

LAS COLISIONES CONSTITUCIONALES Y SU RESOLUCIÓN

Jesús M. CASAL H.*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La noción de colisión constitucional*. III. *Naturaleza de las limitaciones de derechos basadas en colisiones constitucionales*. IV. *Reparto de funciones entre la legislación y los jueces en el tratamiento de las colisiones constitucionales*. V. *Algunos criterios para la resolución de colisiones constitucionales*.

I. INTRODUCCIÓN

Un tema de creciente importancia en el derecho constitucional es el de las colisiones constitucionales y los criterios que pueden ser empleados para su resolución. Ello obedece a razones diversas, entre las cuales cabe mencionar el fortalecimiento de la fuerza normativa de la Constitución; el reconocimiento de las diversas dimensiones de los derechos fundamentales o derechos constitucionales, sobre todo de los deberes de protección del Estado respecto de estos derechos, y la confluencia de aportes provenientes de las teorías de las normas y la argumentación jurídica, que han centrado su atención en los conflictos entre bienes constitucionales.

Ciertamente, el despliegue de la operatividad jurídica de la Constitución y, particularmente, de los derechos que ésta garantiza, ha obligado a depurar los mecanismos usados para examinar la licitud de las intervenciones públicas en tales derechos, lo cual ha situado en un primer plano la pregunta acerca de la entidad de los bienes o intereses en que éstas pueden fundamentarse. Al margen de la respuesta que merezca esta cuestión, al abordar-

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; es decano y profesor de Derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello; miembro de la Comisión Andina de Juristas y vicepresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional.

la es ineludible toparse con las colisiones constitucionales como fuente última de muchas de las normas o actuaciones que se traducen en restricciones o injerencias en derechos fundamentales. La identificación de la raíz constitucional de actos limitativos de tales derechos que aseguran la vigencia de otro derecho del mismo valor, que se proyecta en su faceta objetiva,¹ ha acentuado la relevancia de los conflictos entre derechos constitucionales. En igual dirección apunta el notable resurgimiento de la preocupación doctrinal por la precisión de la estructura de las normas jurídicas, que ha repercutido en el plano constitucional al intentar poner de manifiesto las bases teóricas implícitas en muchas construcciones elaboradas por la dogmática o la jurisprudencia constitucional.²

Excedería de los límites de este trabajo un estudio siquiera somero de esa orientación y de las corrientes de pensamiento de las que es tributaria. El presente artículo sólo se referirá, sin pretensiones de exhaustividad, a tres aspectos del tema mencionado: la naturaleza de las limitaciones de derechos constitucionales que se apoyan en tales colisiones; el reparto de funciones entre el legislador y los jueces en el tratamiento de las mismas, y dos de los criterios que han de tenerse en cuenta para dirimir las adecuadamente. En la exposición de estos asuntos tendrán un peso significativo contribuciones de la jurisprudencia y doctrina alemanas y, en menor medida, de la doctrina española, las cuales apenas son una muestra del interés que el tema ha despertado en el constitucionalismo contemporáneo. Las valiosas construcciones dogmáticas o aplicaciones provenientes de otros ordenamientos jurídicos, en especial de países latinoamericanos,³ serán objeto de análisis en trabajos posteriores. Antes de desarrollar el tema enunciado será necesario efectuar algunas aclaraciones de índole conceptual.

¹ Véase, Dreier, H., *Grundgesetz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, pp. 66 y ss.; Díez-Picazo, L., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2005, pp. 61 y ss.; Bastida, F. et al., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 50 y ss.

² Respecto de la estructura de las normas sobre derechos fundamentales véase, por todos, Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

³ Véase, entre otros, Sagües, N., “*Elementos de derecho constitucional*”, Buenos Aires, Astrea, 1999, t. 2, pp. 311 y ss. Carbonell, M., *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2005, pp. 122 y ss.

II. LA NOCIÓN DE COLISIÓN CONSTITUCIONAL

Las colisiones constitucionales son una manifestación de los conflictos entre normas jurídicas, que han sido ampliamente tratados, con diversidad de enfoques y de modelos de solución, en la teoría y la filosofía del derecho. La colisión surge porque una norma, en relación con una situación determinada, ordena o permite hacer lo que otra prohíbe.⁴ Estos choques normativos o antinomias no siempre suponen una contradicción o exclusión total entre dos o más normas; pueden suscitarse bajo la modalidad de antinomias totales-parciales, en las que el supuesto de hecho de una norma está comprendido por el de otra norma de mayor alcance fáctico, cuyas consecuencias jurídicas son incompatibles con las de la primera; o a veces se presentan como antinomias parciales-parciales, en las que sólo algunos de los supuestos de aplicación de las normas enfrentadas se solapan. Esta última sería la forma de antinomia que normalmente adoptan las colisiones constitucionales, según ha sostenido Guastini.⁵

Esto puede ilustrarse con una de las situaciones de colisión comúnmente invocadas: el conflicto entre la libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad o a la vida privada. Dicha libertad no ampara conductas que siempre entren en conflicto con este derecho, ni éste supone un obstáculo general para el ejercicio de aquélla. Sólo en ciertos supuestos se produce el choque entre estos derechos constitucionales, mientras que en los demás cada derecho puede hacerse valer sin toparse con el otro.

Una peculiaridad de las colisiones constitucionales, sobre todo de las colisiones entre derechos, es la generalidad que suele caracterizar al precepto en el que éstos son reconocidos o, mejor dicho, la condición de principios que suelen poseer las correspondientes normas, lo cual impide vislumbrar por anticipado (todas) las respectivas condiciones de aplicación, lo que ha llevado a algunos a poner en duda que tales colisiones encajen en la clasificación de las antinomias antes esbozada.⁶ Pareciera, no obstante, que basta con explicar los matices que esa cualidad de principios introduce

⁴ Véase, Stern, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, München, Beck, 1994, t. III/2, pp. 603 y ss.; Berkemann, J., “Zur logischen Struktur von Grundrechtsnormen”, *Rechtstheorie*, 20, 1989, pp. 467 y ss.

⁵ Guastini, R., *Distinguendo; studi di teoria e metateoria del diritto*, Turín, Giappichelli, 1996, pp. 144 y 145.

⁶ Prieto, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 141.

en tal clasificación para que ésta conserve su pertinencia. En especial, es propio de las colisiones constitucionales que afloren en casos concretos, es decir, en la fase de aplicación de las normas correspondientes.

