

**REFLEJOS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO EN EL *COMMON GOOD CONSTITUTIONALISM***

AUTOR: RODNY VALBUENA TOBA

NIUB: 17102945

Trabajo de Fin de Grado

Filosofía del Derecho

Tutor: Dr. Joan Ramos Toledano

Grado en Derecho, curso 2022-2023, segundo semestre

Universidad de Barcelona

## RESUMEN

La aparición del «*common good constitutionalism*» (constitucionalismo del bien común) de manos de Adrian Vermeule ha generado tanto apoyos como críticas a esta nueva teoría, determinada por su tenacidad en reemplazar al originalismo como el summum del pensamiento jurídico conservador americano. Esto ha despertado un interés por investigar qué conexiones teóricas puede haber entre el *common good constitutionalism* y las corrientes continentales contenidas en el término «neoconstitucionalismo». Este trabajo pasa revista de las principales premisas tanto del neoconstitucionalismo, en sus versiones principialista y garantista, como de las nociones básicas del *common good constitutionalism*, con el objeto de comparar conceptualmente ambas teorías. El punto de encuentro que se obtiene de esta comparación es una similitud estructural entre el *common good constitutionalism* y el principialismo, si bien con importantes diferencias en su contenido teórico; lo cual señala una tendencia global hacia corrientes iusnaturalistas en la filosofía del derecho.

**Palabras clave:** neoconstitucionalismo, constitucionalismo del bien común, teoría del derecho, moral y derecho.

## ABSTRACT

The emergence of Adrian Vermeule's concept of «common good constitutionalism» has generated both support and criticism, presenting a new perspective that aims to replace originalism as the dominant ideology within American conservative legal thinking. This development has sparked an interest in exploring the theoretical connections between common good constitutionalism and the continental theories contained in the term «neoconstitutionalism». This paper aims to examine the fundamental principles of neoconstitutionalism, encompassing both its principlist and guaranteeist variations, and the core tenets of common good constitutionalism, in order to compare the key concepts of these two theories. The analysis reveals a structural similarity between common good constitutionalism and principlism, although significant disparities exist in their theoretical content; ultimately highlighting a growing inclination towards iusnaturalism within the philosophy of law on a global scale.

**Keywords:** neoconstitutionalism, common good constitutionalism, theory of law, morality and law.

## ÍNDICE

Resumen.....	1
1. Introducción.....	4
2. NEOCONSTITUCIONALISMO.....	5
2.1. Principialismo y garantismo .....	5
2.2. Reacción al positivismo .....	7
2.3. Características .....	9
2.3.1. Estructura de fuentes .....	9
2.3.2. Principios y reglas .....	10
2.3.3. Ponderación .....	12
2.3.4. Vinculación entre moral y derecho .....	14
2.3.5. Democracia y derechos fundamentales .....	17
3. <i>COMMON GOOD CONSTITUTIONALISM</i> .....	18
3.1. Reacción a teorías contemporáneas del derecho americano .....	18
3.1.1. Originalismo .....	18
3.1.2. Progresismo constitucional .....	20
3.2. Integrismo católico .....	21
3.3. Características .....	22
3.3.1. Ius y lex .....	22
3.3.2. Determinación .....	23
3.3.3. Deferencia administrativa .....	24
3.3.4. Vinculación entre moral y derecho .....	25
3.3.5. Estado de derecho y democracia .....	26
4. ANTE EL ESPEJO .....	27
4.1. Como modelos institucionales .....	27
4.2. Como teorías del derecho.....	28
4.2.1. Corriente iusnaturalista .....	28

4.2.2. Principios.....	29
4.2.3. Determinación y ponderación.....	29
4.2.4. Vinculación fuerte entre derecho y moral .....	30
4.3. Como presupuestos de adhesión ideológica al derecho.....	31
4.3.1. Imperialismo de la moral .....	31
4.3.2. Vínculo obligatorio de las normas .....	32
5. Conclusiones.....	33
6. BIBLIOGRAFÍA .....	34

## 1. INTRODUCCIÓN

Lejos de estancarse, las teorías jurídicas parecen estar fluyendo tanto en el estilo continental como en el anglosajón. En este trabajo, se investigará si además se están influyendo las unas a las otras. La tensión entre las corrientes iuspositivistas frente a las iusnaturalistas continúa estando presente en la filosofía del derecho, tanto en la tradición continental como en el *common law*. En concreto, las teorías enmarcadas en el paraguas neoconstitucionalista parecen haber encontrado un reflejo insospechado en el denominado *common good constitutionalism* de Adrian Vermeule.

Formalmente originado en 2020, el *common good constitutionalism* (que por comodidad se abreviará en adelante a «CGC») es una teoría jurídica joven. Luego, junto con las teorías neoconstitucionalistas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, este trabajo se encuadra en un encuentro filosófico de fresca actualidad que, además, tiene el potencial de acercar a las dos familias jurídicas de tradición occidental.

Se hacen para ello dos preguntas: ¿qué relación existe entre el CGC y el neoconstitucionalismo? Y, a partir de esa relación, si se encontrase, ¿podría hablarse de un acercamiento entre los filósofos del derecho de los contextos anglosajón y continental?

Se parte de la intuición de que existen semejanzas entre ambas teorías, sobre todo en cuanto a uno de sus métodos: la ponderación de principios. Con respecto a la segunda pregunta, se ofrece la hipótesis de que ambos estilos se encuentran inmersos en una corriente iusnaturalista de la filosofía del derecho. