



103

El neoconstitucionalismo en América Latina: una perspectiva teórica

Miguel Carbonell

DERECHO CONSTITUCIONAL

Diciembre de 2007

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por el autor, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éste. D. R. © 2007, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F. ❖ Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-7463/64 exts. 703 o 704, fax 5665-3442.

CONTENIDO

I. Introducción.....	1
II. Textos constitucionales	1
III. Prácticas jurisprudenciales.....	2
IV. Desarrollos teóricos	3
V. ¿Qué hay de nuevo en el neoconstitucionalismo?	4
VI. Neoconstitucionalismo y constitucionalización del ordenamiento jurídico	5
VII. La Constitución en América Latina.....	8

I. INTRODUCCIÓN

El neoconstitucionalismo, entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica italiana y española, así como en diversos países de América Latina (particularmente en los grandes focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia y México). Con todo, se trata de un fenómeno escasamente estudiado, cuya cabal comprensión seguramente tomará todavía algunos años.

No son pocos los autores que se preguntan si en realidad hay algo nuevo en el neoconstitucionalismo o si más bien se trata de una etiqueta vacía, que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de otra manera.¹

Creo que, como explicación de conjunto que intenta dar cuenta de una serie compleja de fenómenos, el neoconstitucionalismo sí supone alguna novedad dentro de la teoría y de la práctica del Estado constitucional de derecho.

¿Qué se engloba bajo el paraguas más o menos amplio del neoconstitucionalismo? O mejor dicho: ¿de qué hablamos cuando hablamos de neoconstitucionalismo?² Hay al menos tres distintos niveles de análisis que conviene considerar.

II. TEXTOS CONSTITUCIONALES

El neoconstitucionalismo pretende explicar a un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años 70 del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, muy renovado, sobre

Diferentes aspectos de este ensayo fueron presentados y discutidos a lo largo del mes de noviembre de 2007 en el *II Congreso Internacional Derecho y Sociedad en el Estado Constitucional*, organizado por la Universidad de Manizales, Colombia; en el *X Congresso Brasileiro de Direito Constitucional*, celebrado en Brasilia, Brasil y en el *II Congresso Internacional de Direitos Sociais*, que tuvo lugar en Río de Janeiro, Brasil. Agradezco a los organizadores sus generosas invitaciones para participar en dichas reuniones académicas y a mis colegas colombianos y brasileños por sus observaciones, comentarios y sugerencias. En particular quiero agradecer a Rodolfo Arango, Leonardo García Jaramillo, Luis Roberto Barroso, Daniel Sarmiento e Ingo W. Sarlet que hayan compartido conmigo sus dudas y sus convicciones sobre el neoconstitucionalismo. Además del material utilizado en las conferencias mencionadas, he retomado también algunos de los párrafos que figuran en la presentación del libro *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 9-12.

¹ Ver al respecto el debate sostenido entre Luis Prieto Sanchís, Juan Antonio García Amado y Carlos Bernal Pulido en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 213 y siguientes.

² Para una primera aproximación a este problema puede verse Comanducci, Paolo, “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico” en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª edición, Madrid, Trotta, 2006, pp. 75 y siguientes. También es de gran utilidad en completo estudio de Ribeiro Moreira, Eduardo, *Neoconstitucionalismo. A invasao de Constitucao*, Sao Paulo, Editora Método, 2007.

todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos.

Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.

III. PRÁCTICAS JURISPRUDENCIALES

En parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo.³ Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *drittwirkung*), el principio *pro personae*, etcétera.

Además, los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con “valores” que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos.⁴ Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del Poder Constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre del propio juzgador. A partir de tales necesidades se generan y recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener.⁵

En el paradigma neoconstitucional los jueces cobran gran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes a través de mecanismos jurisdiccionales.⁶ Del mismo modo que la Constitución del neoconstitucionalismo es una Constitución “invasora” o “entrometida” (según la correcta observación de Riccardo Guastini), también la tarea judicial tiene que ver con muchos aspectos de la vida social. El neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente.

La mayor presencia de los jueces se ha correspondido históricamente en muchos países que han llevado a cabo transiciones a la democracia, con periodos en los que se ha privilegiado el imperio de la ley por encima de los arreglos político-partidistas.