La principal singularidad de las colisiones constitucionales frente a la categoría general de los conflictos normativos reside en la jerarquía constitucional de las normas o bienes contrapuestos, es decir, en la coexistencia de estas normas o bienes en un mismo cuerpo normativo, dotado del más alto rango, lo que imposibilita o dificulta de sobremanera la utilización de criterios tradicionales como los de la generalidad-especialidad o anterioridad-posterioridad para su resolución. Normalmente tampoco cabrá invocar la invalidez de una de las normas enfrentadas para superar el conflicto.

Sin embargo, conviene advertir que algunos de los criterios mencionados pueden ayudar en ciertos supuestos a evitar que se produzca o, más bien, a disipar la colisión constitucional. Así, la aparente contradicción entre dos disposiciones constitucionales puede allanarse considerando a una de ellas como especialmente dirigida a regular ciertas situaciones que en principio estarían comprendidas en el ámbito normativo de la otra: una puede establecer condiciones mínimas para ocupar cargos públicos, con carácter aparentemente exhaustivo, mientras que otra puede fijar requisitos menos estrictos para un determinado destino público, por razones ligadas, por ejemplo, a la promoción de la participación ciudadana en la administración local. Igualmente, en relación con la sucesión de normas en el tiempo, puede ocurrir que una modificación constitucional pretenda llevarse a cabo soslayando los trámites constitucionalmente fijados, o desconociendo los límites materiales de las reformas constitucionales, lo cual comportaría la invalidez de los preceptos introducidos, que habrían desencadenado el conflicto normativo. Pero además, es posible, como la jurisprudencia constitucional lo demuestra,⁷ que tales preceptos, aun siendo válidos, sean sometidos a una interpretación que los coloque en consonancia con el resto de la Constitución, la cual funciona como una totalidad que informa y orienta la determinación del alcance de las disposiciones que sean incorporadas mediante procesos de reforma.

Prevalece la opinión de que sólo después de agotarse éstas y otras vías interpretativas semejantes de acompasamiento entre disposiciones consti-

⁷ Véase, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 3 de marzo de 2004, sobre la reforma constitucional dirigida a ampliar los poderes para practicar medidas que afecten la inviolabilidad del domicilio; *BVerfGE* 109, 279.

tucionales cabe hablar de una colisión constitucional.⁸ Una colisión constitucional no se produce sólo porque la letra de algún precepto choque con lo dispuesto en otro, ya que antes de afirmar la existencia de la colisión debe realizarse una tarea interpretativa dirigida a determinar lo que aquél realmente establece, la cual no puede prescindir de la unidad de la Constitución. No obstante, esta lectura adecuada o contextualizada del precepto constitucional no debe confundirse con un esfuerzo armonizador que intente incorporar la propia solución del conflicto normativo a la interpretación de las normas enfrentadas, pues entonces quedarían oscurecidos los criterios específicos de resolución de las colisiones, que pasarían a ser siempre aparentes, en detrimento de la transparencia argumentativa, y serían burladas las cautelas constitucionales formales que deben ser observadas.

Es frecuente que, aún después de desentrañar su sentido, algunas normas constitucionales se encuentren en una situación de tensión con otras de igual rango, dado que su dirección o proyección normativa se cruza con la de las otras. Esa tensión normativa puede constatarla el legislador cuando se dispone a regular algún sector del ordenamiento. Ello puede ocurrir, por ejemplo, respecto de las relaciones entre la libertad de expresión e información y el derecho al honor o a la intimidad; entre el derecho a la huelga y los derechos ligados a la satisfacción de algunos servicios mínimos en áreas relacionadas con la atención de la salud; entre el derecho de acceso a la información pública y la seguridad del Estado, allí donde ésta tenga anclaje constitucional; o entre el derecho a conocer la propia filiación o la propia paternidad y el interés en la protección de la familia y el matrimonio. En estos supuestos cabría hablar de una colisión abstracta o potencial entre normas o bienes constitucionales, la cual debe ser tratada por el legislador, al que corresponderá definir, en los respectivos sectores normativos, los términos del entendimiento o de la convivencia entre tales bienes. La calificación de estas colisiones como abstractas no significa que el legislador, al regularlas, ignore los datos que ofrezca la realidad y, en particular, los que la jurisprudencia aporte. Implica solamente que la articulación de intereses efectuada en el plano legislativo no tiene lugar con motivo de la decisión de un caso concreto. Nociones como la de conflictos palpables en “la realidad

⁸ Stern, *op. cit.*, nota 4, p. 650.

social” o la de “situaciones conflictivas típicas”⁹ son compatibles con ese relativo nivel de abstracción.

Las colisiones constitucionales adquieren, sin embargo, especial relevancia en la fase aplicativa del derecho. Es en ésta que afloran de manera palpable los conflictos latentes entre bienes constitucionales, los cuales no siempre son previsible en abstracto, o al menos no con los particulares contornos y matices que la situación concreta pone de relieve. Para algunos autores, sólo en esta fase sería posible hablar de colisiones constitucionales; sería aquí donde éstas tendrían su lugar dogmático. Tales colisiones no se darían propiamente en abstracto, sino tendrían su origen en situaciones concretas.¹⁰

Esta aproximación es en principio acertada, aunque menosprecia la función que también cumple el legislador en esta materia, como luego reiteraremos. De ahí que en este trabajo el concepto de colisión sea empleado en sentido amplio,¹¹ el cual comprende a las colisiones actuales o concretas, esto es, a las colisiones en sentido estricto, y a las colisiones potenciales, sin perjuicio de las importantes diferencias entre los planos abstracto-general o concreto-particular en que los conflictos entre bienes constitucionales pueden suscitarse. Además, las colisiones constitucionales serán examinadas desde la perspectiva de algún derecho constitucional al que se contraponen otros derechos o bienes constitucionales, que es la de mayor significación teórica y práctica, aunque son posibles las colisiones entre bienes colectivos o normas ajenas a la parte dogmática de la Constitución. Se dejarán de lado, por último, los especiales problemas que suscitan los conflictos en cuyos extremos se halla alguna norma de derechos fundamentales que por su estructura merezca el calificativo de regla.

III. NATURALEZA DE LAS LIMITACIONES DE DERECHOS BASADAS EN COLISIONES CONSTITUCIONALES

Las controversias en torno a las colisiones constitucionales y a los criterios que ayudan a solventarlas responden en parte a diversas concepciones

⁹ Bumke, C., *Der Grundrechtsvorbehalt*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 157 y ss.

