

9

CUADERNOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

JUAN CARLOS GAVARA DE CARA

LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES
COMO DERECHOS
DE DEFENSA.
RECONSTRUCCIÓN
JURISPRUDENCIAL
DE SU CONTENIDO
PRESCRIPTIVO

UAB

Universitat Autònoma de Barcelona
Centre d'Estudis de Drets Humans

JIB

BOSCH CONSTITUCIONAL

En materia de teoría general de derechos fundamentales en la Constitución Española, a diferencia de lo que sucede en la doctrina constitucional alemana, la categoría de los derechos de defensa (Abwehrrechte) no ha tenido un excesivo éxito ni una utilización generalizada en nuestra doctrina y jurisprudencia. Nuestra doctrina e incluso la jurisprudencia ha preferido mantener la distinción de carácter material entre derechos de libertad y derechos sociales, antes de optar por descripciones de carácter prescriptivo como la planteada entre derechos de defensa y derechos de prescripción. Los derechos de defensa se estructuran en torno a un contenido prescriptivo y una dependencia normativa interrelacionados con unos conceptos jurídicos clave como son la libertad, el individuo, el fenómeno asociativo, las cualidades personales o la posición jurídica. Cada derecho fundamental es susceptible de ser caracterizado de forma independiente, autónoma y separada, pero las categorías jurídicas que los interrelaciona con los derechos de defensa son precisamente el contenido prescriptivo y su diferente dependencia normativa.

Juan Carlos Gavara de Cara. Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Barcelona. Director de Centre d'Estudis de Drets Humans - UAB (<https://cedh.uab.cat>).

UAB

Universitat Autònoma de Barcelona
Centre d'Estudis de Drets Humans

JIB

BOSCH CONSTITUCIONAL

ISBN: 978-84-19045-64-5



9 788419 045645

Juan Carlos Gavara de Cara

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
COMO DERECHOS DE DEFENSA.
RECONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL
DE SU CONTENIDO PRESCRIPTIVO**

UAB

Universitat Autònoma de Barcelona
Centre d'Estudis de Drets Humans

2022

JB

BOSCH EDITOR

Trabajo realizado dentro de las actividades del **Centro de Estudios de Derechos Humanos (CER-UAB)** de la Universidad Autónoma de Barcelona (<https://cedh.uab.cat>).

Trabajo realizado dentro del Proyecto de investigación financiado por el Plan Nacional de I+D+I: "LA NEUTRALIDAD INSTITUCIONAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL" (PID2019-106043GB-I00).

© JUNIO 2022 JUAN CARLOS GAVARA DE CARA

© JUNIO 2022



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-19045-64-5

ISBN digital: 978-84-19045-65-2

D.L.: B 9906-2022

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España



Índice

INTRODUCCIÓN

La estructura de los derechos de defensa .	13
---	----

CAPÍTULO 1

La distinción entre derechos de defensa y derechos de prestación	27
---	----

1. La pérdida de sentido de los criterios de clasificación de los derechos fundamentales y su complejidad prescriptiva	27
2. La contraposición entre los derechos de defensa y los derechos de prestación.	34
3. Las implicaciones de los derechos de defensa: la complejidad de su caracterización y los criterios para su aplicación directa.	37
4. Las implicaciones de los derechos de prestación: la heterogeneidad de criterios materiales para su caracterización y la necesidad de configuración normativa	44

CAPÍTULO 2

La extensión del contenido prescriptivo de los derechos de defensa 59

1. La fundamentación de la ampliación del contenido prescriptivo de los derechos de defensa 59
2. Las consecuencias de la multidimensionalidad de los derechos de defensa 66
3. La eficacia positiva de los derechos de defensa 70

CAPÍTULO 3

El ámbito de protección de los derechos de defensa 81

1. La determinación del objeto de los derechos de defensa como instrumento para establecer el alcance de su protección 81
2. La estructura del objeto de los derechos de defensa 89
3. El objeto material de protección de los derechos de defensa 100

CAPÍTULO 4

La intervención del poder público en los derechos de defensa como mecanismo de protección 107