³ Un buen panorama de la tarea que actualmente debe desempeñar el juez se encuentra en Barak, Aharon, *The judge in a democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006; también es interesante para el mismo propósito, aunque lo aborda con una perspectiva más amplia, Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Madrid, Civitas, 2005.

⁴ Gustavo Zagrebelsky se ha encargado de ilustrar esta dificultad en *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 7ª edición, Madrid, Trotta, 2007, pp. 93 y siguientes.

⁵ Sobre la forma en que el juez alcanza en la actualidad una posición institucional *constitucionalmente correcta* pueden verse las reflexiones de Andrés Ibáñez, Perfecto, “El juez” en Díez Picazo, Luis María (editor), *El oficio de jurista*, Madrid, Siglo XXI, 2006, pp. 149-169, y especialmente páginas 152-155 en las que explica el modelo de juez dentro de “la alternativa neoconstitucional”.

⁶ Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, México, CNDH, 2006, pp. 29 y siguientes.

En un número importante de países que han logrado avanzar en procesos de consolidación democrática, se han creado tribunales constitucionales que han actuado sirviendo de árbitros entre las partes en liza, a la vez que dejaban claro para todos los actores que los derechos de los ciudadanos no podían ser objeto de ninguna clase de regateo político ni estaban a la libre disposición de los partidos con representación parlamentaria.⁷

La actuación del Tribunal Constitucional Federal alemán al ordenar tempranamente en la década de los 50 la disolución de los partidos neonazis, el trabajo de la *Corte Costituzionale* italiana para hacer exigibles los derechos sociales previstos en la Constitución de ese país, las sentencias del Tribunal Constitucional español para ir delimitando el modelo de distribución territorial de poder entre el Estado central y las comunidades autónomas, son casos que nos ilustran sobre el papel central que tienen los jueces constitucionales dentro de la consolidación democrática.

También en América Latina tenemos ejemplos de jurisdicciones que han estado a la altura de los tiempos que les ha tocado vivir. Son célebres las resoluciones de la Corte Constitucional colombiana al conocer de procesos de acción de tutela por medio de las cuales se mandaron poner drenaje en barrios marginales o través de las que se aseguraba una correcta impartición de justicia dentro de las comunidades indígenas de ese país. También la Sala Constitucional de Costa Rica tiene en su haber varios precedentes que han demostrado la pertinencia de los jueces constitucionales. Los jueces brasileños han logrado salvar vidas ordenando la entrega de medicamentos esenciales para personas sin recursos económicos. En Guatemala el Tribunal Constitucional paró un golpe de Estado que pretendió dar el entonces presidente Jorge Serrano Elías en 1993.⁸

Lo anterior no es obstáculo para reconocer, sin embargo, que en América Latina se ha tomado conciencia de forma tardía de la importancia de contar con un sistema judicial que tenga las condiciones necesarias para poder procesar de forma competente y oportuna los conflictos sociales. Es solamente a partir de la década de los 90, dentro de lo que se ha llamado “la segunda generación” de reformas del Estado, que en muchos de los países del subcontinente se han emprendido profundos cambios en la función judicial y que los propios jueces han comenzado a entender su papel dentro del paradigma neoconstitucional.

IV. DESARROLLOS TEÓRICOS

Un tercer eslabón dentro del conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo consiste en desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial recién enunciada, pero también suponen aportaciones de frontera que contribuyen en ocasiones no solamente a explicar un fenómeno jurí-

⁷ Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces constitucionales” en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, cit., pp. 91-104.

⁸ Sobre el tema se puede consultar la emotiva narración de los hechos realizada por uno de sus protagonistas en el trabajo de Jorge Mario García Laguardia, “Justicia constitucional y defensa de la democracia. El golpe de estado en Guatemala en 1993”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, número 2, México, enero-junio de 2000, pp. 3-21.

dico, sino incluso a crearlo.⁹ Tiene razón Luigi Ferrajoli cuando señala que la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de meta-garantía del ordenamiento jurídico en su conjunto.

La ciencia jurídica, nos dice Ferrajoli, puede concebirse hoy en día como “una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto”.¹⁰ No es difícil imaginar las muchas posibilidades e implicaciones que derivan de este tipo de postulados.

