

RECENSIÓN

VERMEULE, Adrian, *Common Good Constitutionalism. Recovering the Classical Legal Tradition*, Cambridge, UK y Melford, MA, USA, Polity Press, 2022, 241 pp.

ESTELA B. SACRISTÁN¹

En el campo del derecho constitucional, la tarea de interpretar –que recae tanto en los letrados como en los magistrados– parece collocarnos entre medio de al menos dos lindes o términos dentro de un espectro ideal: de un lado, el constitucionalismo “conservador”; del otro lado, el constitucionalismo “progresista”.

Adoptar uno u otro punto de vista puede llevar a concebir de muy diversas formas el rol del derecho constitucional y del constitucionalismo en general; también puede propiciar soluciones muy distintas para un caso constitucional dado; asimismo, puede conducir a miradas dispares sobre las formas de entender las garantías constitu-

1. Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires, 2006), con una tesis calificada como sobresaliente. Participante del United States Judiciary Training Program del Federal Judicial Center, Washington D.C., 2005 y 2006. Especialista en Derecho Administrativo-Económico (Universidad Católica Argentina, 1998). Profesora de Bases Constitucionales del Derecho Administrativo, MDA (Universidad Austral) y de Derecho Administrativo (UCA). Integrante del Instituto de Derecho Administrativo y del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Correo electrónico: es@bgcv.com.ar.

RECENSIÓN

cionales; entre otras muchas otras variables. A fuer de la claridad, la existencia de esas dos posturas puede ser ejemplificada, en una orilla, con doctrinas que, privilegiando el apego al texto constitucional, vedan la creación jurisprudencial de derechos; o bien, en la otra orilla, con doctrinas que alientan –sin o con limitaciones– esa creación jurisprudencial de derechos.

Pero el mundo de la interpretación jurídica no se limitaría a una de aquellas dos posturas y sus múltiples desarrollos y variables: en el libro que motiva esta recensión bibliográfica, el profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, Adrian Vermeule, propone un camino alternativo, superador, si se quiere, de aquella suerte de dialéctica: lo que él denomina “constitucionalismo del bien común”.

Para el citado profesor, esa opción, como constitucionalismo:

no consiste en el positivismo jurídico, en el sentido de que no identifica todo el derecho con las reglas establecidas por aquellos autorizados para hacerlo en virtud de convenciones sociales; por el contrario, admite que la verdad de las proposiciones legales a veces dependa de la verdad de las proposiciones morales².

Específicamente:

el constitucionalismo del bien común se nutre de una tradición inmemorial que incluye, en forma adicional al derecho positivo, fuentes tales como el derecho general común a todos los sistemas jurídicos civilizados (*ius gentium*) y principios de moral natural objetiva (*ius naturale*), incluyendo una moral jurídica procedimental en el sentido empleado por el teórico del derecho estadounidense

2. Vermeule, Adrian, *Common Good Constitutionalism. Recovering the Classical Legal Tradition*, Cambridge, UK y Melford, MA, USA, Polity Press, 2022, pp. 7-8.

RECENSIÓN

Lon Fuller: la lógica interna que la actividad jurídica debería seguir a fin de funcionar bien como derecho³.

Para abrazar esta opción, el autor critica el progresivismo y rechaza el originalismo. Así lo expresa:

Hoy, el derecho público y la teoría jurídica están dominados por dos fuerzas. Por un lado, hay un derecho constitucional progresista, que trata, a los tribunales, como la arena para una agenda liberacionista y, al derecho, como un instrumento para llevar adelante esa agenda. Por el otro lado, hay un movimiento jurídico conservador, que en general se ha atado a sí mismo a un método constitucional en particular, el "originalismo" –en la versión en la que me centro aquí, esencialmente, una forma de positivismo que reclama interpretar el texto sancionado de conformidad con su significado público original–⁴.

* * * * *

¿Cómo se encara, en la obra, el propósito fijado, es decir, el objetivo de elaborar y ofrecer, al lector, una teoría de un constitucionalismo que tenga al bien común como objetivo?

