NEOCONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCIONALISMO (A propósito de "Constitucionalización y Neoconstitucionalismo" de Paolo Comanducci)

Por Mª Ángeles Ahumada

> Constitucionalismo: "nombre dado a la confianza que los hombres depositan en el poder de las palabras escritas en pergamino para tener al gobierno bajo control". Walton H. Hamilton, *Enciclopedy of the Social Sciences* (1935)

1. "Neoconstitucionalismo"

En "Constitucionalización y Neoconstitucionalismo" Paolo Comanducci examina algunas consecuencias de la afirmación del neoconstitucionalismo, una doctrina, explica, que se desarrolla en Europa en los últimos treinta años en íntima conexión con el fenómeno de la "constitucionalización del derecho" y se encuentra hoy en pleno proceso de expansión.

El neoconstitucionalismo, advierte Comanducci, no es simplemente una corriente doctrinal que teoriza y defiende la nueva forma de constitucionalismo que se instala en Europa en la segunda mitad del siglo XX con las constituciones de la segunda posguerra. En su versión más "integral", el neoconstitucionalismo contiene toda una declaración de principios: proclama el cambio de paradigma jurídico y se postula como la teoría del derecho de la nueva era que deja atrás tanto al positivismo jurídico como al iusnaturalismo. En esto radica su principal novedad y, según opiniones, su mayor atractivo o su peligroso potencial[1].

Comanducci revisa críticamente las premisas y derivados del neoconstitucionalismo, una construcción a cuya identificación y caracterización ha contribuido de modo principal. A su juicio, sin ignorar los aportes de este enfoque a la teoría del Estado y de la Constitución, en tanto que doctrina que aspira a determinar el modo de análisis, interpretación y aplicación del derecho, el neoconstitucionalismo incurre en las mismas viejas inconsecuencias del iusnaturalismo. De hecho, en algunos de sus desarrollos podría resultar más insidioso, como sucede con cierto

---

[1] . "Un nuevo fantasma recorre Europa –el fantasma del neo-constitucionalismo. Los poderes de la cultura jurídica europea han entrado en una santa alianza no para exorcizarlo sino para defenderlo e incluso exportarlo: jueces y abogados, académicos y profesores de derecho, intelectuales italianos y filósofos alemanes [...] promete libertad e igualdad, pero pone en peligro nuestra capacidad para autogobernarnos democráticamente y el Estado de Derecho como gobierno de las leyes, y no de hombres y mujeres", F. Atria, "La ironía del positivismo jurídico", *Doxa*, num. 27 (2004) pág. 118.

discurso de los derechos que apenas disfraza el discurso moral, o con la invocación de las aspiraciones constitucionales para encubrir lo que no son sino preferencias ideológicas. Su conclusión, en pocas palabras, es que el neoconstitucionalismo contiene una falsa promesa de derecho "mejor" o "más justo". Como pretende demostrar, lo único cierto es que, bajo las premisas de esta doctrina, el derecho –y no sólo el derecho que está en la constitución- pierde consistencia para hacerse indeterminado e incierto, sin que quepa compartir, como postula la propuesta "neoconstitucional", que la solución pasa por aceptar el nuevo protagonismo de jueces y doctrina.

En la descripción de nuestro autor, el neoconstitucionalismo es considerado una variante o desarrollo del constitucionalismo, del que se distinguiría por el debilitamiento o la pérdida de ciertos rasgos característicos. Así, en el neoconstitucionalismo el fin de la limitación del poder habría pasado a un segundo plano, mientras la garantía de los derechos fundamentales se convierte en el gran y principal objetivo. Frente al constitucionalismo que reconoce amplio espacio a la ley, el neoconstitucionalismo estaría colaborando, en la teoría y en la práctica, a la construcción y justificación de un tipo de constitución "total", repleta de contenidos materiales, llamada a situarse en el centro del ordenamiento y destinada a dirigir en todo momento la actuación de los poderes y orientar las políticas públicas[2]. Por último, deliberadamente o no, esta nueva forma de constitucionalismo habría terminado por poner en cuestión algunas premisas que se daban por bien establecidas, implícitas en la noción de Estado de Derecho, con repercusión sobre cuestiones básicas tales como las reglas de interpretación de las normas jurídicas o los límites de la función de juzgar[3].

¿Queda claro, entonces, de qué se trata cuando se habla de "neoconstitucionalismo"? Esta es otra cuestión. Cierto que la caracterización ofrecida por Comanducci hace pensar enseguida en algunos sistemas constitucionales (señaladamente, Alemania) y ciertas posiciones doctrinales (seguramente, Alexy) como expresiones de "neoconstitucionalismo" aunque, para decirlo todo, sólo al precio de plantear a continuación la duda de cómo llamar al constitucionalismo actual que no encaja en esa categoría ni parece responder a lo que en el ensayo se toma por

---

[2] . Comanducci no emplea la expresión "Constitución total" pero introduce la discusión generada en torno a este concepto. Sobre la noción de "constitución total" y la crítica a la constitución invasiva puede verse últimamente Mattias Kumm, "Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law", *German Law Journal*, vol. 7, n. 4 (2006), págs. 341-369.

[3] . Esta misma percepción y preocupación está bien presente en el conocido trabajo de Ernst Wolfgang Böckenförde, "Origen y cambio del concepto del Estado de Derecho", incluido en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (trad. R. Agapito), Trotta, Madrid (2000)

constitucionalismo a secas. Desde luego que el constitucionalismo posterior a la segunda guerra mundial incorpora novedades y tiene rasgos característicos. Eso es algo que nadie discute. Pero si buscamos la explicación para este cambio, la identificación de los factores que lo impulsan, el análisis de sus repercusiones en el diseño y funcionamiento de los sistemas constitucionales del presente, la consideración de las influencias cruzadas... el "neoconstitucionalismo" no es una respuesta. Seguramente tampoco lo pretende. En efecto, no parece que el término se haya acuñado para referirse de manera genérica al "constitucionalismo contemporáneo", un uso que resultaría trivial[4]. Sin embargo, si lo que se quiere es aludir específicamente a "un tipo" de constitucionalismo contemporáneo –tal y como se desarrolla en unos cuantos países, tal y como es descrito, pensado o defendido por ciertos autores- la etiqueta, a falta de mayor concreción, es equívoca. Al menos para los no iniciados.