¹⁰ Stern, *op. cit.*, nota 4, pp. 607 y ss.; Fohmann, L., “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich”, *EuGRZ* 1985, p. 60.

¹¹ Con una orientación amplia, véase, Sachs, M., *Verfassungsrecht II (Grundrechte)*, Berlín, Springer, 2003, pp. 129 y ss.

sobre la naturaleza de los límites que de las mismas resultan para los derechos constitucionales. Este es un campo en el que también se topan la teoría interna y la teoría externa sobre los límites de los derechos fundamentales. La primera pretende lograr, con apoyo en el principio de unidad de la Constitución y en una interpretación sistemática de sus disposiciones, una delimitación correcta del derecho que se enfrenta con otro bien constitucional, de manera que esta tarea interpretativa disuelva —más que resuelva—, la colisión aparentemente existente.¹² La segunda pone de manifiesto la restricción o acortamiento ínsitos a las actuaciones estatales que, con apoyo en algún bien constitucional, afectan las posibilidades de goce o ejercicio de un derecho fundamental.¹³ Junto a estas discrepancias concurren también diferentes visiones sobre la Constitución como parámetro normativo, que puede ser entendida como un ordenamiento marco, con amplios espacios para la libertad política, o como una norma fundamental de la cual se deduzca la solución correcta para las más diversas situaciones jurídicas.¹⁴

No sería pertinente ahondar en esta contienda doctrinal. Basta con destacar que la jurisprudencia constitucional favorece una postura cónsona con la teoría externa y una comprensión de la Constitución como ordenamiento marco.¹⁵ Ello implica, desde la perspectiva de este trabajo, que las colisiones constitucionales no plantean simplemente un problema interpretativo, sino más bien una auténtica confrontación entre normas o bienes constitucionales, que debe ser primeramente atendida en la legislación. El tratamiento de estas colisiones puede conducir a la imposición de límites a algún derecho fundamental, tal como sucede cuando la legislación penal prevé sanciones para quienes al expresarse revelen (sin justificación) datos concernientes a la vida privada de una persona. Pero tales límites no se de-

¹² Müller, F., *Die Positivität der Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 1969, pp. 40 y ss.; Otto de, L., “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en Martín-Retortillo, Lorenzo y Otto y Pardo, Ignacio de, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 137 y ss.

¹³ Borowski, M., *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 47 y ss., 103 y 189; desde la óptica de la amplitud del supuesto de hecho iusfundamental, véase Alexy, *op. cit.*, nota 2, pp. 311 y ss.

¹⁴ Véase la discrepancia entre Alexy y Böckenförde: Alexy, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, *REDC*, 66, 2002, pp. 14 y ss.; Böckenförde, E. W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 104 y ss.; *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1991, pp. 159 y ss.

¹⁵ Sachs, *op. cit.*, nota 27, pp. 124 a 131; Medina Guerrero, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 23 y ss.

rivan automáticamente de la Constitución, aunque tengan su base en ella. De la Constitución puede colegirse la necesidad de la limitación, mas no sus concretos perfiles, los cuales han de ser objeto de configuración normativa.

Un conflicto como el mencionado, entre la libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad o a la vida privada, nos aproxima a la cuestión del alcance de los deberes de protección del Estado respecto de los derechos fundamentales. Si examinamos la colisión mencionada desde el ángulo de la tutela del derecho a la intimidad o a la vida privada, cabría afirmar que este derecho debe estar plasmado legalmente como un límite de la libertad de expresión e información, pero esto no ha de llevar a negar el margen de actuación y apreciación del legislador al cumplir esta tarea. Le tocará decidir si algunas conductas relacionadas con la libertad de expresión e información serán objeto de medidas penales de protección de la intimidad o la vida privada, así como configurar el tipo penal; o habrá de pronunciarse sobre las eventuales infracciones y sanciones administrativas ligadas a la violación de ese derecho por medios de radiodifusión y sobre el alcance de las pertinentes reclamaciones civiles. Al hacerlo no puede incurrir en exceso pero tampoco en una protección deficiente,¹⁶ es decir, debe respetar la proporcionalidad y, a la vez, ofrecer un nivel suficiente de tutela del derecho frente a abusos en el ejercicio de la libertad de expresión. Esto pareciera suprimir las posibilidades para la configuración normativa, pero entre los márgenes de la protección suficiente y de la protección máxima no lesiva de la proporcionalidad hay un campo de acción que no debe ser ignorado. Entre el umbral de la suficiencia y el techo de la satisfacción más elevada respetuosa de la proporcionalidad hay un ámbito dentro del cual cabe la oscilación o alternancia de distintas soluciones normativas, alimentadas a su vez de diferentes concepciones sobre la significación de la libertad de expresión e información y del derecho a la intimidad o a la vida privada, que sean conformes con los parámetros constitucionales.

Una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que puede traerse a colación para hacer patentes las dificultades de delimitación entre lo constitucionalmente ordenado o prohibido y lo constitucionalmente posible, así como la existencia de un ámbito, u oportunidad, para la decisión

¹⁶ La jurisprudencia constitucional ha colocado, junto a la clásica prohibición de exceso, una prohibición de defecto (*Untermaßverbot*) o de protección deficiente, cuyos perfiles dogmáticos no están aún claramente definidos; Sachs, *op. cit.*, nota 15, pp. 39-42.

política del legislador, es el fallo dictado en relación con el uso del velo islámico por personal docente en las escuelas públicas. La sentencia fue adoptada al resolver el amparo interpuesto por quien aspiraba a ingresar, como maestra, a la función docente en el Estado federado de Baden-Württemberg, lo cual le había sido negado por la administración aduciendo su falta de idoneidad para el cargo, derivada de su declarada intención de usar un velo islámico en la escuela, incluso durante las clases.¹⁷

No sería pertinente abordar aquí las polémicas aristas del tratamiento legislativo que en distintos países europeos ha recibido el velo o velos islámicos. Sólo interesa apuntar que, al decidir el caso, el Tribunal deja en manos del legislador la búsqueda de una solución adecuada a la tensión que puede existir entre los riesgos de la admisión del uso del velo islámico por las maestras y la libertad religiosa de las docentes que se sientan obligadas o llamadas por su fe o su cosmovisión a portar dicho velo incluso durante las clases. El Tribunal declaró con lugar el amparo, dada la falta de una disposición legal estadual¹⁸ específica que permitiera excluir del servicio a una maestra por el uso del velo islámico —o de otros símbolos religiosos ostensibles— durante las clases, o por la firme intención de hacerlo. La genérica exigencia jurídica de idoneidad y las disposiciones legales conexas no proporcionaban a la decisión una base normativa suficiente.¹⁹ Pero el Tribunal entró también en un amplio análisis sobre los posibles significados socioculturales y políticos del velo, para lo cual se apoyó en la declaración de expertos.