El camino adoptado comprende, a modo de simple enumeración, los siguientes estadios, según el índice de contenidos del libro: en la introducción, el autor se explaya en materia del regreso de la tradición jurídica clásica. Define al bien común (cap. 1º). Luego se centra en la tradición jurídica clásica en Estados Unidos (cap. 2º) y avanza sobre el originalismo como "ilusión" (cap. 3º). Encara luego el constitucionalismo progresista (*progressive constitutionalism*) y el constitucionalismo en desarrollo (*developing constitutionalism*) (cap. 4º). Fi-

3. Íd., p. 8.

4. Íd., p. 15.

RECENSIÓN

nalmente, ilustra su propuesta con una serie de aplicaciones concretas (cap. 5º). Una conclusión corona la obra.

* * * * *

Los capítulos 1º y 2º, tal como se explica, presentan “una visión positiva del constitucionalismo del bien común, tanto en general como para enfocar nuestro propio orden constitucional en particular”⁵. Esta visión positiva –suerte de argumentación a favor del constitucionalismo del bien común– se apoya en el distingo que el autor efectúa ya desde la Introducción: “(...) uno tiene que diferenciar: (1) pretensiones generales acerca del constitucionalismo ordenado al bien común; (2) interpretaciones constructivistas específicas de un orden constitucional dado que apuntan a poner ese orden [constitucional], a medida que se desarrolla en el tiempo, en su mejor faz”⁶.

Se divisan, así, dos cursos o derroteros independientes de análisis, y así lo explica el autor: “(...) la interpretación en particular de nuestro propio orden constitucional (...) es separable de las pretensiones generales acerca de la naturaleza y principios del constitucionalismo también ofrecidos aquí”⁷. Se advierte, así –entiendo–, la complejidad del abordaje, y la necesidad de que la obra satisfaga ambos renglones.

La mentada independencia de cursos de análisis le permite al autor plantearle, al lector, que “uno podría adherir al esquema de trabajo general de interpretación conforme al constitucionalismo del bien común sin suscribir a la interpretación plena, en particular, del derrotero del derecho público estadounidense sobre el que me he expedido”⁸.

Veamos ahora, en forma muy sucinta, los aspectos principales del desarrollo de cada capítulo.

* * * * *

5. Íd., p. 21.

6. Íd., p. 11.

7. Íd., p. 12.

8. Íd., p. 12.

RECENSIÓN

El cap. 1º explicita, en cierta forma, el punto de abordaje adoptado, esto es: "(...) una definición general, positiva, del bien común, un bosquejo del constitucionalismo del bien común, y una reseña de sus contornos, premisas, y compromisos básicos"⁹.

Titulado "Definición del bien común", este primer capítulo se halla dedicado al constitucionalismo del bien común en general, pero ya en él emerge la concepción del autor sobre el orden constitucional estadounidense. En efecto, luego de referirse a cuestiones de poderes federales y locales en materia de bienestar¹⁰; luego de desdeñar las discusiones entre originalistas y libertarios en materia de división del poder entre Nación y estados¹¹; y luego de sugerir principios propios que podrían gobernar la lectura constitucional¹², se pregunta:

¿Cómo, si es que lo fueran, se afianzarían estos principios en el texto constitucional y en fuentes jurídicas convencionales? Las amplias generalidades y famosas ambigüedades de nuestra Constitución brindan vasto espacio para lecturas sustantivamente morales que promuevan la paz, la justicia, la prosperidad, la salud y la seguridad, por medio de solo autoridad, solidaridad y subsidiariedad¹³.

Concluye en que, en las relaciones entre Gobierno nacional y gobiernos estatales, y "a pesar del alto volumen de la cháchara entre círculos originalistas y libertarios, el gobierno federal, a todo efecto y propósito, ha adquirido por prescripción, a lo largo del tiempo, un poder de policía de facto"¹⁴. Y después de referirse a artículos de la ley que habilitan a la Federal Communications Commission a regular por razones de "conveniencia pública" y a secciones de la Ley de Procedimiento Administrativo estadounidense sobre emisión de reglas

9. Íd., p. 21.

10. Íd., pp. 32-34.

11. Íd., p. 32.

12. Íd., pp. 36-38.

13. Íd., p. 38.

14. Íd., p. 34.