¿Y entre los iniciados? Comanducci se refiere de pasada al éxito del término, cuyo uso se ha extendido hasta hacerse común, o por lo menos suficientemente conocido y familiar, entre filósofos del derecho. No obstante, también en este ámbito especializado persisten algunas incertidumbres en cuanto a qué nombra exactamente el "neoconstitucionalismo". Una diminuta investigación para comprobar hasta qué punto la noción que Comanducci emplea coincide con la que otros colegas acogen, arroja resultados ambiguos. Veamos.

En "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional"[5] Susanna Pozzolo propone llamar neoconstitucionalismo a cierto enfoque del derecho, compartido por un grupo de iusfilósofos que coinciden en poner el acento en ciertas nociones (principios *vs.* normas, ponderación *vs.* subsunción) y en desplazar su atención de la ley a la constitución y del legislador al juez. Según esta autora, "aquello que distingue a la doctrina neoconstitucionalista es la adopción de un peculiar modelo constitucional", el "modelo axiológico de la constitución concebida como norma", conforme al cual la autoridad y carácter vinculante de la constitución remiten a una justificación de carácter moral, que se halla en los contenidos de esta norma. "La doctrina neoconstitucionalista", en consecuencia, "rechaza... la adopción de un modelo

---

[4] . En perspectiva histórica, todos los constitucionalismos propios de una época son "nuevos" respecto de los de la época anterior. Ninguno de ellos se ha consolidado, sin embargo, como neo-constitucionalismo. Comparto la opinión de Fioravanti de que no ha habido nunca "un" constitucionalismo que permita reconstruir una historia "del" constitucionalismo. Cada época produce sus doctrinas constitucionales. M. Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, (trad. Martínez Neira)Trotta, Madrid (2001), en págs. 12-13.

[5] . *Doxa*, núm. 21-II (1998) págs.339-353.

descriptivo de la norma constitucional" puramente positivista[6]. Mauro Barberis en "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral" identifica el neoconstitucionalismo con una posición filosófico-jurídica que combate al positivismo con las armas y argumentos del constitucionalismo y que combina elementos del iusnaturalismo y del llamado iuspositivismo inclusivo. Como movimiento iusfilosófico, el neoconstitucionalismo habría comenzado a fraguarse en los años sesenta para adquirir carta de naturaleza ya en los setenta con un hito en la célebre polémica Dworkin-Hart. Desde entonces el neoconstitucionalismo gana terreno favorecido por el fenómeno de la progresiva "constitucionalización" del derecho[7]. Alfonso Ruiz Miguel ha explicado[8] que "neoconstitucionalismo" es el nombre que a veces se da a la versión del constitucionalismo encarnada en el "Estado *constitucional* de Derecho", un modelo constitucional caracterizado por la rigidez constitucional y el control (externo, normalmente judicial) de constitucionalidad. El término vendría a denotar lo que este modelo de Estado tiene de progreso y triunfo del ideal constitucional y de culminación del camino emprendido por el anterior y más imperfecto "Estado *legal* (o legislativo) de Derecho". Luis Prieto Sanchís, no ha tenido inconveniente en equiparar "neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o constitucionalismo a secas" cuando se emplean para denominar una "presuntamente nueva cultura jurídica"[9]. En cuanto al modelo constitucional al que se conectan, ha empleado en algunas ocasiones la expresión "constitucionalismo de los derechos" como alternativa, probablemente más certera, a la de "Estado constitucional de Derecho", toda vez que apunta directamente al foco desde el que se propaga el llamado efecto irradiante de las nuevas constituciones, rasgo distintivo de este constitucionalismo[10].

A la vista está que "neoconstitucionalismo" es, según el caso, el nombre que recibe una corriente de pensamiento iusfilosófico, un enfoque (*approach*) jurídico, una nueva cultura jurídica o un nuevo paradigma jurídico, un modelo de Estado, una forma de constitucionalismo, significados que no son necesariamente concurrentes. En parte para aclarar los términos, en parte para

---

[6] . En el modelo descriptivo, según esta autora, la constitución es concebida como un grupo de reglas jurídicas positivas que se consideran superiores o fundamentales respecto de las demás reglas. En la medida en que esta concepción no ofrece una "real justificación" (una razón moral) para actuar conforme a la constitución, el neoconstitucionalismo la considera insatisfactoria. *Op. cit.* en pág. 344.

[7] . M. Barberis, "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral", trad. S. Sastre, en *Neoconstitucionalismo(s),* M. Carbonell (ed.), Madrid, Trotta (2003) págs. 259-278. Una reconstrucción de la génesis del "neoconstitucionalismo" en págs. 260-262.

[8] . En "Constitucionalismo y Democracia", *ISONOMÍA*, num. 21 (octubre 2004), p. 53

[9] . En "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", recogido en *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima (2002) pág. 109.

[10] . L. Prieto Sanchís, "El constitucionalismo de los derechos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 71 (2004) págs. 47-72.

ordenar su crítica, Comanducci sugiere distinguir entre neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico. La tripartición –y ulteriores distinciones en su seno- seguramente ayuda a resaltar el contraste entre neoconstitucionalismo y positivismo. Sin embargo, me parece que es menos exitosa a la hora de clarificar la relación entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo[11].

Hay otros aspectos llamativos en el comentario al neoconstitucionalismo. Por un lado está el dato de que la identificación y caracterización de esta doctrina se deba sobre todo, si no exclusivamente, a sus críticos[12]. Por otro lado, seguramente una consecuencia de lo anterior, los que se tienen por referentes del neoconstitucionalismo, sus autores más representativos, ni se presentan ni se reconocen a sí mismos en tal condición. De hecho, en un contexto distinto, al margen del debate del neoconstitucionalismo, no sería tarea sencilla establecer la conexión que liga las posiciones de estos autores: la proximidad y las coincidencias entre Dworkin, Ferrajoli, Alexy, Nino, Campbell o Zagrebelsky, no son evidentes[13]. Que todos sean filósofos o teóricos del derecho, esto es, que en la nómina de los referentes del neoconstitucionalismo no haya constitucionalistas, politólogos o historiadores, no parece cosa de azar[14].

