude Gavara ao *suposto de feito* dun dereito fundamental. O dito suposto está integrado polas condicións de aplicación materiais ou formais de tal dereito ou “acoutamentos materiais” a este. No artigo 21.1 CE, p. ex., recoñéceselles ás persoas o dereito de reunirse unicamente cando o fan “pacificamente” e “sen armas”. Ben xurídico e suposto de feito facilitan entón a determinación do “alcance potencial” do dereito fundamental (*ibíd.*, p. 82). Nesta alusión a un alcance potencial resoan os ecos do que en Alemaña se cualifica como concepción ampla do ámbito de protección dun dereito fundamental¹⁷. Tanto é así que, nunha pasaxe posterior, Gavara chega a asimilar o suposto de feito do dereito fundamental ao seu ámbito potencial, pois “non serve para estruturar exclusivamente o contido, nin determina de forma directa e plena o exercicio do dereito fundamental” (*ibíd.*, p. 97). Ao meu xuízo, nesta apreciación radica outra das virtudes do libro do autor catalán. Consiste esta virtude, como se detallará en apartados posteriores (4 e 5) desta recensión, en chamar a atención sobre a conveniencia de reflexionar acerca da secuencia ou estrutura do control das actuacións dos poderes públicos presuntamente lesivas dun dereito ou liberdade. Non obstante, antes de ocuparse desta estrutura, cómpre aínda precisar o terceiro dos “elementos materiais” característicos do obxecto dos dereitos de defensa: o obxecto material de protección.

2.3 O “obxecto material de protección”

Mentres que ben xurídico e suposto de feito resultan unicamente da interpretación dos preceptos nos que se enuncia un dereito fundamental, o terceiro dos “elementos materiais” característicos do obxecto dun dereito fundamental, o *obxecto material de protección* resulta tanto da exexese dese precepto –o cal pode conter “concrecións” específicas do dereito fundamental– como do desenvolvemento normativo levado a cabo, normalmente, a través de normas de rango legal¹⁸. Á primeira refírese Gavara como “delimitación” (STC 53/1985, FX 5), mentres que para a segunda reserva o autor catalán a cualificación de “intervención lexislativa”.

A *delimitación* dun dereito fundamental é, para Gavara, unha operación “estática”, xa que entraña unha interpretación “abstracta” da disposición de dereito fundamental na que están implicados numerosos conceptos extraxurídicos (*ibíd.*, p. 100). Polo que respecta á interpretación dos preceptos constitucionais nos que se enuncian dereitos de defensa, resalta o autor a existencia de dúas concepcións, unha subxectiva e outra obxectiva. De acordo coa primeira, a determinación do alcance dun dereito fundamental corresponde ao seu titular, polo que o “ámbito de protección” dun dereito de defensa se configura en tales casos a partir da comprensión propia

¹⁷ *Vid.*, a modo de resumo, 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.

¹⁸ Unha excepción a esta regra pode atoparse nos supostos de “reserva absoluta de resolución xudicial”, “monopolio xurisdiccional” ou “reserva de xurisdicción” dos arts. 18.3, 20.5 e 22.4 CE.

do individuo. Gavara considera un inconveniente a importancia que esta concepción outorga á arbitrariedade do suxeito, xa que lle fai perder ao dereito fundamental a súa condición de “medida da xeneralidade e da liberdade igual para todos”. Ademais, o autor catalán considera que esta concepción non permite resolver satisfactoriamente os desafíos xurdidos pola vinculación positiva do Estado aos dereitos fundamentais e as colisións entre estes, de sorte que se mostra máis partidario do recurso a unha concepción obxectiva para a interpretación das disposicións de dereitos fundamentais.

A *intervención*, pola súa banda, fixa o alcance do obxecto material de protección dun dereito de defensa de forma “constitutiva, externa ás normas constitucionais” que os enuncian, e representa por iso unha “inxerencia” estatal que incide –reducíndoo– nun ámbito previamente *delimitado*¹⁹. Entraña a intervención, polo tanto, unha determinación do “alcance real e do obxecto material de protección [do] dereito de liberdade” que, por supor normalmente unha mingua da potencial liberdade do individuo, debe presentar en todo caso “suficiente xustificación e corrección constitucional”²⁰. Como se explicará nun apartado posterior, esta exigencia comporta que a constatación dunha intervención pon en marcha un minucioso “esquema de control”²¹ ou proceso de xustificación constitucional desta. Antes de abordar este asunto (5) cómpre aínda precisar a intrincada noción “intervención” (4).

3 A intervención nos dereitos de defensa

Conforme unha concepción clásica no dereito constitucional alemán, prodúcese unha intervención nun dereito de defensa cando o Estado exerce a súa potestade de coacción a través dunha disposición normativa ou dun acto xurídico coa finalidade de restrinxir o alcance dese dereito. *Contido imperativo, forma xurídica, intencionalidade e inmediatez* constitúen, polo tanto, os trazos tradicionalmente definitorios dunha “intervención”, concepto xurídico ao que Gavara dedica o capítulo 4 do libro. A concepción antedita, porén, viuse superada por outra –a moderna– máis sensible ás condicións requiridas para facer efectiva a liberdade xurídica²². Ao contrario que o

¹⁹ Como consecuencia diso, a prohibición de condutas alleas ao obxecto material de protección dun dereito fundamental (como, p. ex., as reunións non pacíficas) ou das que constitúan un abuso deste non terán a consideración de intervencións, senón a de delimitacións.