RECENSIÓN

sin participación previa por mediar “justa causa”, propone que las normas que se refieren al “interés público” o alguna de sus variantes “deben tener una lectura u otra (incluyendo, entre las posibilidades, deferencia hacia la lectura efectuada por otros funcionarios); no puede, simplemente, desearse que desaparezcan”¹⁵.

El cap. 2º se titula “La tradición jurídica clásica en Estados Unidos”, y consta de dos unidades temáticas. La primera presenta un esquema histórico que brinda ricos ejemplos en materia de *ius commune* y *ius naturale*¹⁶. La segunda parte se dedica a desbrozar una cierta muestra jurisprudencial de elevado interés a efectos de la propuesta del autor: (1) *Lochner v. New York*, de 1905, fallado por la Suprema Corte estadounidense; (2) *Riggs v. Palmer*, de 1889, decidido por la Corte de Apelaciones de New York; y (3) *United States v. Curtiss Wright Export Corporation*, de 1936, fallado por la Suprema Corte estadounidense.

El fallo *Lochner* comprende una opinión mayoritaria redactada por el Justice Peckham, a la cual adhirieron los Justices Fuller, Brewer, Brown y McKenna, y una disidencia redactada por el Justice Harlan, a la cual adhirieron los Justices Douglass White y Day. Vermeule afirma que la disidencia del Justice Harlan, en este caso –que versó, recordemos, sobre la constitucionalidad de la ley estadual reguladora del máximo de horas de trabajo por semana–, constituye un “voto modelo para el constitucionalismo del bien común”¹⁷.

Respecto de *Riggs v. Palmer*, se trata del recordado caso del heredero que había matado a su abuelo y quería heredarlo bajo un testamento reputado válido según las leyes. El autor asevera que el desacuerdo en el decisorio, entre mayoría y disidencia, es “enteramente interno a la tradición jurídica clásica. Ambos votos ven a la ley como comprensiva de textos sancionados, al tiempo que no se hallan limitados por éstos”¹⁸.

Por último, *United States v. Curtiss Wright Export Corporation* contó con una opinión mayoritaria redactada por el Justice Sutherland,

15. Íd., p. 35.

16. Íd., pp. 52-60.

17. Íd., p. 61

18. Íd., p. 84.

RECENSIÓN

a la cual adhirieron los *Justices* Van Devanter, Brandeis, Butler, Roberts, Cardozo y Hughes; la disidencia fue del *Justice* MacReynolds; el *Justice* Fiske Stone fue recusado. Este fallo, que se suele estudiar en materia de delegación legislativa, versó acerca de la convalidación de la resolución conjunta, de ambas Cámaras del Congreso estadounidense, que autorizara, por aclamación, al Presidente, a tipificar, como ilícita, la venta de armas a combatientes en un conflicto entre Bolivia y Paraguay. Vermeule acude al *ius gentium* en su análisis. Partiendo de la afirmación de que la delegación sólo iba a ser reputada inválida si hubiera involucrado asuntos internos o domésticos, y analizando la respuesta del Tribunal, a la pregunta acerca de si el contexto internacional conllevaba algún distingo, afirma que la respuesta, en el fallo, fue la que marcó toda una diferencia. Ello, en tanto se afirmó que, en materia de relaciones internacionales, "(...) los estándares de la delegación válida eran más espaciosos que en los asuntos domésticos"¹⁹. El autor advierte que, en la opinión mayoritaria, se adopta una postura histórica, y no por ello originalista; repara en la historia para desentrañar los alcances de la soberanía a efectos del *ius gentium*, y no para interpretar el significado de las cláusulas constitucionales²⁰.

Los caps. 3º y 4º se hallan dedicados a una crítica dirigida a –respectivamente– el originalismo, al cual califica como “ilusión”²¹, y el constitucionalismo progresivista (“*progressive constitutionalism*”) y en desarrollo (“*developing constitutionalism*”) ²². En la visión de Vermeule, si bien estas posturas se hallarían en contienda mutua, no tendrían al constitucionalismo del bien común como adversario: “(...) el punto metodológico clave es sólo que tanto el originalismo como el progresivismo están ubicados en el mismo lado del golfo que los separa de la tradición jurídica clásica”²³.

El cap. 5º se denomina “Aplicaciones”. Allí adelanta el autor:

19. Íd., pp. 84-89.