1. La intervención del poder público en los derechos de defensa 107

2. La interrelación entre la vinculación positiva a los derechos fundamentales y la intervención del poder público en los derechos de defensa	111
3. Las consecuencias constitucionales de las acciones positivas de protección de los derechos de defensa	121

CAPÍTULO 5

Los derechos de libertad como derechos de defensa	131
1. La funcionalidad de los derechos de libertad	132
2. El proceso de justificación constitucional de las intervenciones en los derechos de libertad	138
3. El derecho a la libertad religiosa como derecho de libertad de contenido completo	148
3.1. La multidimensionalidad del derecho a la libertad religiosa	148
3.2. La intervención en el derecho a la libertad religiosa	155
3.3. La autodeterminación del derecho a la libertad religiosa y la resolución de conflictos con otros derechos	158
3.4. La acción positiva del Estado en el derecho a la libertad religiosa	164
4. Las libertades comunicativas como derechos de libertad constitucionalmente plenos	168

4.1. La multidimensionalidad y la intervención en las libertades comunicativas . .	168
4.2. La autodeterminación de las libertades comunicativas y la resolución de conflictos con otros derechos	177
4.3. La acción positiva en las libertades comunicativas	179
4.4. La acción positiva en las libertades comunicativas	193
5. Los derechos de libertad de circulación y residencia como derecho de libertad de la esfera individual	200
5.1. La multidimensionalidad de los derechos de libertad de circulación y residencia	200
5.2. La intervención y la acción positiva en los derechos de libertad de circulación y residencia	206
6. Los derechos de libertad conectados al fenómeno asociativo con carácter participativo o económico	210
6.1. La multidimensionalidad del derecho de asociación y la exigencia de una regulación mínima y organizatoria	210
6.2. La dependencia máxima de la regulación en el derecho de fundación	226
6.3. La dependencia intensa de la intervención en el ejercicio del derecho de reunión	232

6.4. La dependencia moderada de la intervención en el ejercicio del derecho a la libertad sindical.	242
6.5. La multidimensionalidad en el derecho a la libertad de empresa como derecho económico.	249
CAPÍTULO 6	
Los derechos de defensa a la protección de las cualidades personales.	257
CAPÍTULO 7	
Los derechos de defensa a la protección de posiciones jurídicas.	287
1. La dependencia mínima de la regulación en la protección de las posiciones jurídicas de la privacidad.	291
2. La dependencia máxima de la regulación y la multidimensionalidad del derecho a la propiedad como derecho de carácter económico	308
3. La intervención intensa en la posición jurídica de la inviolabilidad del domicilio. . . .	313
4. La dependencia intensa de la intervención en el derecho de petición	322
5. La dependencia moderada de la intervención en el ejercicio del derecho de huelga .	328
Conclusiones	341



Introducción: La estructura de los derechos de defensa

En materia de teoría general de derechos fundamentales, a diferencia de lo que sucede en la doctrina constitucional alemana, la categoría de los derechos de defensa (*Abwehrrechte*) no ha tenido un excesivo éxito ni una utilización generalizada en nuestra doctrina y jurisprudencia. Nuestra doctrina e incluso la jurisprudencia ha preferido mantener la distinción de carácter material entre derechos de libertad y derechos sociales¹, antes de optar por

1 Sobre la distinción entre derechos de libertad y derechos sociales, vid. el ilustrativo artículo sobre la doctrina italiana de PACE, A., “Derechos de libertad y derechos sociales en el pensamiento de Piero Calamandrei”, *Revista de estudios políticos*, 1989, núm. 63, p. 35-64. Asimismo, en nuestro contexto, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Los derechos fundamentales como ámbito de libertad y compromiso de prestaciones”, AAVV, *Las estructuras del bienestar en Europa*, Civitas, Madrid, 2000, p. 471-486. Sobre derechos de libertad, vid. DE CASTRO CID, B., “Los derechos de libertad”, en AAVV, *Introducción al estudio de los derechos humanos*, coord. por Benito de Castro Cid, Universitas, Madrid, 2003, p. 281-294; MARTÍNEZ MORÁN, N., “Los derechos de primera generación: derechos de libertad”, AAVV, *Derechos humanos y trabajo social*, Universitas-UNED, Madrid, 2014, p. 77-96.