A la vista de todo lo anterior, una conclusión preliminar podría ser la de que "neoconstitucionalismo" es, en primer lugar, un término acuñado para introducir y plantear en el terreno de la filosofía jurídica una discusión a propósito de los desafíos que diversos aspectos

---

[11] . Comanducci no intenta una paralela distinción entre constitucionalismo teórico, ideológico y metodológico, que tendría poco sentido.

[12] . "'Neoconstitucionalismo' es una etiqueta que, a finales de los años noventa del siglo pasado, unos integrantes de la escuela genovesa de teoría del derecho (Susana Pozzolo, Mauro Barberis y yo mismo) han empezado a usar, *como forma de clasificar, para criticarlas*, algunas tendencias post-positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentan rasgos comunes, pero también diferencias entre sí", Comanducci en la nota 2 del trabajo que comentamos (la cursiva es mía). A. García Figueroa en "El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo" (2006), se fija en el dato de que comúnmente las "reconstrucciones" del neoconstitucionalismo han estado destinadas "paradójicamente... a destruir a continuación el modelo" frente a lo cual, como novedad, plantea su trabajo como de "reconstrucción constructiva", pág. 267.

[13]. A esta relación de autores mencionados por Comanducci, otros comentaristas añaden a Habermas, Raz, Rawls o Coleman. Resulta curioso que el neoconstitucionalismo, doctrina de raíz europea, tenga en Dworkin, un filósofo genuinamente americano en el tratamiento del constitucionalismo y en su visión del derecho, un referente principal. Pese a la insistencia en incluir a Ferrajoli entre los neoconstitucionalistas, este autor prefiere definirse como "positivista crítico" y marca claramente las distancias con cualquier doctrina no-positivista, tendencialmente iusnaturalista, a la manera de Dworkin o Alexy. Así, claramente, en la discusión recogida en L. Ferrajoli, J.J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid (2008), p. ej. en págs.47, 143 y especialmente 168-171. Sobre lo variopinto del club de los nombrados neoconstitucionalistas, S. Pozzolo, cit. en p.339 o A. García Figueroa, cit. en p. 267.

[14] . Efectivamente, Gustavo Zagrebelsky es un reconocido y excelente constitucionalista, pero lo cierto es que su entrada en la órbita neoconstitucionalista es debida fundamentalmente a una obra suya "atípica", *Il diritto mitte*, considerada por muchos, al cabo del tiempo, verdadero manifiesto del neoconstitucionalismo. Interesante comparar los comentarios a este pequeño ensayo de F. Rubio, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 40 (1994) y L. Prieto Sanchís, en *Anuario de Filosofía del Derecho* num. XIII, 1996-1997.

del funcionamiento de los sistemas constitucionales actuales lanzan a la teoría del derecho "tradicional". Efectivamente, las cambiantes prácticas constitucionales y de gobierno demandan teorías que las expliquen, justifiquen y legitimen y, por supuesto, mientras se consolidan, están particularmente expuestas a ser criticadas, combatidas y deslegitimadas. El neoconstitucionalismo parece servir como término genérico para referirse a todas aquellas teorías explicativas y justificativas de ciertas prácticas constitucionales que, en conjunto (y para abreviar), alientan un tipo de constitucionalismo fuertemente judicialista y judicializado, fundamentalista en materia de definiciones y derechos, y más o menos abiertamente desconfiado con el principio de la mayoría. Si se ve así, el neoconstitucionalismo como tal no es "un tipo" de constitucionalismo, ni tampoco, propiamente, un modelo de Estado constitucional. El término designaría a una variedad de racionalizaciones *post hoc* de prácticas constitucionales del presente. Evidentemente, hay un importante componente ideológico en toda construcción doctrinal que se ocupe de cuestiones de justificación y legitimidad en el plano constitucional. Es inevitable. Después de todo, el diseño de cualquier sistema constitucional responde a un ideal de buen gobierno que se refleja en la Constitución y al que se acomoda o debiera acomodarse la práctica constitucional[15].

Se comprende muy bien que teóricos y filósofos del derecho concentren su atención en aquellos aspectos del funcionamiento de los sistemas constitucionales que más directamente entroncan o conectan con sus preocupaciones científicas: sea en relación con el estudio de las fuentes del derecho, el análisis de las normas y relaciones entre normas, el proceso de creación y aplicación del derecho, la interpretación jurídica, el fundamento de la autoridad del derecho en general, de la constitución en particular, etc. Pero es claro también que esos no son los únicos temas del constitucionalismo. Politólogos, constitucionalistas, historiadores de diversas corrientes y tendencias también los analizan bajo su punto de vista experto y se detienen en otros aspectos desatendidos por los iusfilósofos. Quizá sea por esto, porque las cuestiones constitucionales llamativas para el "neoconstitucionalismo" no agotan los temas y las perspectivas de estudio del constitucionalismo, por lo que el pretendido contraste entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo resulta equívoco y confuso para quien no participa en la discusión en clave de teoría o filosofía del derecho.

---

[15] . No me refiero exclusivamente a las opciones "dogmáticas" de las constituciones. Es aceptado que ni las fórmulas para la separación y división de poderes y funciones, ni los procedimientos para la adopción de decisiones están desprovistos de "ideología". Efectivamente hablar de "un" ideal es simplificar. En todo sistema constitucional conviven múltiples visiones acerca de lo políticamente deseable y de lo constitucionalmente adecuado.

En los siguientes apartados comentaré brevemente algunos problemas destacados por Comanducci en su descripción y crítica del neoconstitucionalismo, en la medida en que son también analizados desde la perspectiva o el enfoque del derecho constitucional. Sospecho que, con alguna frecuencia, la dificultad para atraer los distintos puntos de vista al mismo plano de discusión procede del puro desencuentro terminológico.

2. "Neoconstitucionalismo" y constitucionalismo

La distinción entre neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico la toma Comanducci de Bobbio, quien la empleó para orientar la discusión sobre los diferentes sentidos y modalidades del positivismo. Seguramente es eficaz para marcar el contraste entre neoconstitucionalismo y positivismo, aunque no todos la consideren rigurosa[16] y, como el propio Comanducci reconoce, resulte algo forzada en el caso del neoconstitucionalismo metodológico. Trasladada al constitucionalismo, y en el terreno del derecho constitucional, la tripartición es perfectamente exótica. Cierto que de constitucionalismo se habla en muchos sentidos y, de hecho, hay muchos constitucionalismos, pero es difícil reconducirlos a esa categorización[17]. El paralelismo que propongo a continuación atiende a los problemas constitucionales destacados por Comanducci en relación con cada uno de los tres sentidos (teórico, ideológico y metodológico) del neoconstitucionalismo y mi comentario se limita a poner de relieve la coincidencia, el contraste o la contraposición con una perspectiva de derecho constitucional. Tómese como un modesto intento de navegar sobre el desalentador "*lost in translation*" interdisciplinar.

2.1 Neoconstitucionalismo teórico y derecho constitucional

Lo que en el ensayo se identifica como "neoconstitucionalismo teórico" me parece básicamente indistinguible del corriente derecho constitucional que se ocupa del estudio de los sistemas constitucionales del presente, tanto de los que cuentan con constituciones normativas como de

---

[16] . "He de confesar que esta distinción de Bobbio nunca me ha convencido del todo. En ella, extrañamente, no se habla nunca de la constitución ni, por consiguiente, del deber ser jurídico o constitucional de la legislación. Según Bobbio, el derecho válido se identifica con el "derecho que es"; y éste, a su vez, se identifica de modo unidimensional, con el derecho legislativo.... se trata, a mi manera de ver, de una concepción del positivismo jurídico que refleja la estructura del estado legislativo de derecho, pero no la mucho más compleja del estado constitucional de derecho", L. Ferrajoli en *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, cit., págs. 168-169.

[17] . Por ejemplo, sobre las acepciones del término "constitucionalismo", F. Rubio Llorente en M. Aragón (coord.), *Temas Básicos de Derecho Constitucional* I, Civitas, Madrid (2001), págs. 28-30.

los que carecen de ellas. La distinción que Comanducci propone entre seguidores del "modelo descriptivo" y "modelo axiológico" de constitución como norma, sus consideraciones sobre los distintos enfoques a propósito de la interpretación constitucional, remiten a una temática bien conocida de la teoría constitucional, donde es habitual, dentro del estudio de las fuentes del derecho, dedicar espacio aparte a las especialidades de la constitución normativa.

La cuestión de si la constitución es un marco normativo abierto y neutral o, por el contrario, establece un sistema material de valores es, en este contexto, un tópico de discusión recurrente –en Europa, básicamente por influencia de la jurisprudencia y dogmática constitucional alemana-, que normalmente se acompaña del análisis de la jurisprudencia constitucional de referencia. Porque todos los países que han adoptado constituciones normativas custodiadas por tribunales constitucionales tienen invariablemente sus "casos fundacionales" sobre esta materia[18].

Se trata, en cualquier caso, de una discusión de largo alcance que ni está cerrada ni tiene visos de cerrarse alguna vez por completo, como sucede con otros tópicos de discusión de la teoría constitucional como –y cito sólo a título de ejemplo- la cuestión de los métodos de la interpretación constitucional, el alcance de la garantía constitucional de los derechos fundamentales, o la relación entre jurisdicción constitucional y democracia. En todas estas cuestiones, aun cuando la respuesta que se favorece, o el enfoque que se prefiere, a menudo presuponen una toma de posición, no ha sido común en derecho constitucional, al menos hasta donde conozco, identificar las posiciones enfrentadas como neoconstitucionalismo y constitucionalismo. Ninguna objeción al empleo de la etiqueta, que creo, sin embargo, que aporta poco. En la medida en que el constitucionalismo encarne la ortodoxia y el neoconstitucionalismo la pérdida de coherencia, ¿quién se reclamaría "neoconstitucionalista"? O, al contrario, en otro

---

[18] . Sólo a título de ejemplo y limitándome al caso español, la llamada de atención sobre las especialidades de una constitución normativa en general y de la constitución española en particular era el tema del justamente famoso artículo de A. Nieto "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *Revista de Administración Pública* num. 100-102 (1983). Se ocupa del debate sobre las visiones de la Constitución como norma abierta y como sistema material de valores M. Aragón en "El control como elemento inseparable del concepto de constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional* num. 17 (1987). La polémica entre "visiones" de la Constitución llegó a escenificarse a raíz del comentario de I. de Otto al conocido trabajo de García de Enterría "La Constitución como norma jurídica" (Aragón alude al episodio en el artículo citado). La falta de entusiasmo por el traslado de teorías de valores a la Constitución la expresan abiertamente algunos magistrados del primer Tribunal Constitucional, por ejemplo Tomas y Valiente en su voto particular a la sentencia 53/1985 donde advierte contra la importación de "peligrosas jerarquizaciones axiológicas, ajenas... al texto de la Constitución". En esa primera etapa y después, la referencia a la Constitución como marco de coincidencias suficientemente amplio para acoger ideologías de muy diverso signo, ha sido constante. La excelente recapitulación de la historia de la polémica alemana sobre el modelo de Estado en la Constitución y la construcción del *Verfassungsstaat* (o del *Richterstaat*) que hace Luis M. Cruz en *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada (2005), se ocupa de esta discusión bien familiar para los estudiosos del derecho constitucional europeo; más original es su presentación como "un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo".

sentido, en la medida en que el neoconstitucionalismo se asocie con el análisis de la teoría y práctica constitucional de nuestro tiempo, ¿qué verdadero constitucionalista podría dejar de ser "neoconstitucionalista"?