20. Íd., p. 86.

21. Íd., pp. 91-116.

22. Íd., pp. 117-133.

23. Íd., p. 17.

RECENSIÓN

Temáticamente, elegí aplicaciones teniendo en mira el alcance, demostrando que no hay parte alguna del derecho público que se halle fuera de los límites de la perspectiva clásica, y también teniendo en mira ilustrar acerca de uno o más temas volcados en capítulos anteriores: el rol del ius, en lugar de, o en forma adicional a la, lex; el carácter en desarrollo (pero no progresivista) de la doctrina constitucional a lo largo del tiempo; el amplio ámbito para que las autoridades públicas aseguren los bienes identificados por la *raison d'état*; la importancia de las determinaciones; el rol deferencial de los jueces; y la orientación de los derechos y del derecho en general hacia el bien común (...) ²⁴.

Agrega:

No tengo la ambición de escribir un tratado integral (...), sino, en cambio, ofrecer algunas ilustraciones sugerentes a fin de comenzar un proyecto que, con el tiempo, funcionará por sí ²⁵.

En materia de “aplicaciones,” se incluye un amplio rango de temas, ubicados en tres secciones, tituladas: (A) “El Estado administrativo: la voz viva del derecho” ²⁶; (B) “Subsidiariedad y solidaridad: «la fuerza de un gigante»” ²⁷, y (C) “Los derechos y el bien

24. Íd., p. 134.

25. Íd., p. 134.

26. Íd., pp. 136-154.

27. Íd., pp. 154-164. Con cita de Shakespeare, William, *Measure for Measure*, escrita en 1603-1604: “(...) *O, it is excellent / To have a giant's strength, but it is tyrannous / To use it like a giant*” (II.ii.) (Oh, es excelente tener la fuerza de un gigante, pero es tiránico emplearla como un gigante). Esta cita guardaría cierta relación con el Soneto 94, del Bardo, que remata con la célebre sentencia: “(...) las azucenas en descomposición huelen mucho peor que las malezas”. En ambos casos, parecería divisarse el riesgo de la “caída”: quien tiene la fuerza del gigante, cae (se hace un tirano) si no administra su fuerza; quien tiene excelencia o belleza como las azucenas, caerá (olerá mal) si se infecta, y prevalecerán las malezas. Esa caída parece más evitable en el primer caso

RECENSIÓN

común”²⁸. En lo estrictamente material, se incluyen, en la serie de “aplicaciones”, importantes instituciones y doctrinas del derecho público, tales como: reglas, mandatos y principios; Pound y el crecimiento de la Justicia administrativa; Schmitt y la tiranía de los mandatos; Dworkin y los principios; la revisión judicial del accionar de la Administración bajo el *test* de arbitrariedad y capricho; procedimiento administrativo; revisibilidad y principios fundamentales; deferencia y determinación (sección A). A ellos se agregan: la subsidiariedad como estado de excepción; lo relativo al margen de poderes de los estados; y la prudencia, la subsidiariedad y la solidaridad, incluyendo principios procedimentales e interpretación de la ley y de la Constitución (sección B). Finalmente: la visión clásica de los derechos, incluyendo ilustraciones de la libertad de expresión, valores sustraídos, obscenidad y blasfemia; derechos del medio ambiente, incluyendo legitimación activa y *test* del daño de hecho; y la doctrina de la confianza pública y la habilitación al Estado para actuar como delegatario de esa confianza (sección C).

En este capítulo 5^o²⁹ se discuten, con variado nivel de profundidad, pluralidad de decisorios de la Suprema Corte estadounidense vinculados a los ejes abordados.

* * * * *

La obra del profesor Vermeule que motiva esta recensión bibliográfica parecería haber sido pasible de pluralidad de comentarios, y ello surgiría de una simple consulta en un buscador *online*. Entre los comentarios académicamente serios dedicados al libro que motiva esta recensión, puedo mencionar los dos que siguen.

que en el segundo. Cabe acotar, volviendo al volumen objeto de esta recensión, que Vermeule, *id.*, pp. 254-155, efectúa un doble análisis a los fines de que se evite la caída, en la tiranía, de quien tiene la fuerza de un gigante; figura de un gigante que puede traer, a la mente del lector, en forma casi instantánea, la del Estado.