descripciones de carácter prescriptivo como la planteada entre derechos de defensa y derechos de prescripción. Por diversos factores lingüísticos, normativos o de uso, más o menos generalizado y de carácter tradicional en nuestro sistema jurídico, han ocasionado una mejor entrada y utilización de conceptos propios de la filosofía jurídica, de las generaciones de los derechos humanos, que pueden ser descriptivos del contenido material de los derechos fundamentales, pero que no adoptan como punto de análisis y de partida el significado prescriptivo que encierran los derechos reconocidos en la Constitución.

No obstante, a pesar de la facilidad de constatar el hecho en la disciplina constitucional, la expresión en singular, derecho de defensa, ha tenido una amplia y tradicional utilización por la doctrina procesalista para referirse al derecho a la tutela judicial efectiva y a los contenidos derivados de la prohibición de indefensión, así como de las garantías del proceso debido². En esencia y en un sentido amplio, serían los contenidos conectados al art. 24 CE en sus dos párrafos, de forma que el derecho a la defensa comprendería el conjunto de derechos fundamentales y garantías de una persona, física o jurídica, o de algún colectivo a defenderse ante un tribunal de justicia de los cargos que se les imputen y de las demandas que se les presenten con plenas garantías de igualdad e independencia. Como es sabido, se trata de un derecho que

2 En general, sobre el derecho de defensa en la doctrina procesalista, vid. MORENO CATENA, V., "Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales", *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 8, diciembre de 2010, p. 17 y ss.

se da en todos los órdenes jurisdiccionales y se aplica en cualquiera de las fases del procedimiento penal (sumario, intermedia y juicio oral) y civil (alegaciones, prueba y conclusiones). Asimismo, se impone a los tribunales de justicia el deber de evitar desequilibrios en la posición procesal de ambas partes e impedir que las limitaciones de alguna de las partes puedan desembocar en una situación de indefensión. El derecho de defensa es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente y en los textos de derechos humanos, que debe salvaguardarse en cualquier procedimiento jurisdiccional, siendo parte del debido proceso y requisito esencial de validez del mismo, de forma que consiste en la posibilidad jurídica y material de ejercer la defensa de los derechos e intereses de la persona, en juicio y ante las autoridades, de manera que se asegure la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y de contradicción.

Sin embargo, no se trata del tema central de este libro, que se integra en la doctrina constitucional y que se ocupará de los derechos de defensa, en plural, que es una o la principal derivación tradicional del contenido prescriptivo de los derechos fundamentales y que se relaciona directamente con el contenido de carácter negativo, es decir, la lógica que se deriva de los derechos de defensa. El análisis del contenido prescriptivo de estos derechos parte de plantear los derechos fundamentales en términos de relaciones jurídicas, que implica, por una parte, renunciar a su análisis en términos conceptuales y, en consecuencia, aceptar el planteamiento del realismo jurídico escandinavo de que cualquier derecho subjetivo carece de referencia semántica y, por otra parte, centrarse en el análisis de los elementos subyacentes en la relación jurídica presente

en cualquier derecho fundamental, es decir, el titular, el destinatario y el objeto³.

Estos elementos propios de los derechos fundamentales en particular, y de los derechos subjetivos en general, siempre aparecen de una manera expresa o implícita en todas las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales. Sobre estos tres elementos va a ser operativo tanto el control de constitucionalidad de las normas de desarrollo de los derechos fundamentales, como el control de los actos de aplicación de estos derechos en vía judicial u ordinaria, al ser los principales parámetros de constitucionalidad en ambos casos. En la medida en que las normas de desarrollo o de más actos de aplicación supongan algún tipo de alteración de estos elementos se podrá examinar y determinar su adecuación a la regulación que de dichos elementos realiza la norma constitucional que establece el derecho fundamental. En cualquier caso, se debe tener en cuenta que las relaciones jurídicas subyacentes a un derecho fundamental no se pueden analizar en términos genéricos pensando en cualquier tipo de derecho, sino específicamente en función de la relación jurídica concreta⁴, de forma que, aunque se