Aportaciones como las que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luis Roberto Barroso, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís o el mismo Luigi Ferrajoli han servido no solamente para comprender las nuevas constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas. De entre los muchos ejemplos que se podrían poner basta citar la enorme influencia de la teoría de los principios y de la técnica de la ponderación de Robert Alexy en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia (que, por cierto, ha desarrollado la mejor jurisprudencia en materia de derechos fundamentales de toda América Latina). Muchas sentencias de la Suprema Corte de México se han basado de forma explícita o encubierta en los textos de Luigi Ferrajoli y lo mismo acontece en varias resoluciones de los jueces argentinos. Gustavo Zagrebelsky ha tenido la oportunidad de hacer aportaciones teóricas de la mayor altura, pero además ha podido ponerlas en práctica en su desempeño como magistrado de la Corte Costituzionale italiana. Y así sucesivamente.

V. ¿QUÉ HAY DE NUEVO EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO?

No faltará quien diga que ninguno de esos tres elementos es, en rigor, novedoso y que no hacía falta inventar una nueva etiqueta para identificarlos, pues ya estaban bien analizados bajo las coordenadas teóricas tradicionales del positivismo de la primera mitad del siglo XX. Quizá tengan razón quienes así opinan, pero sigo creyendo que la novedad está en el conjunto: quizá no tanto no en uno de los tres elementos si los tomamos por separado, pero sí cuando los ponemos en común, compartiendo coordenadas de tiempo y espacio muy parecidas.

Es obvio que ya existían textos con mandatos constitucionales sustantivos desde principios del siglo XX (por ejemplo la Constitución mexicana de 1917 o la alemana de la Weimar de 1919). También es verdad que las prácticas jurisprudenciales anteriores a la Segunda Guerra Mundial habían desplegado ciertas dosis de activismo judicial que se parecen a las que actualmente observamos en países con incipientes tradiciones neoconstitucionalistas.¹¹ Probablemente se pueden rastrear postulados neopositivistas desde los años 30 del siglo XX.

⁹ Cfr. García Figueroa, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos del neoconstitucionalismo” en Carbonell Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 159 y siguientes.

¹⁰ *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª edición, Madrid, Trotta, 2006, p. 33.

¹¹ Lo había hecho ya la Suprema Corte de los Estados Unidos en muchas de sus sentencias más relevantes. Por ejemplo en la más importante de todas, *Marbury versus Madison* (1803) donde nada menos que “descubre” –por llamarlo de alguna forma– el control de constitucionalidad de las leyes. Lo mismo puede decirse de decisiones activistas en sentido conservador, como lo fueron en su momento *Dred Scott versus Sanford* (1857), sobre la constitu-

Son elementos que sin duda alguna se encuentran en la raíz histórica y política del neoconstitucionalismo; pero lo que resulta interesante del cuadro neoconstitucional que tenemos a la vista en los primeros años del siglo XXI es el conjunto, la combinación de los tres elementos que he mencionado. Y todavía más que eso: lo novedosos son sus efectos, es decir, la observación del Estado constitucional de derecho *en funcionamiento*. En el campo de la práctica son muchas las cuestiones que han cambiado en los últimos 50 años, no todas para bien dicho sea de paso. Muchas de ellas podrían ser explicadas también con las herramientas analíticas que nos proporciona el neoconstitucionalismo.

VI. NEOCONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Al margen del debate que se ha intentado explicar en las páginas anteriores, lo cierto es que es difícil observar que, en la práctica, los ordenamientos jurídicos contemporáneos han sido modificados por una serie de cambios que guardan cierta relación con un fenómeno que ha sido denominado como “constitucionalización del ordenamiento jurídico”. De acuerdo con Riccardo Guastini, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” podemos entender “un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”.¹² Dicha constitucionalización no es un proceso bipolar (verdadero o falso), sino que se puede ir dando conforme cada ordenamiento vaya reuniendo algunas características.¹³

Siguiendo al propio Guastini, las condiciones que son necesarias para poder decir que un determinado ordenamiento jurídico está “constitucionalizado”, son las siguientes:

A) Una Constitución rígida. El propio Guastini apunta sobre este rasgo que la constitucionalización será más acentuada en aquellos ordenamientos en los que existan principios (tanto expresamente formulados como implícitos) que no puedan ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional.¹⁴ En otras palabras, a una Constitución más rígida corresponde un mayor efecto de “constitucionalización” de todo el ordenamiento.