Respecto a la identificación del neoconstitucionalismo teórico como nueva teoría del derecho, sustitutiva de la vieja teoría positivista basada en la ley, la impresión es que se trata de una tesis aún por probar. Comanducci indica que el constitucionalismo tradicional nunca se presentó como teoría del derecho, ¿de dónde se deduce que esto ha cambiado en el constitucionalismo actual? Aunque el advenimiento de las constituciones normativas trastoca el sistema de los ordenamientos basados en los códigos, típico de la Europa continental, y nadie sostendría seriamente que el gran cambio acontecido consiste en que la pirámide normativa ahora tiene un peldaño más, lo cierto es que las relaciones entre normas en los sistemas jurídicos con constituciones normativas siguen rigiéndose básicamente por los mismos criterios clásicos de ordenación y solución de conflictos[19]. Las constituciones normativas en Europa aspiran a imponerse como normas supremas, pero no son el "big-bang" de los ordenamientos. Los procesos de constitucionalización, según países, son más o menos rápidos, intensos y completos dependiendo de múltiples factores, sobre todo no jurídicos. Sin olvidar que las constituciones despliegan su eficacia de distinto modo según se enfrenten al derecho anterior (preconstitucional) o posterior a ellas.

Ni siquiera el imprescindible principio de la "interpretación conforme" ha alterado esencialmente el modo de interpretación de las normas jurídicas. Como es corriente explicar, la interpretación conforme no consiste ni en un método ni en un criterio de interpretación, sino en lo que se ha dado en llamar una "directiva de preferencia" (no impone "una" interpretación, sino la preferencia por cualquier interpretación jurídicamente correcta no contraria a la norma superior)[20]. El peculiar desarrollo en Europa de este principio no se puede entender cabalmente si se prescinde del dato de la consolidación en esta región del llamado "privilegio jurisdiccional" de la ley, que la hace inmune a la inaplicación por los jueces ordinarios (*judge-proof*), al menos por razón de inconstitucionalidad. De hecho, una buena porción de las especialidades del control de

---

[19] . De acuerdo con el famoso pasaje de Marbury *vs*. Madison, el juez que ha de decidir cuál es el derecho (dentro de *un* sistema jurídico) que rige una situación concreta sigue acudiendo a los clásicos criterios jerárquico, cronológico y de especialidad para decidir la norma que prima entre varias aplicables. Por supuesto, determinar cuál es el derecho aplicable todavía no es decidir un litigio. Las complejas cuestiones que plantea la interpretación en contexto de las normas no son nuevas.

[20] . Por todos, J. Jiménez Campo, "Interpretación conforme a la constitución", en *Temas Básicos de Derecho Constitucional I*, págs. 60-64.

constitucionalidad en el marco del sistema de los Tribunales Constitucionales, es debida precisamente a la subsistencia del "principio de legalidad" como principio previo e independiente del principio de constitucionalidad[21]. La interpretación de la constitución tiene especialidades respecto de la interpretación de las leyes, no sólo y ni siquiera principalmente porque se trata de una fuente de derecho de origen distinto a la ley sino, sobre todo, porque la constitución es un conjunto normativo compuesto por normas de distinto tipo y muy diverso contenido que, no obstante las inevitables tensiones internas, deben ser en todo momento consideradas como elementos integrados de una unidad dotada de sentido[22]. En cualquier caso, la teoría de la constitución no agota la teoría del derecho y, no obstante el considerable interés por las teorías de la argumentación judicial, la teoría del derecho tampoco se reduce a teoría de la aplicación judicial del derecho.

Comanducci ha llamado la atención sobre los cambios que experimenta el dominio jurídico en Europa y en otras partes del mundo como consecuencia de la confluencia de dos fenómenos: el proceso de constitucionalización del derecho y la afirmación del neoconstitucionalismo. Es una introducción sugerente y eficaz para el planteamiento de una variedad de cuestiones importantes de la teoría del derecho que, en la medida en que tocan a los fundamentos del sistema jurídico, son también cuestiones constitucionales. Si estamos, como algunos sostienen, ante un cambio de paradigma jurídico, si éste es el tiempo del neoconstitucionalismo, está por ver[23].

Lo que parece fuera de duda es que algunos de los rasgos que en el pasado caracterizaron a la tradición jurídica llamada de "civil law" o de "derecho codificado", propia de la Europa continental, se están disolviendo[24]. La irrupción de las constituciones normativas y la consiguiente "constitucionalización" del derecho han contribuido a esa disolución, pero el proceso había comenzado antes y a mayor escala merced a la progresiva descodificación, al avance del

---

[21] . Algunas de esas "especialidades" son verdaderas excentricidades. Por ejemplo, el Tribunal español ha entendido que la inaplicación judicial (por razones de inconstitucionalidad) de una ley que efectivamente se demuestra inconstitucional, es lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto derecho que comprende el "derecho" a que el juez ordinario decida el litigio aplicando el derecho "conforme al sistema de fuentes". Es decir, existe un derecho *fundamental* a la aplicación de la ley, pero no a "que no se aplique" una ley que contraviene la Constitución. Así en STC 23/1988. Más aberrante, la STC 159/1997.

[22] . ¡Error! Sólo el documento principal.Como indicara el Tribunal Constitucional Federal alemán en el famoso *Caso Suroeste*: "Un precepto constitucional concreto no puede ser considerado como una cláusula aislada e interpretarse por separado. La constitución tiene una unidad interna, y el significado de cualquiera de sus partes está ligado al de otros preceptos. Tomada como una unidad, la constitución refleja ciertos principios capitales y decisiones fundamentales a los que se subordinan los preceptos concretos" 1 BverfGE (1951) pág. 14.

[23] . No es seguro que exista acuerdo sobre el paradigma jurídico de referencia.

[24] . Sobre la cuestión, J. Merryman, *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press (2007), especialmente el Capítulo XX.

federalismo, y prosigue impulsado por otros desarrollos de multiplicación y superposición de sistemas y subsistemas normativos como consecuencia de la proliferación de focos normativos y de la integración de los Estados en organizaciones supraestatales -en el caso europeo, señaladamente, la Unión Europea. El estatalismo, el legicentrismo, el formalismo interpretativo, pertenecen, como advierte certeramente Comanducci, al escenario de otro tiempo. Un tiempo, por cierto, al que también corresponden una manera de concebir la función del juez (estrictamente subordinado a la ley), de reconstruir el proceso de decisión de casos (en la forma del famoso silogismo judicial), de considerar el valor de la jurisprudencia (como fuente de derecho auxiliar o secundaria). En el panorama jurídico actual donde, no sólo como consecuencia de la constitucionalización del derecho, los sistemas jurídicos crecen en complejidad, los jueces han dejado de ser actores secundarios para asumir un papel principal en el proceso legal. Por no hablar del caso de los muy especiales tribunales constitucionales, singulares observadores-participantes de la política constitucional.

2.2. Neoconstitucionalismo ideológico y constitucionalismo democrático

La caracterización del "neoconstitucionalismo ideológico", me parece, no se hace más clara recurriendo a terminología de precisión, pero inusual -"neoconstitucionalismo de los contrapoderes", "neoconstitucionalismo de las reglas". Si de lo que se trata, al fin, es de analizar críticamente algunos desarrollos o aspectos del funcionamiento del modelo de Estado constitucional que convencionalmente se asocia con el constitucionalismo democrático, podemos ahorrarnos una parte de la discusión sobre aproximación al concepto con solo dar por buena la terminología más familiar entre constitucionalistas y politólogos[25]. Por supuesto que, en cuanto a sus implicaciones, también el "constitucionalismo democrático" es un concepto discutido, pero no se puede negar que tiene la ventaja de ser cándidamente descriptivo de su objeto –la combinación de constitucionalismo y democracia. Probemos entonces a encajar la discusión que Comanducci propone a propósito de los principios constitucionales, el recurso a la técnica de la ponderación y el fin de la certeza del derecho en el marco del análisis del modelo de Estado constitucional del constitucionalismo democrático, también llamado en ocasiones Estado constitucional de Derecho y, en algunos desarrollos, *Verfassungsstaat*.

---

[25] . "...la ideología constitucionalista... se caracteriza justamente por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, que se ha afirmado progresivamente en Occidente y que va expandiendo su influencia en vastas zonas del mundo", Comanducci, en el texto que comentamos en 2.2. pág.

Las principales novedades que incorpora el constitucionalismo democrático frente a los sistemas basados en la soberanía del legislador se reflejan y traducen en derecho en las nuevas "constituciones democráticas"[26]. Esas novedades son expresivas de los cambios profundos que ha experimentado tanto la noción de "buen gobierno", como la definición de las funciones, fines y tareas del Estado. El diseño al que responde el nuevo modelo de Estado constitucional es en buena medida la consecuencia práctica del cuestionamiento y consiguiente revisión de la concepción europea tradicional de Estado de Derecho como *Rechtsstaat* que encontraba reflejo y traducción en derecho en las anteriores constituciones (políticas) parlamentarias[27].

Nuestra llamada "Era de los Derechos"[28], "Era de la Democracia"[29] o "Era del Constitucionalismo Mundial"[30] está marcada por el retorno de la política al derecho. Por una parte, las nuevas constituciones se diseñan como instrumentos para la democracia: no se limitan a establecer una organización de los poderes del gobierno (el "frame of government"), sino que fijan las reglas básicas para su funcionamiento como democracia, única forma "legítima" del poder estatal[31]. Por otra parte, estas constituciones democráticas no se detienen en el establecimiento de los procedimientos, sino que pretenden asegurar resultados. Las determinaciones básicas a propósito de los derechos considerados fundamentales –los propios de una sociedad democrática- no se fían al juego democrático, sino que se fijan de antemano en la constitución. En cumplimiento de ésta, los poderes públicos se obligan, por supuesto, a respetar los derechos, no transgredirlos, salvaguardarlos, pero también a hacerlos eficaces y, según el caso, a potenciarlos, fortalecerlos, "optimizarlos" o, directamente, a proveerlos.

En el constitucionalismo democrático, el Estado es naturalmente activista e interventor. Esto no es exactamente una novedad si se tiene en mente el Estado administrador, proveedor de servicios o, más generalmente, de bienestar, o social. Sin embargo, ahora se trata de un tipo de intervención y activismo diferente. El constitucionalismo democrático busca el compromiso de

---

[26] . Llamadas así no porque se adopten democráticamente (ahí están los casos de Japón, Alemania o, de otro modo, Estados Unidos) sino porque son constituciones "instrumentales" para la democracia.

[27] . Es interesante el contraste destacado por M. Fioravanti, *Constitución*, cit., págs. 160-164; o por L. Henkin, "A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects", incluido en M. Rosenfeld ed. *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, Duke University Press (1994) págs. 39-42

[28] *El tiempo de los derechos*, N. Bobbio (trad. R. de Asís) Sistema, Madrid (1991); *Age of Rights*, de Louis Henkin, Columbia University Press (1990).

[29]. Richard H. Pildes en "The Supreme Court, 2003 Term—Foreword: Constitutionalization of Democratic Politics", *Harvard Law Review* vol. 118 (2004), págs. 29 y ss.

[30]. J. Ackerman, "The Rise of World Constitutionalism", *Virginia Law Review,* vol. 83 (1997)

[31]. Sobre la revisión del debate de la legitimidad, J. D'Aspremont, "Governments in the Age of Democracy", *International Law and Politics*, vol. 38 (2006) págs. 877-916.

todos, poderes públicos y ciudadanos, en el "buen gobierno" y al tiempo que señala a los ciudadanos como origen y destino del poder legítimo, reconoce al Estado la capacidad –mediante el instrumento del derecho- para orientar e impulsar la transformación de la sociedad, en el sentido de hacerla más democrática y más justa[32]. Este fin justifica la interferencia de los poderes públicos en el ámbito de la autonomía privada y de las relaciones entre particulares. El gobierno es activista a la hora de hacer eficaces los derechos fundamentales que ya no se definen como puros derechos negativos, ni siquiera tratándose de derechos de libertad y, si se atiende al ámbito de su intervención, es apreciable cómo se difuminan las esferas de lo público y de las relaciones inter privatos o, si se prefiere, cómo se borra la frontera, bien marcada en el primer constitucionalismo liberal, entre Estado y Sociedad.