3 Un estudio muy ilustrativo sobre el alcance actual y las implicaciones del concepto de derecho subjetivo en ARRIAGADA CÁCERES, M. B., “Conceptos Jurídicos de Derecho Subjetivo”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 2016, núm. 11, p. 152-162. Sobre el traspaso a la categoría de derecho público subjetivo en el constitucionalismo español, vid. MAESTRO BUELGA, G., “Los derechos públicos subjetivos en la historia del constitucionalismo español del siglo XIX”, *Revista de derecho político*, 1996, núm. 41, p. 119-175

4 El planteamiento de los derechos fundamentales como relaciones jurídicas ha sido aceptado por el propio Tribunal Constitucional,

puedan determinar los elementos estructurales de modo general, su concreción depende de cada derecho fundamental considerado y analizado de forma específica en función de su configuración por las normas constitucionales y de la determinación que se realice en cada caso de los sujetos, de la modalidades jurídicas de sus recíprocas relaciones y de la interpretación sistemática de las normas que forman parte del mismo acto normativo que, en este caso, es la Constitución.

Los derechos fundamentales en concreto no son categorías cerradas, puras y estrictas, sino que se deben considerar categorías abiertas y complejas, ya que participen de múltiples contenidos. No obstante, las categorías derivadas pueden caracterizarse como tipos ideales o tendencias que permiten identificar mayoritariamente dichos contenidos en categorías más amplias que permiten configurar la tendencia principal y característica en cada uno de los derechos.

Para un análisis de los derechos de defensa la relevancia de los elementos subjetivos de la relación jurídica es mínima a efectos descriptivos, ya que no suelen cam-

por todas STC 7/1983 FJ 3. Entre la doctrina es admitido por JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 34 y ss.; GAVARA DE CARA, J.C., "Los derechos fundamentales", en GAVARA DE CARA, J.C. (ed.), *Constitución. Desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*, J.M. Bosch Editor-Institut de Ciències Polítiques i Socials (ICPS), Barcelona, 2004, p. 15-58. En general sobre la aplicación del concepto de relación jurídica en el Derecho Público, vid. SORIANO GARCÍA, J. E., "Evolución del concepto "relación jurídica" en su aplicación al Derecho público", *Revista de administración pública*, 1979, núm. 90, p. 33-78

biar o implicar grandes modificaciones en términos generales en una comparación entre los diferentes derechos y categorías que se pueden estructurar de los derechos fundamentales.

El sujeto activo o titular de la relación jurídica asume el poder jurídico integrante de la relación, es decir, la capacidad de dirigirse al destinatario para que dé cumplimiento al objeto del derecho fundamental. El tema de la titularidad de los derechos dará lugar desde una perspectiva general sobre todo al análisis de la problemática de su determinación específica, es decir, si pueden ser titulares las personas físicas o también las personas jurídicas; si pueden ser titulares solo los españoles como nacionales de un determinado Estado o si bien alcanza también a los extranjeros, o incluso si pueden ser titulares las personas jurídicas públicas. Además de la problemática de la determinación de la titularidad, se estudian otros temas generales como la determinación del momento inicial o final de la titularidad, o de carácter específico como el problema del nasciturus o los derechos del menor⁵. Como se puede deducir con facilidad, se tratan de temas que

5 Sobre la titularidad de los derechos fundamentales, GÓMEZ MONTORO, Á. J., "Titularidad de derechos fundamentales", en ARA-GÓN REYES, M. (coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 116-128; GÓMEZ MONTORO, Á. J., "La titularidad de los derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación", *REDC*, 2002, núm. 65, p. 49-105; VIDAL FUEYO, C., *Constitución y extranjería*, CEPC, Madrid, 2002; OLIVÁN LÓPEZ, F., *Constitución y extranjería*, Dykinson, Madrid, 2010; ALAEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003; ROSADO IGLESIAS, G., *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, Tirant lo blach, Valencia, 2004.

pueden ser más relevantes en unos derechos en concreto, pero en unas líneas generales tienen consecuencias similares en todos los derechos a pesar de que se modulen en su individual concreción. Lo cierto es que el tema de la titularidad de los derechos fundamentales adquiere una singularidad propia y específica en la teoría general de los derechos fundamentales para perder importancia en el análisis de los derechos fundamentales en concreto, salvo para especificar una característica especial en el análisis de cada uno de los derechos fundamentales. En este sentido, en el análisis de las categorías prescriptivas de los derechos fundamentales como pueden ser los derechos de defensa o los derechos de prescripción carece de relevancia material.