Apartando una gran cantidad de contenidos relevantes desde la óptica de la libertad religiosa, de la significación constitucional de la tolerancia²⁰ y de la apertura de la jurisdicción constitucional al dato sociológico, importa subrayar que, pese a estimar que habría buenas razones para excluir el uso del velo por las maestras en las escuelas (públicas), en atención al deber de neutralidad del Estado en materia religiosa o confesional y, sobre todo, a

¹⁷ BVerfGE, 108, 282.

¹⁸ El adjetivo *estadual* lo empleamos para referirnos a los estados federados (*Bundesländer o Länder*).

¹⁹ Este criterio no fue unánime entre los miembros de la segunda sala del Tribunal Constitucional Federal, a la que correspondió decidir el caso, pues en la opinión separada formulada por tres de ellos se consideró suficiente el marco normativo existente para mantener la prohibición.

²⁰ Véase los comentarios de Baer, Susanne y Wrase, Michael, “Staatliche Neutralität und Toleranz: Das Kopftuch-Urteil des BVerfG”, *JuS*, 2003, pp. 1162 y ss.

los conflictos que su uso puede provocar con otros estudiantes o sus padres, el Tribunal sostiene que corresponde al legislador “determinar o concretizar” los “límites inmanentes”²¹ de los derechos en juego: la libertad religiosa del docente, por un lado, y la libertad religiosa (negativa) de los estudiantes y el derecho de los padres sobre la educación de sus hijos, por otro lado. La sentencia enfatiza que la restricción de derechos fundamentales y la búsqueda de la concordancia o equilibrio entre derechos en colisión es función del parlamento, en cuyo seno ha de darse democráticamente el debate público sobre la “necesidad y alcance” de la eventual injerencia en un derecho. El legislador estadual competente está, pues, facultado, en uso de su prerrogativa de apreciación o valoración (*Einschätzungsprärogative*), para evaluar la adopción de la base legal que no fue hallada en el caso planteado.

La sentencia declara que el mandato de tolerancia, vinculado al reconocimiento de la dignidad humana, favorece una solución dotada de “equilibrio”, un “punto medio”, que también aprecie la importancia de poder hacer visibles las propias creencias y de conocer las ajenas, lo cual debe ser procurado por el legislador correspondiente atendiendo a las concretas tradiciones educativas, la composición confesional de la población y su grado de religiosidad, y teniendo en cuenta el principio de igualdad. La instancia legislativa competente ha de procurar un “arreglo” (*Kompromiss*) aceptable para todas las partes. En suma, se deja en manos de cada Estado federado la regulación del asunto, y la sentencia no descarta que éstos puedan adoptar normativas divergentes. Algunos Estados federados no han dictado una regulación con orientación restrictiva, lo cual es también una expresión de la libertad política y del espacio para la tolerancia que a fin de cuentas el Tribunal Constitucional Federal quiso preservar. En otras materias la jurisprudencia constitucional ha destacado igualmente la misión del legislador de procurar un equilibrio entre derechos o intereses constitucionales posiblemente contrapuestos.²²

²¹ La alusión a límites inmanentes de los derechos fundamentales es característica de las teorías internas sobre los límites de estos derechos, pero en la jurisprudencia constitucional alemana tal expresión también se ha empleado para referirse a límites aplicables a derechos consagrados en la ley fundamental sin una reserva (o remisión) para una restricción a favor del legislador, como sucede con la libertad religiosa. La inmanencia del límite no implica, sin embargo, que opere con independencia de la ley.

²² Véase, entre otras, la sentencias del *BVerfGE* 85, 386 (400 y ss.).

Todo lo anteriormente expuesto se traduce en que la actuación legislativa orientada a concretizar los límites fundados en bienes constitucionales en colisión no tiene un carácter puramente declarativo sino más bien cuasi-constitutivo.²³ La libertad del legislador no es tan amplia como la que ostenta cuando puede decidir, en uso de las reservas de ley, si es imperioso o no, a la luz de las circunstancias sociales, dictar normas con efectos restrictivos de derechos. La existencia de la colisión constitucional implica que la imposición de una restricción puede ser constitucionalmente necesaria. Pero la determinación del contenido de esta regulación se encomienda al legislador, que ha de cumplir su cometido en un proceso abierto de deliberación política de las distintas opciones normativas. Lo hasta ahora dicho también supone que es el legislador quien debe asumir primeramente esta función, sin que esto signifique descartar una intervención de los jueces ordinarios y de la justicia constitucional, como enseguida veremos.

IV. REPARTO DE FUNCIONES ENTRE LA LEGISLACIÓN Y LOS JUECES EN EL TRATAMIENTO DE LAS COLISIONES CONSTITUCIONALES

La responsabilidad primaria para la resolución de las colisiones constitucionales, tal como éstas han sido definidas, recae sobre el legislador. Al regular los distintos sectores del ordenamiento, el legislador efectúa un balance entre intereses contrapuestos que a menudo ostentan una trascendencia constitucional. No es extraño, por ejemplo, que al dictar leyes en materia económica haya que sopesar las exigencias de la libertad de empresa y las de la tutela del ambiente; que en materia penal deban ponderarse el interés en la protección de la vida u otro bien constitucional y la libertad personal; o que en la legislación laboral deben considerarse posiciones subjetivas contrarias, constitucionalmente dignas de protección. En estos supuestos y en otros análogos la ley debe configurar las correspondientes soluciones normativas, teniendo en cuenta según sea posible los bienes constitucionales contrapuestos. La regulación legislativa armonizadora de los bienes constitucionales en tensión encuentra fundamento en reservas legales generales o específicas, así como en el principio del Estado de derecho y en el principio democrático.

²³ En la misma dirección, Brage, J., *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 88, quien alude a una función constitutiva limitada.