B) La garantía jurisdiccional de la Constitución. Dicha garantía permite hacer de la rigidez algo más que un simple postulado de buenas intenciones. La rigidez, para ser tal, debe poder imponerse frente a las leyes y al resto del ordenamiento jurídico. Los modelos para llevar a cabo el control de constitucionalidad son muy variados y pueden analizarse a la vista de su mayor o

cionalidad de la esclavitud o *Plessy versus Ferguson* (1896), sobre la segregación racial en los trenes y en los demás servicios públicos.

¹² *Estudios de teoría constitucional*, 3ª edición, México, IJ-UNAM, Fontamara, 2007, p. 153.

¹³ *Idem*, p. 154.

¹⁴ *Idem*, p. 155.

menor efectividad. Guastini distingue el modelo americano del modelo francés y del modelo continental europeo (Italia, España, Alemania, etcétera).¹⁵

C) La fuerza vinculante de la Constitución. Este punto se concreta a través de la idea de que las normas constitucionales (*todas*, con independencia de su estructura y de su contenido) son plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios. Tradicionalmente, no se consideraban como vinculantes las normas programáticas (entre ellas la doctrina tradicional solía ubicar las relativas a los derechos sociales) o los principios.¹⁶ El proceso de constitucionalización supone dotar de contenido normativo a todas las disposiciones contenidas en la carta fundamental; desde luego, su fuerza normativa dependerá en mucho de la forma en que estén redactadas, de los alcances interpretativos que les haya dado la jurisdicción constitucional y de los ejercicios analíticos que hagan los teóricos, pero de lo que no debe quedar duda es que las normas constitucionales son, ante todo y sobre todo, normas jurídicas aplicables y vinculantes, y no simples programas de acción política o catálogos de recomendaciones a los poderes públicos.

D) La “sobreinterpretación” de la Constitución. Dicha sobreinterpretación se produce cuando los intérpretes constitucionales (que son tanto los encargados de desempeñar la jurisdicción constitucional como los jueces ordinarios, los demás órganos del Estado y los juristas en general)¹⁷ no se limitan a llevar a cabo una interpretación literal de la Constitución, sino que adoptan una interpretación extensiva, utilizando cuando sea posible el argumento *a simili*. A través de este tipo de interpretación, a la que se refiere también Guastini en otros de sus trabajos,¹⁸ se pueden extraer del texto constitucional innumerables normas implícitas, idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política, y por ende, idóneas también para condicionar de forma muy incisiva el contenido de una parte del ordenamiento jurídico.¹⁹ “Cuando la Constitución es sobreinterpretada (apunta Guastini) no quedan espacios vacíos de —o sea, “libres” del derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aún, minuciosamente regulada) por una u otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional”.²⁰

La influencia del derecho constitucional se extiende, desde esta perspectiva, tanto a su objeto tradicional de regulación que son los poderes públicos, sus competencias y sus relaciones con los particulares, como a las diversas ramas del derecho privado, que también se ven condicionadas por los mandatos constitucionales, entre los cuales destacan —por la magnitud de su impacto sobre el derecho privado— las normas constitucionales que establecen los derechos fundamentales;²¹ como apunta Konrad Hesse, “Los derechos fundamentales influyen en todo el Derecho... no sólo cuando tiene por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también cuando regula las relaciones jurídicas entre los particulares. En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el Derecho,

¹⁵ *Idem*, pp. 155-157.

¹⁶ *Idem*, pp. 157-158.

¹⁷ Sobre este punto véase el clásico trabajo de Peter Häberle, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” en el libro del mismo autor, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, IVAP, 1996.

¹⁸ Ver por ejemplo sus *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5ª edición, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2003.

¹⁹ Ribeiro Moreira, Eduardo, *Neoconstitucionalismo. A invasao de Constitucao*, cit., pp. 81 y siguientes.