²⁰ GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., p. 142. Os dereitos de defensa caracterízanse, en xeral, pola súa tendencia a apareceren como “normas constitucionais completas” (*ibíd.*, p. 83), é dicir, por non requiriren un ulterior desenvolvemento normativo; de aí que, cando o legislador acouta o “obxecto material de protección”, este desenvolvemento sexa percibido case sempre como un límite ou unha restrición do “ben xurídico” e do “suposto de feito” do dereito fundamental.

²¹ Utilízase aquí a 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.

²² A singular relación dos dereitos fundamentais coa lei desaconsella concibir a segunda en todos os casos cun mero exercicio de inxerencia estatal na liberdade dos individuos. Isto débese a que a efectividade dos dereitos nas relacións *inter privados* depende tamén de que se articulen mecanismos de garantía destes a través, precisamente, dunha lei. Ao xeral deber de absterse de interferencias coa liberdade persoal que recae sobre todos os poderes públicos, polo tanto, cómpre engadir a obriga de protexer esa liberdade fronte a ataques de calquera individuo. A isto refírese Gavara ao postular a vixencia dun “dereito á seguridade nas relacións xurídicas fronte a calquera destinatario” (GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., p. 135). Esta circunstancia non só conduciu a unha relativización do concepto de “intervención” nun dereito fundamental, senón que o ensanchou ao incluír nel tanto

tradicional, o concepto moderno de intervención non presupón unha “interferencia estatal nun ben xurídico protexido por un dereito fundamental en contra da vontade do seu titular (*Einwirkung des Staates auf ein grundrechtliches Schutzgut gegen den Willen des Grundrechtsträgers*)”²³ que, ademais, revista forma xurídica, contido imperativo e carácter inmediato e intencional. Nos nosos días basta con que esa interferencia teña unha «intensidade non insignificante (*nicht unerheblich*)»²⁴ para que sexa considerada unha intervención neste e, por conseguinte, poña en marcha o “esquema de control” ou proceso de xustificación constitucional anteriormente aludido.

O enfoque de Gavara na obra aquí analizada é debedor da última das concepcións descritas. Na súa opinión, ás intervencións identificadas a partir dos criterios tradicionais débense engadir as interferencias no eido de protección dun dereito fundamental que, sen terse buscado ou mesmo non téndose materializado, alcanzan unha intensidade mínima á luz da “calidade do ben protexido, a intensidade do perigo, os usos sociais e a adecuación social”, así como da vontade de evitar que se prexudique o “nivel de protección alcanzado con anterioridade”²⁵. A frecuente contraposición de intereses de distintos titulares de dereitos fundamentais²⁶ leva consigo que a definitiva determinación do alcance de cada dereito dependa das “necesidades conxunturais de inafectabilidade de cada dereito de defensa examinado en concreto” (*ibíd.*, p. 73). Neste tipo de colisións entre dereitos, correspóndelle primariamente ao lexislador delimitar aquelas “necesidades” en atención ás consecuencias prexudiciais que o exercicio de cada un dos dereitos entraña para outros (principio *neminem laedere*) e, cando esta solución sexa oportunamente cuestionada, deberá o Tribunal Constitucional resolver a controversia sobre a base dunha ponderación.

4 A xustificación das intervencións nos dereitos de defensa

Do anterior despréndese que os conflitos entre dereitos de defensa ou entre estes e outros dereitos, principios ou bens constitucionalmente relevantes se volveron non só cada vez máis frecuentes, senón inherentes á dogmática contemporánea dos dereitos

accións como omisións dos poderes públicos que poidan ser causalmente enlazados cun prexuízo para a ou o titular dun dereito.

²³ ISENSEE, J., “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Pflicht”, cit., n. m. 106.

²⁴ *Vid.*, neste 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; ou SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP/Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 80 e ss. A protección outorgada polo BVerfG, polo tanto, non alcanza as intervencións ou «sacrificios mínimos» (ISENSEE, J., “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Pflicht”, cit., n. m. 106).

²⁵ GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., p. 144.

²⁶ *Vid.*, p. exc., a que se dá entre o dereito á vida e á integridade física, por unha parte, e o dereito 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).

fundamentais. Se esta non pode practicarse de costas a tales colisións, a cuestión que entón se formula é a de como valorar a licitude dunha intervención nun dereito de defensa, máxime naqueles casos en que a restrición persegue a satisfacción da vinculación positiva dos poderes públicos a outro dereito ou liberdade. Gavara defende aquí que a constitucionalidade da actuación estatal “se decide a partir dun proceso de xustificación constitucional” (*ibíd.*, pp. 138 e ss.).