Pero esta responsabilidad legislativa no excluye una intervención complementaria de los jueces, que en la dinámica jurídica suele ser muy importante cuantitativa y cualitativamente. Al resolver casos concretos en cumplimiento de funciones jurisdiccionales, puede ser ineludible colmar lagunas de protección detectadas en la legislación o completar, por medios que sobrepasan la mera interpretación de las leyes, las premisas normativas de la correspondiente decisión judicial. Además, en ocasiones los jueces acuden a los métodos habituales de interpretación o construcción del derecho para avalar restricciones que no se desprenden claramente de la formulación de las disposiciones legales.

En particular, una actuación de los jueces no fundada en disposiciones legales específicas que afecte algún derecho fundamental puede justificarse si va dirigida a proteger otro derecho fundamental. Los pronunciamientos judiciales que al amparar un derecho constitucional repercuten negativamente en otro derecho de igual rango suelen estar ligados a dos categorías: el efecto frente a terceros de los derechos fundamentales y los deberes de protección de estos derechos, siendo esta última la sede dogmática en la que han desembocado muchos de los problemas antes tratados bajo aquel concepto.

El efecto mediato de los derechos fundamentales entre particulares a menudo se produce por conducto de cláusulas generales y conceptos indeterminados previstos en la legislación ordinaria, generalmente en materia civil, cuya interpretación orientada por la Constitución por sí sola no implica una actividad judicial limitadora de derechos. Sin embargo, a veces los jueces, al abrigo de algunos conceptos legales indeterminados, proceden a introducir obligaciones que en parte sobrepasan la previsión legal, invocando en apoyo de su (re) interpretación el derecho fundamental en juego. Una muestra de ello en la jurisprudencia alemana es la decisión de un tribunal civil de segunda instancia, basada en el precepto que impone a los padres e hijos el deber de respeto y apoyo mutuo (artículo 1618a. del Código Civil), de acuerdo con la cual la madre de una joven nacida de una relación no matrimonial estaba obligada a proporcionar información (nombres y direcciones) sobre los hombres con los que hubiera mantenido relaciones en el plazo estimado de concepción, que permitiera a la reclamante la identificación de su padre. Este pronunciamiento se fundó en la citada norma civil y en el derecho de ésta a conocer su filiación, a la igualdad y a las pretensiones hereditarias asociadas al derecho de propiedad (artículo 2.1 en concor-

dancia con los artículos 1.1; 6.5 y 14.1 de la Ley Fundamental —LF—). En el recurso de amparo interpuesto por la madre se invocaba su derecho a la preservación de su esfera privada o íntima, conectado con su vida sexual y relaciones de pareja (artículo 2.1 en concordancia con el 1.1 de la LF), a lo que se sumaba su afirmación de no tener certeza sobre la paternidad por haber mantenido relaciones durante el tiempo de la posible concepción con varios hombres, con vida familiar ahora ya establecida, cuyos derechos también se verían afectados por la estimación de la demanda civil.

El Tribunal Constitucional Federal declaró que la decisión tomada por el tribunal civil, al leer el artículo 1618a. del Código Civil a la luz de los derechos citados, no representaba un desarrollo inadmisibles del derecho (*Rechtsfortbildung*), pero en su criterio dicho tribunal había desconocido el campo de acción que los órganos judiciales poseen al dar cumplimiento a deberes de protección de derechos fundamentales y al llevar a cabo la ponderación entre los intereses en juego. El tribunal civil había actuado como si los intereses de la hija debieran prevalecer a toda costa, con el argumento de que no cabía atribuir a ella la responsabilidad de lo ocurrido, cerrando así las puertas a una ponderación amplia y minuciosa de las circunstancias del caso. Esto condujo a la estimación del amparo y a la devolución de la causa al orden jurisdiccional civil.²⁴

Lo que importa destacar de este pronunciamiento, dejando de lado la cuestión concreta debatida y el desenlace del caso,²⁵ es que con base en un precepto legal indeterminado se llegaron a establecer obligaciones que no tenían un claro soporte en el texto de la legislación civil, lo que revela el papel que los jueces pueden desempeñar al colmar lagunas de protección observadas en la legislación. Tales obligaciones, fruto en buena medida del desarrollo judicial del derecho al cual la sentencia alude, que afectaban la posición subjetiva de la madre, provenían de la determinación de un tribunal, y no principalmente de la ley. La sentencia de amparo es consciente de ello e invoca el criterio reiterado del Tribunal en la materia, según el cual la configuración de los deberes de protección de derechos compete al legislador, sin que deba rechazarse una intervención judicial ponderativa “a falta

²⁴ *BVerfGE*, 96, 56.

²⁵ La sentencia civil ordinaria que después confirmó la obligación de la madre de proporcionar la información arriba indicada no pudo ser finalmente ejecutada, pues ella se negaba a suministrarla y no fue considerado lícito acudir al procedimiento de ejecución forzosa por medio de multa u otras medidas coercitivas; decisión del tribunal estatal de Münster del 29 de julio de 1999; *NJW*, 1999, p. 3787.

de una decisión del legislador por medio del desarrollo del derecho o de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados”.²⁶

En virtud de la reserva legal, el pronunciamiento judicial que incida negativamente en derechos constitucionales ha de poder invocar la ley como su fundamento, aunque no necesariamente en términos literales, pues aquélla en principio no excluye la tarea interpretativa o constructiva de los jueces. Las leyes pueden tratar genéricamente una materia y no abordar específicamente supuestos de colisión que surgen con motivo de su aplicación, ante los cuales el juez no puede cerrar los ojos, pues está en el deber de decidir el caso planteado conforme a derecho, lo que comprende a las exigencias dimanantes de los bienes constitucionales implicados.

La doctrina tiende a enfatizar la necesaria observancia de la reserva legal respecto de las injerencias en derechos fundamentales fundadas en la preservación de otro derecho,²⁷ pero tampoco descarta una actuación judicial directa, para algunos limitada a situaciones extremas o de urgencia. En relación con los efectos de los derechos fundamentales entre particulares, algunos estiman que si las normas legales o las cláusulas generales o conceptos indeterminados de la legislación son insuficientes para transportar las exigencias de estos derechos, cabe una aplicación inmediata de los requerimientos constitucionales, sobre todo cuando se trata de hacerlos valer contra el ejercicio del “poder económico o social”,²⁸ es decir, en relaciones de desequilibrio o sujeción. Esto, aunado a los criterios jurisprudenciales esbozados, demuestra que no es despreciable el espacio en que los jueces pueden condicionar el ejercicio de los derechos sin una base legal específica. Ha sido precisamente el riesgo de debilitamiento de la reserva legal que generaría la expansión de los deberes de protección y del efecto entre particulares de los derechos fundamentales, lo que sirve de apoyo a las opiniones más cautelosas.²⁹ Sin embargo, conviene subrayar que tales intervenciones judiciales se circunscriben a casos concretos cuya resolución haga ineludible la apelación a los parámetros constitucionales.