El sujeto pasivo o destinatario de la relación asume el deber jurídico integrante de la relación, es decir, dar cumplimiento al objeto en beneficio del titular. El tema de los destinatarios de un derecho fundamental dará lugar al análisis de su determinación específica y alcance de la obligación, sobre todo referido a los poderes públicos⁶, o sobre si también pueden considerarse destinatarios todas las personas físicas y jurídicas en conexión a la problemática de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros (*Drittwirkung*), sin entrar a discutir si es con carácter directo o indirecto⁷. Como veremos este es un

6 STC 5/1981 FJ 9; STC 197/1988 FJ 4

7 Sobre la problemática del *Drittwirkung* en nuestra doctrina, BILBAO UBILLOS, J. M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares*, CEPC, Madrid, 1997; BILBAO UBILLOS, J. M., *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; GARCIA TORRES, J.-JIMÉNEZ

tema clave para la caracterización de los derechos de defensa en la actualidad, pero menos relevante para la categoría de los derechos de prestación, cuyo destinatario exclusivo son los poderes públicos. En cualquier caso, los destinatarios de los derechos de defensa se deben determinar en concreto para cada derecho fundamental con el objeto principal de determinar si las personas privadas destinatarias en los supuestos específicos. Los derechos de prestación tienen como destinatario a priori a los poderes públicos y solo eventualmente a personas privadas que ocupan una posición de sustitución o de ejercicio de un servicio público conectado con el derecho de prestación que se está analizando en el caso concreto.

BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986; ALFARO AGUILA-REAL, J., "Autonomía privada y derechos fundamentales", *Anuario de Derecho Civil*, 1993, núm. 1, p. 57 y ss. Asimismo, JULIO ESTRADA, A., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000; NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000; VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y la autonomía privada*, Instituto de derechos humanos «Bartolomé de las Casas» Universidad Carlos III, Marcial Pons, Madrid, 2004; FERRERES COMELLA, V., «La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares», en AAVV, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Jordi Soler Tura*, Madrid, 2008, p. 1173 y ss.; SARAZÁ JIMENA, R., *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., «Sobre la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales», en García de Enterría, E.-Alonso García, R., *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás Ramón Fernández*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012, T. I, p. 141 y ss.

El elemento de la relación jurídica que es fundamental para determinar el alcance de los derechos de defensa es el objeto de un derecho fundamental, que en un sentido prescriptivo siempre va a suponer la acción de un destinatario, ya que, en caso contrario, no tendría sentido establecer y determinar una relación jurídica. Esta acción puede ser negativa, que constituiría una abstención, es decir, no realizar una determinada acción por parte del destinatario que perjudique al titular del derecho fundamental y que daría lugar a los genéricamente denominados derechos de defensa; o bien puede ser positiva, que constituiría un hacer, es decir, realizar una determinada acción por parte del destinatario en beneficio del titular que darían lugar a los genéricamente denominados derechos de prestación.

Desde un punto de vista material, los derechos de defensa o a acciones negativas del destinatario se pueden dividir a efectos de descripción en tres grupos⁸:

8 Para un análisis sobre la estructura de los derechos de defensa en la doctrina alemana, vid. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1997, p. 189 y ss.; STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. III/1 "Allgemeine Lehren der Grundrechte"*, C.H. Beck, München, 1988, p. 620 y ss.; HEß, R., *Grundrechtskonkurrenzen. Zugleich ein Beitrag zur Normstruktur der Freiheitsrechte*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p. 93 y ss.; BOROWSKI, M., *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1998, p. 183 y ss.; POSCHER, R., *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, p. 155 y ss. Sobre el contenido prescriptivo de los derechos de defensa a partir de la pretensión de abstención, GRABITZ, E., *Freiheit und Verfassungsrecht. Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, p. 3 y ss.; LÜBBE-WOLFF, G., *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1988, p. 33 y ss.