28. Vermeule, Adrian, *Common Good Constitutionalism. Recovering the Classical Legal Tradition*, Cambridge, UK y Melford, MA, USA, Polity Press, 2022, pp. 164-178.

29. *Id.*, pp. 134-178.

RECENSIÓN

Por un lado, el profesor Randy E. Barnett, de la Universidad de Georgetown, en “Deep State Constitutionalism”³⁰, concluye en que Vermeule no cumplió su deber básico, como académico, de “confrontar la versión más fuerte de las teorías que objeta”. El profesor Barnett acusa al profesor Vermeule de haber, en cierto modo, “facilitado las cosas”. Algo de ello podría percibirse –tal vez– en el tratamiento un tanto apresurado de la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense en el cap. 5º, que omite, de plano, objetar instituciones harto debatibles y debatidas del derecho público, como la doctrina de la deferencia o el rol deferencial de los jueces.

Por otro lado, el profesor Eric Segall, de la Georgia State University College of Law, en “Ten Observations about Adrian Vermeule’s Book «Common Good Constitutionalism»”³¹, pone de manifiesto que fue personalmente objeto de agresiones en una red social por haberse “tomado este libro en serio”. El profesor Segall enumera muchos aspectos del libro que tienen “reales implicancias para el derecho constitucional”. Entre ellos, destaco los siguientes: claridad, transparencia y accesibilidad, donde alguna expresión en latín depara atención, pero el resto está todo en la superficie (términos como gustar, amar, odiar, o sólo reflexionar); el propósito del libro, v. gr., que “el derecho debería promover el «bien común», y no la agregación de preferencias individuales”; respecto de la crítica dirigida al originalismo, el profesor Segall entiende que, si bien la teoría es equivocada, el resultado es correcto; respecto de las críticas al constitucionalismo viviente, son de cierto peso en general porque Vermeule coincide con Segall en materia de deferencia judicial en la mayoría de los casos; la defensa de un enorme “Estado administrativo” deja sin aliento en su faz persuasoria; la postura de Vermeule en materia de legitimación activa

30. Barnett, Randy E., “Deep-State Constitutionalism”, The Claremont Institute, Claremont Review of Books, 2022. rescatado de: <https://claremontreviewofbooks.com/deep-state-constitutionalism/> (consultado el 26/5/2023).

31. Segall, Eric, “Ten Observations about Adrian Vermeule’s Book «Common Good Constitutionalism»”, 2022, Dorf on Law – Opinionated Commentary on Law, Politics, Economics, and more from Michael Dorf, Neil Buchanan, Eric Segall, and (occasionally) others. Rescatado de: <http://www.dorfonlaw.org/2022/03/ten-observations-about-adrian-vermeules.html> (consultado el 26/5/2023).

RECENSIÓN

es correcta y sería bienvenida por la mayoría de los progresivistas; en contra de lo que se ha dicho en los medios y en otros lugares, no hay nada en este libro sobre establecer un gobierno religioso o emplear la doctrina religiosa para obtener ciertas conductas. Por último, según el profesor Segall, no se va a leer, en otro libro, una mejor defensa de los intentos estatales de hacer frente al cambio climático. Al final de su reseña, el profesor Segall deja aclarado que no conoce personalmente al profesor Vermeule, y concluye en la calidad de “punto de inflexión” (*game changer*) que posee el libro en cuestión³².

* * * * *

Desde un punto de vista personal, estimo que este libro bien vale una lectura, sea para luego ponderarlo o, eventualmente, para criticarlo, o tal vez para ponderarlo en alguna faz, y criticarlo en otra. En Argentina, tuvimos ocasión de debatir cada capítulo de *Common Good Constitutionalism* en el marco de un seminario conducido por el profesor Juan Bautista Etcheverry, en la Universidad Austral³³. Fue una experiencia académica enriquecedora, en la que, desde distintos puntos de abordaje, desbrozamos, capítulo por capítulo, la propuesta del autor.