La ponderación judicial entre derechos en conflicto es, pues, un procedimiento que puede generar, no sólo en relación con los deberes de protec-

²⁶ Cfr., entre otros pronunciamientos, *BVerfGE*, 96, 56 (64); 84, 212 (226-227).

²⁷ Sachs, *Grundgesetz*, München, Beck, 2003, pp. 44, 45, 73 y 74.

²⁸ Hesse, Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 1993, p. 151.

²⁹ Böckenförde, *Escritos...*, cit., nota 14, pp. 104 y ss.

ción o la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, sino en constelaciones diversas, criterios condicionantes del ejercicio o disfrute de derechos. Si se produce una colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor, contextualizada en un proceso penal incoado contra la persona que difundió ciertas informaciones, los jueces suelen emplear criterios de solución no previstos en la ley, como la importancia de determinar la relevancia de la noticia para la formación de la opinión pública en una democracia, la condición pública o privada del afectado y la magnitud de la repercusión de la información en el derecho al honor, entre otros, lo cual, sobre todo cuando la decisión es ratificada en las más altas instancias judiciales y acogida por la jurisdicción constitucional, posee un efecto limitativo (del derecho al honor) similar al que cumplirían disposiciones legales correlativas o normas penales relacionadas con los delitos de injuria o difamación que hicieran explícitas estas exigencias dimanantes de la libertad de expresión.

En síntesis, los jueces deben atenerse en primer término a lo dispuesto en la ley al decidir casos que presupongan colisiones entre bienes constitucionales y han de guiarse por las pautas o criterios de armonización que legalmente se hayan establecidos. Pero si la solución legislativa es insuficiente, bien por incurrir en una omisión absoluta, bien por no proporcionar todos los elementos que permitan resolver el caso concreto en un modo cónsono con los bienes constitucionales en conflicto, los jueces pueden contribuir a colmar la deficiencia legislativa. En ocasiones la actuación jurisdiccional adoptará una faceta correctiva, ya que si la solución ofrecida por la ley resulta incompatible con la Constitución, ésta ha de prevalecer, lo cual ha de desembocar en mecanismos de control de la constitucionalidad que aseguren la vigencia de la norma suprema. El carácter *complementario* de la actuación del juez estriba no propiamente en que éste sustituya o supla al legislador, pues cada uno permanece en sus respectivos ámbitos de competencia, sino en la cooperación judicial para que el conflicto surgido sea dirimido conforme a derecho. La configuración normativa, es decir, la búsqueda de esquemas generales de convivencia entre los bienes implicados en la tensión normativa, sigue siendo una función legislativa.

Conviene, sin embargo, apuntar que, al apartarse de los términos legalmente fijados para atender casos que envuelvan colisiones constitucionales, los jueces deben haber verificado que tal marco normativo no es respetuoso de los bienes enfrentados o de alguno de éstos. No han de exigir que

la ley recoja la mejor solución, la que asegure el mayor acoplamiento entre los mismos. La habitual alusión a la optimización de los bienes contrapuestos como fórmula para solventar las colisiones no debe conducir a equívocos, como enseguida explicaremos.

V. ALGUNOS CRITERIOS PARA LA RESOLUCIÓN DE COLISIONES CONSTITUCIONALES

En forma necesariamente sucinta, se examinarán dos de los principales criterios usualmente invocados para resolver colisiones constitucionales, los cuales son expresión de una misma idea: cada uno de los bienes constitucionales enfrentados ha de ser considerado tan ampliamente como sea posible al resolver la colisión, teniendo en cuenta las circunstancias particulares en que ésta se produce. Se pondrán de relieve los aspectos problemáticos que comportan, con la brevedad impuesta por los límites de extensión de este trabajo. Nos limitaremos a enunciar pautas útiles para el tratamiento de las colisiones en sentido estricto, es decir, de las surgidas en la fase de aplicación judicial del derecho.

1. *Evitar una simple ponderación abstracta de bienes*

La ponderación, como método para la solución de colisiones constitucionales o, en general, para determinar cuál interés jurídico debe prevalecer frente a otro que se le opone, ha estado en el centro de una larga discusión doctrinal aún no cerrada.³⁰ La ausencia de referencias constitucionales textuales para los criterios que orientan la ponderación ha motivado que ésta haya sido calificada como el talón de Aquiles de la problemática ínsita a tales colisiones.³¹ Sería aventurado resumir —más aún intentar dilucidar— esta controversia en estas cortas líneas. Baste con señalar que las más serias críticas contra la ponderación como procedimiento que permita resolver racionalmente y con sujeción a la Constitución las colisiones cons-

³⁰ Véase, recientemente, entre las posturas escépticas, Lenz, S., *Vorbehaltlose Freiheitsrechte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 205 y ss.; entre las posiciones defensoras de la racionalidad de la ponderación, Bernal, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 159 y ss.

³¹ Stern, *op. cit.*, nota 4, p. 650.

titucionales, se ven atenuadas cuando se evita una ponderación abstracta de bienes.

Si la Constitución coloca en un mismo rango un conjunto de bienes o intereses jurídicos el intérprete debe en principio tratarlos como tal, por lo que el punto de partida para el análisis es el igual valor de los bienes constitucionalmente amparados. No ha de seguirse, por tanto, la vía rápida pero expuesta al error de solventar la colisión mediante la identificación, en abstracto, del bien que ostente un valor más alto. En contra de tal aproximación milita la ausencia de una determinación constitucional general sobre la jerarquización de los bienes o valores que la Constitución protege, así como la enorme dificultad, cuando no imposibilidad, de establecerla interpretativamente. La Constitución puede aportar datos sobre la primacía de algunos, como ocurre cuando ciertas normas son sustraídas de los procedimientos ordinarios de revisión constitucional, pero de aquí no se colige una ordenación general de las normas constitucionales. Pero la razón más decisiva en contra de aquel intento reside en la propia naturaleza de la colisión planteada ante el juez. A los jueces no se les pide que digan cuál de los bienes contrapuestos es más importante, sino que resuelvan un caso teniendo en cuenta las circunstancias que lo dotan de sentido.