- a) Los derechos de libertad, es decir, derechos cuyo contenido prescriptivo se basa en no impedir las acciones del titular del derecho fundamental, produciéndose, en principio, un ámbito de libre decisión a favor del titular sobre el alcance y condiciones de ejercicio de sus derechos, que eventualmente determina el efecto reflejo de la necesidad de adopción de medidas para su protección y dotación de eficacia.
- b) Los derechos a la protección y no perjuicio de cualidades físicas de los titulares del derecho que afectan a la vida, la salud o integridad física en general (art. 15 CE). El derecho a la vida tiene un contenido prescriptivo de protección positiva que impide que se pueda configurar como un derecho de libertad, ya que no incluye el reconocimiento de un ámbito propio de decisión al titular que facilite jurídicamente el derecho a la propia muerte⁹.
- c) Los derechos a la protección y a no eliminar o penetrar en las posiciones o situaciones jurídicas de los titulares de los derechos fundamentales como sucede con el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE), con la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) o el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Estos derechos de protección de posiciones o situaciones jurídicas se realiza con la finalidad de obtener objetivamente su garantía jurídica, implicando que se debe realizar una actuación del poder público conforme a las

9 STC 120/1990 FJ 7, STC 137/1990 FJ 5; STC 11/1991 FJ 2.

exigencias del contenido constitucional, tal como sucede con las garantías del derecho a la libertad y seguridad personal (art. 17 CE), o las garantías de la detención preventiva, del detenido, de la prisión provisional o del proceso de habeas corpus, y del principio de legalidad penal (art. 25 CE), pero no presuponen un ámbito de libre decisión de los titulares sobre el objeto del derecho, sino que la protección del derecho se centra precisamente en que el destinatario no perjudique dicho objeto o bien jurídico objetivo protegido.

Estas tres categorías a menudo no tienen carácter puro y eventualmente pueden presentarse de forma conjunta sin aplicar el matiz del criterio prescriptivo. Este hecho sucede porque se suele utilizar categorías de derechos descriptivas y de carácter material sin centrarse en el alcance de los elementos prescriptivos de los derechos fundamentales tal como sucede con los derechos de defensa. En este sentido, es más habitual que en los manuales de Derecho Constitucional veamos categorías como derechos de la esfera personal o derechos individuales para intentar agrupar los derechos fundamentales concretos en las categorías que mejor describan y se integren en los derechos fundamentales que se estén analizando. En este trabajo la opción es centrarnos en los referidos elementos de carácter prescriptivo de los derechos fundamentales que se conectan directamente con los derechos de defensa.

Por su parte, los derechos de prestación o a acciones positivas del destinatario, se subdividen en dos grupos, los que tienen por objeto acciones fácticas de tipo social o económico del destinatario que tradicionalmente se han

conectado a los derechos sociales (el derecho a acudir a una escuela privada obteniendo para ello una subvención –derecho a la educación– art. 27 CE) o acciones que impliquen decisiones públicas o obtener un acto jurídico estatal como puede ser el derecho a la tutela judicial efectiva –art. 24 CE) o acciones en defensa de derechos (habeas corpus –art. 17.4 CE). También tal como veremos en este caso se superan categorías descriptivas como pueden ser los derechos sociales o los derechos que precisan de reglas de contenido, organizativas o procedimentales para desplegar su plena eficacia. Los derechos de prestación encierran también una categoría de carácter prescriptivo que materialmente se puede interrelacionar con otros derechos y categorías de carácter material, presentándose a menudo de forma conjunta.