Comanducci se refiere al "neoconstitucionalismo ideológico" como la doctrina que respalda el modelo de Estado constitucional del constitucionalismo democrático. Esto todavía no es decir mucho cuando no hay una, sino muchas formas de explicar y justificar la preferencia por la fórmula política del constitucionalismo democrático y su particular desarrollo en Europa y otras partes del mundo después de la Segunda Guerra mundial; y cuando son múltiples y a menudo contrastantes las doctrinas que se esfuerzan por teorizar el nuevo estado de cosas que funda esta forma de Estado constitucional. Un modelo constitucional, por lo demás, que desafía ideas y concepciones previas a propósito de la relación entre poderes, el sistema de fuentes del derecho o la "necesidad" de una jurisdicción constitucional especializada. Que el Estado constitucional de Derecho sea valorado como un admirable progreso, como perfeccionamiento y coronación del Estado de Derecho o, al contrario, como la reacción (incluso *overreaction*) frente a la temida, por probada, vulnerabilidad del Estado legal de Derecho, es uno de tantos aspectos del debate[33].

El común acuerdo en la importancia de los derechos humanos considerados universales, el general reconocimiento de las virtudes de la democracia, la renovada fe en el proyecto del

---

[32] . "A mi modo de ver, el *Bill of Rights* [de la Constitución de Estados Unidos] y su interpretación actual están centrados en las libertades civiles individuales, en tanto que la Carta [canadiense] y otros instrumentos de derechos humanos del siglo veinte están más centrados en el equilibrio entre los derechos de los individuos y los de la sociedad, y en reconocer la importancia de la identidad de grupo y los valores de grupo. Más que documentos cuyo propósito primario es proteger a los individuos de las vulneraciones de su libertad por el Estado, la finalidad de estos otros documentos sobre derechos humanos es proteger la dignidad e igualdad de todas las personas y *asegurar que se respetan los atributos de las sociedades democráticas*", Claire L'Hereux-Dubé: "The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court", *Tulsa Law Journal*, vol.34 (1998), págs. 35-36 (cursiva añadida).

[33] . Bien planteado, por ejemplo, en M. Rosenfeld, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", *Southern California Law Review,* vol. 74 (2001). A la condición del Estado constitucional de derecho como "acaso la más cabal realización" del Estado de Derecho se refiere L. Prieto en *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, cit. pág. 118.

constitucionalismo escrito como instrumento de control del poder, explican el éxito de las constituciones democráticas pero no son suficientes para eliminar los persistentes problemas de legitimidad del constitucionalismo democrático. El Estado constitucional liberal apostaba por limitar el poder del gobierno en beneficio de la libertad de los individuos: el individuo, se decía, es libre en la medida en que el gobierno no lo es. El Estado constitucional democrático da una vuelta de tuerca, de modo que la libertad individual que asegura el Estado es tanta como resulta aceptable en una sociedad democrática[34]. El exceso de constitucionalización en la determinación de los confines de la libertad individual, la marginalización y exclusión de las ideas que cuestionan o combaten los valores o ideales de la democracia constitucional, las cautelas y protecciones fijadas en la constitución o en las leyes para neutralizar cualquier conducta que se perciba como amenaza de involución democrática, simplemente ponen de manifiesto que el principal temor del constitucionalismo democrático procede precisamente de la desconfianza en la capacidad de los ciudadanos para autogobernarse[35].

En este marco, las decisiones de los jueces al resolver los conflictos entre el interés o libertad individual y el interés general, en ausencia de reglas precisas, estarán influidas por su propia percepción de cómo deben ser justificadas y hasta dónde llegan las restricciones a la libertad en una sociedad democrática[36]. Comanducci tiene razón al señalar que los principios constitucionales, el recurso a la técnica de la ponderación, no persiguen la certeza del derecho sino que simplemente ayudan a justificar decisiones judiciales *ad hoc*. Posiblemente la concepción de los jueces como "*problem solvers*", árbitros de controversias cuya autoridad,

---

[34] . El art.1 de la Carta de derechos y libertades canadiense, declara los derechos "sujetos sólo a razonables limitaciones previstas por la ley en la medida en que resulten justificadas en una sociedad libre y democrática". El art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que: "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás y satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática". Asimismo, cláusulas de este tipo se incorporan en el Convenio de Roma como complemento del reconocimiento de derechos tales como privacidad (en art. 8.2), libertad de conciencia (art.9.2) o reunión y asociación (arts. 10.2 y 11.2, respectivamente).

[35] . El diseño del constitucionalismo democrático, como sugiere Robert Dahl, responde a un sistema de "cuasi-tutelaje", con jueces constitucionales vigilantes frente a los legisladores (y en la Europa continental, también frente a los jueces ordinarios), *La democracia y sus Críticos*, Paidós, Barcelona (1993) pág. 226 He desarrollado este argumento en "Tribunales Constitucionales y Democracias Desconfiadas", incluido en M. Bergman y C. Rosencrantz, coords. *Confianza y Derecho en America Latina*, FCE, México (2009)

[36] . Sobre el problema de convertir el control de constitucionalidad, sobre todo en materia de derechos, en un control de "justificaciones suficientes o adecuadas", T.A. Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", *The Yale Law Journal*, vol.96 (1987), págs. 943-1005. En "The Formulaic Constitution" [*Michigan Law Review*, vol.84 (1985), págs. 165-212], Robert Nagel, alerta del peligro de pérdida de sustancia de los preceptos constitucionales sobre derechos, transformados por obra de los tribunales en una tupida red de fórmulas y tests, a menudo específicos para cada derecho, conforme a los cuales se contrasta la "constitucionalidad" de la actuación de los poderes públicos.

aunque basada en el derecho, no es coextensa a la de la ley -que es la imagen tradicional de los jueces de *common law*- resulte ahora más apropiada.

2.3. Neoconstitucionalismo metodológico y la búsqueda del fundamento de la supremacía de la constitución. ¿Es iusnaturalista el constitucionalismo?

El "neoconstitucionalismo metodológico", indica Comanducci, considera los principios constitucionales como un puente entre el derecho y la moral. Frente a esto opone la tesis de la no conexión justificativa entre derecho y moral.

No entraré aquí en una discusión que se aleja mucho del terreno del derecho constitucional a menos que se intercambien las cuestiones de moralidad por las de legitimidad. Sí quisiera, sin embargo, detenerme brevísimamente en algunas consideraciones que se hacen de pasada en el ensayo a propósito de la conexión entre constitucionalismo y iusnaturalismo. El constitucionalismo, dice Comanducci, "tiene como trasfondo habitual, aunque no necesario, el iusnaturalismo".

A mi modo de ver el caso se puede contar de otra manera. Por ejemplo, es posible sostener que lo que en el origen da impulso al gran proyecto del constitucionalismo escrito es el espíritu codificador, que es –eso sí, a su manera- una manifestación de positivismo. Todavía hoy, lo que confiere sentido al constitucionalismo como técnica de gobierno es la idea de que es posible configurar y diseñar el artefacto del gobierno de la manera más provechosa para el bien común[37].

La apelación a la voluntad del pueblo fue el nuevo argumento del constitucionalismo norteamericano para justificar la autoridad suprema de las constituciones. Pero es cierto que en la época de la revolución americana, y aún después, se partía de que lo que a la postre justificaba la radical distinción entre el *paramount law* -el derecho más alto que no se podía alterar "por medios ordinarios"- y cualquier otro adoptado por una asamblea legislativa, procedía

[37] . A esto hace referencia la noción de la "ingeniería constitucional". Es bien expresivo de la idea el artículo inaugural en El Federalista: "Parece haberle sido reservado a las gentes de este país", escribe Hamilton, "decidir con su conducta y ejemplo una importante cuestión: si las sociedades humanas realmente son capaces de establecer un buen gobierno desde la elección y la reflexión, o si por el contrario están para siempre destinadas a depender para sus constituciones políticas del accidente y de la fuerza". Clinton Rossiter ed., *The Federalist Papers, Num. 1*, New American Library (1961).

de la idea de que la Constitución incorporaba y era expresión de derecho fundamental (*fundamental law*). No era, por tanto, su localización en la constitución lo que convertía determinadas reglas o principios en fundamentales: estaban en la Constitución porque *eran* fundamentales. Sin embargo, junto a principios venerados e incuestionables que se tenían por "derecho natural", ahí aparecían también "otros", impuestos por la "razón práctica", declarativos de verdades de la teoría política o de la filosofía política, o sancionados por la experiencia[38]. Lo que justificaba su plasmación en el documento constitucional era la convicción de que así reunidos y explicitados permitirían hacer realidad la aspiración de someter a reglas el ejercicio del poder[39]. Aquí está la propuesta del constitucionalismo escrito: en la constitución de una república libre se expresan los fines y propósitos que definen a la comunidad política y se establece la estructura institucional y los procedimientos conforme a los cuales debe en adelante actuar el gobierno.

Sin embargo, en la misma pretensión de "fijar" el derecho fundamental, codificarlo, y atribuir un contenido cierto y definido a los *standards* conforme a los cuáles medir la "moralidad" y legitimidad de la actuación de los gobernantes yace la tensión irresoluble que es característica del constitucionalismo. En tanto que expresión de derecho fundamental, toda constitución se pretende permanente, al menos en la misma medida en se consideran permanentes los principios que simplemente "declara" y no crea. En tanto que "derecho", en cambio, los preceptos constitucionales tienen la consideración de normas jurídicas con contenido determinado, aunque necesitadas de interpretación, y como derecho aplicable, expuestas al mismo proceso de

---

[38] . Como muchos autores se han encargado de resaltar, la "escritura" de la Constitución tuvo como fin dejar constancia, hacer evidentes para todos -o, como Marshall dijo, "impedir que sean olvidados"- los principios que regían la práctica del gobierno limitado. El hecho de la "aprobación" de la Constitución, no convertía estos principios en puro derecho positivo, en "enacted law": "contrariamente a la errada percepción tan común entre los constitucionalistas de hoy en día, los fundadores americanos no creyeron que al poner por escrito la constitución se alteraba su carácter fundamental" Larry D. Kramer, "We the Court", *Harvard Law Review*, vol. 115 (2001), págs. 45 y 46.

[39] . El defecto de la constitución inglesa consistía, según los americanos, en que no se podía invocar por los particulares frente a la actuación de los poderes públicos, y particularmente, frente al Parlamento (Coke *non obstante*). La razón de este defecto derivaba sobre todo de la falta de "certeza" en cuanto al contenido de la constitución. Escribiendo la Constitución los americanos pretendieron facilitar la *exigibilidad* de las reglas constitucionales: "Lo que la *constitución* de un país *era* o *se suponía que era*, sólo podía ser inferido de lo que *el gobierno había venido haciendo a lo largo del tiempo*; lo que había sido *consentido* por el pueblo, o por otras partes componentes del gobierno; o lo que había sido *resistido* por cualquiera de ellos. Lo que el gobierno, o cualquiera de los poderes hubiera *hecho alguna vez*, se entendía que daba lugar al *derecho* a hacerlo *de nuevo*... Pero, entre nosotros, la constitución no es una "cosa ideal, sino una existencia real; puede ser presentada en forma visible": sus principios pueden ser averiguados a partir de la letra viva, no sólo de oscuros razonamientos o deducciones", Juez Tucker en *Kamper v. Hawkins* (1793), citado en Sylvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press (1990), pág. 26 (cursiva en el original).

transformación que experimentan otras normas por influjo de la cambiante realidad social que pretenden regular[40].

[40] . En general, sobre la noción de la Constitución como "derecho fundamental *escrito*" y como "derecho supremo", Herman Belz, "Written Constitutionalism as the American Project" y "Constitutionalism and the American Founding", ambos en: *A Living Constitution or Fundamental Law. American Constitutionalism in Historical Perspective*, Rowman & Littlefield (1998); Sylvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, cit.; Thomas C. Grey, "Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought", *Stanford Law Review*, vol. 30 (1978) págs. 843-893.