Una vez que el juez ha precisado las normas constitucionales en conflicto, debe confrontarlas con los hechos relevantes del caso concreto, para luego decidir cuál ha de tener preferencia en las circunstancias dadas. Esta preferencia circunstancial ha sido calificada como *precedencia condicionada*, porque no es general o absoluta, sino dependiente de que se den hechos sustancialmente iguales a los considerados originalmente.³² Esta primacía relativa también ha sido descrita como una *jerarquía móvil*, pues no es estable o definitiva sino cambiante en función de los hechos nuevos que se presenten.³³

Lo dicho no implica que el valor abstracto de los bienes en conflicto no deba jugar ningún papel en la ponderación. Al contrario, es otro de los elementos que ha de ponerse en la balanza,³⁴ pero el mismo ha de ser pesado con arreglo a las circunstancias del caso. En la balanza judicial no se incorpora el peso apriorístico de la vida, o de la libertad de expresión, sino aquel que resulte de la modalidad y magnitud de su afectación en el caso concreto.

³² Alexy, *Teoría...*, *cit.*, nota 2, pp. 87 y ss.

³³ Guastini, *op. cit.*, nota 5, p. 145.

³⁴ Alexy, "Epilogo...", *cit.*, nota 2, p. 38.

Desde la óptica de la libertad de expresión, la significación de la difusión de mensajes comerciales o de entretenimiento no es igual a la de la manifestación del discurso político orientado a controlar la gestión gubernamental. Incluso en relación con el derecho a la vida, que pareciera excluir por definición cualquier diferenciación interna, la jurisprudencia dictada en materia de interrupción voluntaria del embarazo presupone distintos niveles de protección.³⁵

2. Procurar la concordancia práctica y la optimización de los bienes en colisión

Desde su formulación por Hesse,³⁶ el principio de la concordancia práctica, inspirado a su vez en aportes del Tribunal Constitucional Federal alemán, ha alcanzado gran repercusión en la jurisprudencia y en la doctrina alemana y comparada. La virtud fundamental del principio ha residido en su aptitud para desarrollar una forma de composición de las colisiones que reduzca los riesgos de la ponderación abstracta de valores y obligue a atender a las circunstancias y los puntos específicos de tensión en que surge el conflicto constitucional. El eje en torno al cual ha de girar la resolución del conflicto reside en los hechos concretos que lo han desencadenado, aunados a los bienes constitucionales involucrados, apreciados en la medida en que son interpelados por esos mismos hechos.

Al ponderar los bienes enfrentados debe visualizarse además el contexto en que éstos entran en conflicto. Así, el nivel de seguridad requerido en un establecimiento carcelario y la extensión e intensidad de los controles empleados para procurarlo son más elevados o amplios que los imperantes en una escuela, en un parque o en las calles de una ciudad, siendo posible establecer ulteriores diferenciaciones en función de las situaciones concretas.

Un caso ilustrativo de la aplicación de la concordancia práctica es la sentencia del Tribunal Constitucional Federal relativa a la posible limitación de la información sobre actos delictivos cometidos con mucha antelación a la difusión del mensaje, en atención a la injustificada repercusión de aquélla en el derecho general de la personalidad del condenado (*caso Lebach*).³⁷ La transmisión televisiva de un documental sobre el origen, la comisión y

³⁵ BVerfGE 39, 1; 88, 203.

³⁶ *Op. cit.*, nota 28, pp. 27 y 134.

³⁷ BVerfGE, 35, 202.

la persecución de un grave hecho delictivo perpetrado tiempo atrás fue considerada contraria al principio de proporcionalidad, porque la falta de actualidad de la información restaba fundamento a la severa injerencia en los derechos del condenado, que adquiriría particular intensidad por la afectación del interés en la reinserción social del autor del delito, quien estaba claramente identificado en dicha representación periodística. A juicio del Tribunal no existía un interés superior ligado a la formación de la opinión pública que justificase una injerencia de tal magnitud en el derecho general de la personalidad. Como un reflejo del principio señalado se mencionó la práctica informativa de omitir datos o imágenes identificatorias de menores involucrados en actos ilícitos o de los posibles autores de hechos delictivos leves.

Dejando de lado otros aspectos de la sentencia, importa destacar que el conflicto no se resolvió apelando simplemente a la importancia de la libertad de expresión e información en una sociedad democrática, sino sopesando *in concreto* la magnitud de la afectación del derecho general de la personalidad, por un lado, y de la libertad de expresión e información, por el otro. La referencia a la omisión de información identificatoria del autor del hecho punible en ciertos supuestos, como una manifestación de la proporcionalidad, es también reveladora de la posibilidad de hallar soluciones intermedias entre los derechos en conflicto, pues en principio se declara lícita la difusión de la información, pero se admite la fijación de ciertas restricciones.

El caso reseñado es expresivo de la significación que en esta materia ostenta el principio de la proporcionalidad.³⁸ Ninguno de los bienes en colisión debe ser sacrificado más allá de lo requerido para la satisfacción del otro. De ahí que la búsqueda de la concordancia o entendimiento entre aquéllos supone procurar una relación de *proporcionalidad recíproca* entre los mismos.

En íntima conexión con esta idea se encuentra el requerimiento de *optimizar* los bienes en conflicto, que frecuentemente es equiparado a la exigencia de proporcionalidad,³⁹ aunque algunos autores defienden su especi-

³⁸ En relación con el principio de proporcionalidad, véase Bernal, C., *op. cit.*, nota 30; Clérico, L., *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2000.

³⁹ Así, para Alexy el carácter de principios de los derechos fundamentales y los mandatos de optimización que en consecuencia comportan son una consecuencia, precisamente, de la significación normativa del principio de proporcionalidad; *Teoría...*, *cit.*, nota 2, pp.

ficidad frente a ésta. El criterio principal de distinción radicaría en que ésta quedaría satisfecha si el bien afectado no es sometido a medidas desproporcionadas, mientras que el primero iría más allá, al reclamar una realización plena, o sea, el alcance de un punto óptimo.⁴⁰ Conviene, pues, aclarar el sentido que se atribuye a la optimización asociada a la concordancia práctica.