El principio de igualdad (art. 14 CE) es un caso singular, ya que puede implicar tanto acciones negativas de los destinatarios como acciones positivas. En este sentido, puede dar lugar a acciones negativas, cuando se está realizando un trato no diferenciado o desigual, por ejemplo, cuando se exige una conducta diferenciada a unos individuos y a otros no sin causa justificada y racional. En este caso, se puede declarar inconstitucional la decisión o acción y obligar al poder público a abstenerse de realizar acciones que impliquen un tratamiento desigual, es decir, abstenerse de establecer obligaciones para unos y no para otros individuos que se encuentren en el mismo término de comparación. Pero también el principio de igualdad puede dar lugar a acciones positivas, cuando se está protegiendo a determinadas personas mediante una decisión o acción con la finalidad de corregir diferencias para que todos los individuos se sitúen en una situación igual (su-

puesto de discriminación inversa o discriminación positiva). En este caso, en ocasiones se adoptan declaraciones de inconstitucionalidad o protecciones de derecho que en el caso concreto puedan conllevar que se obligue al poder público a adoptar las medidas fácticas o jurídicas para extender la protección a los no protegidos¹⁰. Desde otra perspectiva, también funcionan de modo independiente las cláusulas de prohibición de discriminación reguladas en el art. 14 CE que se aproximan más al contenido del derecho de defensa, aunque en ocasiones pueden tener efectos prestacionales vinculados a la corrección de los efectos peyorativos que encierra la discriminación y que pueden eventualmente generar acciones positivas propias de un derecho de prestación.

Como se puede comprobar para los derechos fundamentales el elemento más importante es el objeto, ya que, por una parte, es el elemento más específico y que permite distinguir con exactitud unos derechos de otros y, por otra parte, a partir de este elemento se pueden articular las principales clasificaciones de los derechos. La determinación de los elementos subjetivos, titular y destinatario, en muchas ocasiones, tal como se ve reflejado son comunes a cualquier tipo de derechos sin que permitan especificar la distinción entre unos y otros.

Se debe tener en cuenta e insistir en la idea de que los derechos fundamentales raramente suelen ser normas completas, es decir, la Constitución no perfila íntegramente, ni todo el supuesto de hecho, ni todas las consecuen-

10 STC 103/1983 FJ 7

cias jurídicas que se derivan de un derecho fundamental concreto. Casi siempre precisan ponerse en relación con otras normas para que su ámbito de protección quede completo, es decir, de otras normas generalmente infraconstitucionales que definen y configuran el supuesto de hecho, ampliando o restringiendo el antecedente y que son admisibles en la medida en que no sean inconstitucionales.

En este sentido, las categorías de los derechos fundamentales solo pueden ser tipos ideales, criterios básicos que suelen ser útiles en sus perfiles generales, pero que no tienen un pleno funcionamiento real para integrar todos los supuestos que se planteen en la concreción práctica de cada derecho fundamental individualmente considerado.



Cuadernos de Derecho Constitucional

Director: Juan Carlos Gavara de Cara
Catedrático de Derecho Constitucional

1

Juan Carlos Gavara de Cara

La dimensión objetiva de los derechos sociales. *2010.*

2

Antoni Roig

Derechos fundamentales y Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones (TICs). *2010.*

3

Josu de Miguel Bárcena

El gobierno de la economía en la Constitución Europea. Crisis e indeterminación institucional. *2011.*

4

Juan Carlos Gavara de Cara

La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. *2011.*

5

Daniel Capodiferro Cubero

La objeción de conciencia: estructura y pautas de ponderación. *2013.*

6

Nuria Saura Freixes

Libertad de expresión y derecho a promover y proteger los derechos humanos. *2015.*

7

Juan Carlos Gavara de Cara y José Carlos Remotti Carbonell (eds.)

Perspectiva de género y Gobierno de las Universidades. *2018.*



Cuadernos de Derecho Constitucional

Director: Juan Carlos Gavara de Cara
Catedrático de Derecho Constitucional

8

Sabrina Ragone

Parlamentarismos y crisis económica: afectación
de los encajes constitucionales en Italia y España. 2020.

9

Juan Carlos Gavara de Cara

Los derechos fundamentales como derechos de defensa.
Reconstrucción jurisprudencial de su contenido prescriptivo.
2022.