²⁰ *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 159-160.

²¹ Pereira de Souza Neto, Cláudio y Sarmento, Daniel (coordinadores), *A constitucionalizacao do direito. Fundamentos teóricos e aplicacoes específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2007.

todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales”.²²

E) La aplicación directa de las normas constitucionales. Esta quinta condición para la constitucionalización del ordenamiento jurídico tiene que ver con dos cuestiones: a) el entendimiento de que la Constitución rige también a las relaciones entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos;²³ y b) que todos los jueces pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o normas de principio.²⁴ Estos dos aspectos no se encontraban en el constitucionalismo clásico, pero se han ido conquistando de forma paulatina en los años recientes tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucionales.²⁵

F) La interpretación conforme de las leyes. Guastini apunta que esta condición no tiene que ver con la interpretación de la Constitución, sino con la interpretación de la ley.²⁶ La interpretación conforme se da cuando, al tener la posibilidad un juez de aplicar a un caso concreto la interpretación X1 de una ley o la interpretación X2, opta por la que sea más favorable para cumplir de mejor forma (de manera más completa) con algún mandato constitucional. Desde luego, la interpretación conforme también significa que, ante una interpretación de la ley que vulnera el texto constitucional u otra interpretación de la misma ley que no lo vulnera, el juez prefiere ésta última.²⁷

G) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. La última de las condiciones de constitucionalización del ordenamiento a las que se refiere Guastini consiste en una pluralidad de elementos entre los que se pueden mencionar los siguientes: a) que la Constitución prevea un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado (incluso entre órganos de los diversos niveles de gobierno en los Estados que sean federales o regionales), que permita a un órgano jurisdiccional resolverlos aplicando normas constitucionales; b) que los órganos jurisdiccionales encargados de la justicia constitucional no asuman actitudes de *self restraint* frente a lo que en alguna época se ha llamado las “*political questions*”, sino que todos los espacios del quehacer público del Estado sean reconducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional; y c) que las normas constitucionales sean utilizadas por los principales actores

²² Hesse, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales” en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996, p. 93.

²³ Sobre la proyección de las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales a las relaciones entre particulares puede verse, por ejemplo, Carbonell, Miguel, “Principio de no discriminación y relaciones entre particulares”, *Revista de Direito do Estado*, año 2, número 5, Río de Janeiro, enero-marzo de 2007, pp. 119-165. En América Latina creo que han sido los juristas brasileños los que mayor atención le han puesto a este tema; dentro de la amplia doctrina brasileña existente puede verse, por ejemplo, Sarmento, Daniel, *Direitos fundamentais e relacoes privadas*, 2ª edición, Río de Janeiro, Lumen Iuris, 2006 y Afonso Da Silva, Virgílio, *A constitucionalizacao do direito. Os direitos fundamentais nas relacoes entre particulares*, Sao Pualo, Malheiros, 2005.

²⁴ Obviamente, en aquellos países en los que exista un control “concentrado” de constitucionalidad de las leyes, los jueces ordinarios no podrán declarar la inconstitucionalidad de una ley, pero sí podrán utilizar a la Constitución de forma directa en aquellos casos en los que las leyes no tengan ninguna previsión o para llegar a la interpretación legal que mejor desarrolle los propios mandatos constitucionales.

²⁵ Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 160-161.

²⁶ *Idem*, p. 160.

²⁷ Jiménez Campo, Javier, “Interpretación conforme” e “Interpretación constitucional”, ambas en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995.

políticos para argumentar y defender sus opciones políticas o de gobierno.²⁸ En el neoconstitucionalismo también el ámbito de las políticas públicas, antaño inmune a cualquier tipo de revisión judicial, debe estar sujetos a los mandatos constitucionales y a la lógica de los derechos fundamentales.²⁹

A la luz de lo anterior puede verse que las relaciones entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico han ido evolucionando. Con seguridad, varios de los puntos mencionados darán lugar o lo están dando ya a problemas importantes dentro del Estado constitucional, pero desde luego que, con todos los matices que se quiera, se trata de avances de primer orden en la lógica inacabada y en permanente construcción del Estado constitucional contemporáneo.