La optimización puede ser entendida como el mandato de realizar el bien constitucional tan ampliamente como sea posible. No se trata de un mandato de realización total o incondicionada, sino de una exigencia sujeta a los límites de la realidad y de la convivencia con otros bienes de igual rango. No implica la imposición unilateral de un valor que avasalla a los demás, sino la justa ponderación de la significación de cada uno. Cada uno de ellos debe ser sometido, según la reiterada declaración jurisprudencial, a una optimización orientada a lograr el equilibrio o acuerdo entre tales bienes.⁴¹ La solución justa o adecuada al conflicto no es la que asegure a ambos la completa realización efectiva en el caso concreto, pues normalmente uno cederá total o parcialmente ante el otro, a la luz de los hechos particulares, sino la que sea fruto de la consideración más amplia posible de cada bien.

Es preciso observar que la exigencia de optimización no debe conducir a nivelar todas las normas o bienes constitucionales ni a suprimir las diferencias en la estructura normativa que puedan observarse. La optimización reclama la cabal atención del bien o norma constitucional tal y como éste se presenta; no pretende alterar su naturaleza sino llevar la que se posea a la mayor proyección posible. Dicha exigencia tampoco debe traducirse en un allanamiento de las diferencias en el reparto de las funciones entre los poderes públicos; en especial, aquélla no faculta a los jueces para examinar, en el contexto de una colisión que haya sido objeto de tratamiento legislativo, si la solución legal es la mejor o la más razonable o adecuada a la luz de alguno de ellos o de ambos.

Esta advertencia adquiere especial relevancia en relación con las normas constitucionales que reconocen bienes colectivos. La necesidad de optimi-

111 y ss. La opinión de Hesse en relación con la concordancia práctica apunta en igual dirección; *op. cit.*, nota 28, pp. 27 y 134.

⁴⁰ Jakobs, M., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, München, Heymanns, 1985, pp. 83 y ss.

⁴¹ *Cfr.*, entre otras, *BVerfGE*, 81, 278, pp. 292 y ss.

zar bienes colectivos constitucionalizados que entren en colisión con derechos fundamentales se sustenta, en primer término, en el rango constitucional de los bienes enfrentados y en el principio de unidad de la Constitución. Si no es posible solventar por vía interpretativa la discrepancia entre dos normas constitucionales ha de acudirse a la concordancia práctica, en virtud de la cual, como se indicó, ha de procurarse un equilibrio entre los intereses contrapuestos igualmente merecedores de protección constitucional. Pero la búsqueda de esta optimización no debe conducir a sobredimensionar los bienes colectivos ni a perder de vista el punto de partida favorable a los derechos que el Estado constitucional normalmente presupone. A falta de razones convincentes para la restricción de un derecho, la cual debe tener basamento en la ley, éste ha de ejercerse a plenitud, porque sobre el Estado recae la carga de la argumentación sobre la justificación de una restricción. El control judicial sobre leyes limitativas de derechos, atacadas por desproporcionadas, es más estricto que el que puede ejercerse sobre leyes objetadas por la insuficiencia de la garantía ofrecida a un bien colectivo, lo cual se explica no sólo por la diferencia estructural del ámbito de elección del poder público en uno u otro caso, sino también por esa opción constitucional básica a favor de la libertad.

El reconocimiento de un bien colectivo en la Constitución es, por otro lado, una tarea que no debe tomarse a la ligera. Especialmente si se trata de admitir que puedan brindar respaldo a limitaciones de derechos fundamentales consagrados sin reserva de restricción legal, objeto de una larga discusión dogmática en el ordenamiento alemán. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal no ha sido siempre cautelosa al efectuar tal reconocimiento, aunque ha sabido introducir ajustes tras las críticas recibidas. No sería pertinente examinar aquí la evolución jurisprudencial sobre este tema; lo que ahora interesa es poner de relieve la tendencia a considerar que sólo excepcionalmente cabe aceptar la virtualidad limitativa de disposiciones que proclaman principios constitucionales estructurales (como los que definen a un Estado como democrático, social o de derecho) y que se niega tal aptitud a las normas que simplemente establecen las competencias de un determinado nivel político-territorial de gobierno (la Federación, por ejemplo), a menos que algunas de esas normas incluyan un contenido adicional al reparto competencial que suponen, con relevancia o intencionalidad (objetiva) limitativa de derechos, cuya concretización incumbe al legislador.

Adicionalmente, al determinar las implicaciones jurídicas del precepto constitucional que recoge un bien o interés colectivo han de tenerse en cuenta sus concretos rasgos normativos, especialmente al momento de ejercer el control de constitucionalidad sobre las disposiciones legales restrictivas de derechos. Así, cuando tal precepto enuncia una determinación de un fin del Estado, no ha de perderse de vista que éstos dejan a las autoridades amplias posibilidades de elección. Esta clase de normas fijan a los poderes públicos objetivos que deben perseguir en su actuación, dejando en sus manos, en principio, la escogencia de los medios para alcanzarlos y la concretización del fin genéricamente enunciado, gozando el legislador de una significativa libertad de configuración normativa. Tales determinaciones no son simples normas programáticas, pues poseen fuerza jurídica inmediata, de manera que la aprobación de leyes que los ignoren o la derogación de las que los promuevan, generará problemas de constitucionalidad, pero la orientación del control judicial no es comprobar si las medidas adoptadas efectivamente propenden a la realización plena del fin público, sino verificar un grado suficiente o básico de observancia. Entre el umbral de la intervención estatal —en un derecho proporcionada pero moderadamente efectiva en la consecución del fin— y el punto más alto de aquellas que siendo también proporcionadas lo realicen con mayor intensidad hay un extenso campo de acción para el legislador.

En relación con otras normas consagratorias de bienes colectivos, ha de atenderse igualmente a su particular textura y contenido normativos y ha de quedar a salvo la facultad legislativa de escogencia de los medios que, no siendo desproporcionados respecto del derecho que haya sido limitado por el legislador, contribuyan a la consecución del correspondiente interés público, a menos que sólo uno esté a su alcance por razones fácticas o normativas. La jurisdicción constitucional ha de observar parámetros de control que no cercenen este espacio para la configuración legislativa. En otras palabras, el campo de acción estructural y cognitivo del legislador debe ser preservado.⁴²

⁴² Sobre el campo de acción estructural y cognitivo del legislador, véase, Alexy, “Epílogo...”, *cit.*, nota 2, pp. 23 y ss.