Concluyo esta recensión bibliográfica con una reflexión, tal vez aventurada, pero honesta: pienso que *Common Good Constitutionalism* amerita dos lecturas; una, como teoría general, dentro del sano objetivo encarado, esto es, el de una teoría del constitucionalismo para el bien común; y la otra, en tanto obra que acude en muchísimas ocasio-

32. Segall, Eric, “Ten Observations about Adrian Vermeule’s Book «Common Good Constitutionalism»”, *Dorf on Law – Opinionated Commentary on Law, Politics, Economics, and more from Michael Dorf, Neil Buchanan, Eric Segall, and (occasionally) others*, 2022. Rescatado de: <http://www.dorfonlaw.org/2022/03/ten-observations-about-adrian-vermeules.html> (consultado el 26/5/2023).

33. “Seminario de discusión sobre el libro «Common Good Constitutionalism», de Adrian Vermeule”, Pilar, Universidad Austral, Facultad de Derecho, septiembre a noviembre 2022, con la participación de los profesores J. Podres Yaniz, P. Rivas, M. García Mansilla, J. B. Etcheverry y la suscripta.

RECENSIÓN

nes a instituciones, jurisprudencia, normas del derecho administrativo estadounidense.

En punto a la primera lectura, la teoría general que propone Vermeule puede o no presentar su atractivo, pero es, en sí misma, buena. Así como estimo personalmente que no es buena la dialéctica infructífera, y que puede no resultar bueno el apego ciego a la letra de la ley, y que tampoco es bueno quedar, como ciudadana, en el barco de agendas que no comparto, entiendo que es bueno querer que el derecho constitucional apunte al bien común. Y este es el objetivo último que quiere transmitir el autor de este volumen. A modo de ilustración, y sin necesidad de acudir a la doctrina tomista, pensemos, tan solo, que vivimos, en cierto modo, en red, en un sistema humano, y, cada tanto, las disecciones, particiones, aislaciones que efectúan las leyes, e incluso los decisorios, si no apuntan al bien común, pueden redundar en resultados disvaliosos, dañinos, opuestos a los tenidos en mira originariamente.

Sin embargo, en el específico campo del derecho público, en países como Argentina, con abundancia de iniciativas cotidianas –concretadas o no–, tendientes al avance del Estado sobre el mundo de los particulares, con sus efectos sobre el desempeño de éstos en la sociedad, considero que debemos tomar la actitud de Vermeule hacia las ilustraciones de derecho administrativo estadounidense que nutren la obra con extrema prudencia.

Expresa el autor:

(...) el constitucionalismo del bien común (...) lee las disposiciones constitucionales para ofrecer, a las autoridades públicas, latitud para promover el florecimiento de las comunidades políticas (...) ³⁴.

El margen de atribución o reconocimiento de esa “latitud” se halla –podrá coincidir el lector– inescindiblemente atado a la experien-

34. Vermeule, Adrian, *Common Good Constitutionalism. Recovering the Classical Legal Tradition*, Cambridge, UK y Melford, MA, USA, Polity Press, 2022, p. 36.

RECENSIÓN

cia histórica del país que provee las muchas ilustraciones y ejemplos que se brindan en el libro aquí reseñado. Ello, independientemente de que las ilustraciones y ejemplos se analicen desde lo histórico o no. Consideremos el complejo histórico institucional que informa, por ejemplo, a la doctrina de la “delegación legislativa” en Estados Unidos. Confrontémosla, en punto a ese mismo instituto, con nuestra propia historia y nuestras instituciones. Consideremos el “procedimiento” de toma de decisión del órgano administrativo, sea la decisión de alcance general o particular, las garantías de independencia de ese decisor, y su régimen de revisión judicial menos o más deferencial, en el ámbito estadounidense. Confrontémoslo con nuestro ordenamiento y práctica administrativa y jurisprudencial.

Por ello, un “trasplante”³⁵ apasionado o irreflexivo de la actitud de Vermeule, en la obra que reseño, hacia el denominado “Estado administrativo” y algunas de sus contestables –en el país de origen– instituciones y prácticas, tendrá que ser sofrenado o, al menos, adecuadamente adaptado a un medio muy distinto como el nuestro, a fin de que, en el plano metodológico, no pierda valor. ¡Feliz lectura!

35. Adopto la clásica expresión de Watson, Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Athens, Georgia, The University of Georgia Press, 1993.