VII. LA CONSTITUCIÓN EN AMÉRICA LATINA

Aunque una visión moderna del Estado constitucional sostiene que la Constitución debe ser concebida como una norma aplicable *aquí y ahora*, y no como una recomendación solamente dirigida a regular un futuro que puede no hacerse nunca presente, hay que considerar que los textos constitucionales contienen, en alguna medida, pretensiones que en el momento de entrar en vigor pueden ser consideradas utópicas. El carácter normativo de la Constitución no supone negar que el Poder Constituyente haya querido poner en el texto de la norma suprema sus aspiraciones de país, la forma que debería tener la sociedad desde su punto vista.

Por tanto, se puede afirmar que toda Constitución incorpora un ingrediente utópico que sirve de marco de referencia de lo que una sociedad entiende como deseable para sí misma en el futuro, de aquello que se comprende como metas que se tienen que ir logrando a partir de una nueva organización jurídico-política y también como un parámetro de legitimación del poder público.³⁰ Como sostiene Hans Peter Schneider:

La Constitución posee, más bien, el carácter de un amplio modelo, es un modelo de vida para la comunidad política orientado hacia el futuro... y, por ello, siempre tiene algo de 'utopía concreta'. De ello resulta la orientación finalista del Derecho constitucional con respecto a determinados pensamientos orientativos, directivos y mandatos constitucionales, que reflejan esperanzas del poder constituyente y prometen una mejora de las circunstancias actuales; es decir, que van más allá de registrar solamente las relaciones de poder existentes. Tales objetivos de la Constitución son la realización de una humanidad real en la convivencia social, el respeto de la dignidad humana, el logro de la justicia social sobre la base de la solidaridad y en el marco de la igualdad y de la libertad, la creación de condiciones socioeconómicas para la libre autorrealización y emancipación humana, así como el desarrollo de una conciencia política general de responsabilidad democrática. Estos contenidos de la Constitución, la mayoría de las veces, no están presentes en la realidad, sino que siempre están pendientes de una futura configuración política... la Constitución... se produce activamente y se transforma en praxis autónomamente en virtud de la participación democrática en las decisiones estatales.³¹

²⁸ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 163-164.

²⁹ Barcellos, Ana Paula de, "Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas" en VV. AA., *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, Río de Janeiro, Renovar, 2006.

³⁰ Aragón, Manuel, "Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, número 50, Madrid, 1986, p. 11; Cfr. las observaciones de J.J. Gomes Canotilho sobre la "Constitución dirigente" en su trabajo "¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente?. Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 43, Madrid, enero-abril de 1995, pp. 9 y ss.

³¹ *Democracia y constitución*, Madrid, CEC, 1991, p. 49.

En América Latina el concepto de Constitución se ha utilizado con frecuencia como un motivo legitimador de la acción del Estado, aún si dicha acción no ha tenido siempre un carácter democrático o apegado al interés general. Las Constituciones han sido manejadas e instrumentalizadas desde el poder para prolongar las condiciones de predominio político de un grupo sobre el resto de la sociedad. México es uno de los mejores ejemplos al respecto, pero no el único. Por eso es importante utilizar el discurso teórico sobre el concepto de Constitución con fines no solamente académicos o analíticos, sino también deslegitimadores de la supuesta neutralidad del Estado, o del discurso que se apoya en la Constitución para imponer el punto de vista de unos cuantos sin consultar a los demás, o de las actuaciones legislativas o jurisdiccionales que violan las normas constitucionales.

Tampoco la teoría constitucional, desde luego, puede presentarse a sí misma como neutra; no lo es ni lo puede ser cuando su objeto está cargado de valor: el Estado constitucional y las Constituciones mismas sólo se entienden dentro de las coordenadas axiológicas de la libertad y la igualdad. Y si su objeto no es neutral ni admite por ello cualquier forma de organización social, la teoría tampoco puede serlo.

Como quiera que sea, lo cierto es que las características del neoconstitucionalismo y de la “constitucionalización del ordenamiento jurídico” que se han explicado son herramientas útiles no solamente en el campo teórico, sino sobre todo en el terreno de la aplicación práctica de la Constitución; terreno que, en buena parte de América Latina, adolece de profundos defectos.