En primeiro lugar, forma parte deste proceso a comprobación consistente en verificar que se respectou o principio de legalidade e, se é o caso, a correspondente reserva de lei. No entanto, neste punto o autor non ofrece unha explicación xeral da relación entre as reservas de lei contidas nos artigos 53.1 e 81.1 CE, por unha parte, e as reservas de lei enunciadas en específicas disposicións de dereito fundamental (arts. 16.1, 28.2, 33.2, 37.2, etc.), por outra. En segundo lugar, forma parte do proceso de xustificación constitucional unha “ponderación oportuna” das cargas e beneficios. Aínda que non examina exhaustivamente os elementos que deben formar parte de tal ponderación, Gavara refírese a algúns dos criterios que deberían orientala. Entre os criterios de ponderación cualitativos, atópase “a calidade do ben protexido, a intensidade do perigo, os usos sociais e a adecuación social”, así como o maior respecto posible polo “nivel de protección alcanzado con anterioridade nos dereitos de liberdade”. En xeral, perseguen todos estes criterios que a valoración da actuación impugnada non se leve a cabo de acordo con “fórmulas xerais”, senón que se atenda ao caso concreto. Neste sentido, sinala aínda o autor catalán que a interpretación dos tres elementos precedentes e o control das eventuais restricións efectuadas sobre un dereito fundamental non deben ter lugar illadamente, “senón no contexto da norma e en conexión co seu sentido e función constitucional”²⁷.

De conformidade con tales criterios, Gavara dedica os capítulos 5, 6 e 7 do libro a reconstruír o obxecto do dereito á liberdade ideolóxica, relixiosa e de culto; das liberdades comunicativas; dos dereitos a circular e a escoller a residencia libremente; dos “dereitos de liberdade conectados ao fenómeno asociativo con carácter participativo ou económico”; dos dereitos á vida e á integridade física e moral; dos dereitos á honra, á intimidade persoal e familiar e á propia imaxe; do dereito á propiedade privada; do dereito de petición; e do dereito á folga. Para iso, apóiase Gavara basicamente na xurisprudencia do Tribunal Constitucional, aínda que tamén (e a pesar da falta dun consenso doutrinal xeneralizado) nas opinións de diversos especialistas. Dado que unha síntese do esforzo de clarificación de cada un destes dereitos non ten cabida dentro das estreitas marxes desta recensión, a continuación farase referencia, a modo de exemplo e para finalizar, a unha cuestión de notable interese debido á súa

²⁷ GAVARA DE CARA, J.C., *Los derechos fundamentales como derechos de defensa. Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo*, cit., pp. 144 e ss. Recordada esta advertencia aos temores dos que temperamente denunciaron o perigo dunha “abstención fronte aos feitos” na xurisprudencia do Tribunal Constitucional: “Esta ausencia de análise da realidade fáctica (que frecuentemente é resultado tamén dunha normación xurídica) é, ao meu xuízo, un dos trazos máis preocupantes da obra do Tribunal. En ausencia de tal análise, en efecto, a interpretación constitucional sitúase nun plano extremadamente formal no que apenas pode valerse doutros instrumentos que os ofrecidos polos ‘métodos’ tradicionais, cuxa insuficiencia debilita o razoamento que, cando non conduce a aceptar pura e simplemente a decisión do legislador, non ofrece fundamento suficiente para invalidala, se non é por consideracións formalistas coas que, ao meu xuízo, non sempre se serve con eficacia ao espírito da 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).

relación cos novos desafíos formulados para os dereitos fundamentais pola crecente complexidade das estruturas sociais.

Sostén Gavara que, como consecuencia da vinculación positiva dos poderes públicos, os dereitos fundamentais son “indispoñibles” e “inembargables”. En particular, Gavara afirma que “ningunha persoa pode ser privada dos seus dereitos fundamentais como principio, *nin sequera no exercicio da súa autonomía da vontade*” (*ibíd.*, pp. 78, 273 e ss.), xa que iso vulneraría a dignidade da persoa (art. 10.1 CE). Para ilustrar a súa opinión, Gavara aclara que ninguén pode “vender con efectos transmisivos definitivos a súa intimidade ou o seu corpo” (*ibíd.*, pp. 79 e 274); non obstante, as “teses da indispoñibilidade” e da “inembargabilidade” corren o risco de verse superadas, p. ex., polos novos escenarios presentados pola ciencia e a tecnoloxía ou pola progresiva extensión do espazo de disposición que o ordenamento xurídico español lles reconece ás “partes separadas do corpo”²⁸. Libros como o aquí analizado obrigan a continuar reflexionando co máximo rigor sobre as ameazas que estas novas realidades poden xerar ao desprazaren as fronteiras dos dereitos fundamentais e, con elas, as da nosa igual liberdade.

²⁸ Algúns dos problemas dogmáticos formulados por tales fenómenos foron recentemente 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. No mesmo volume poden verse tamén 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; e 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.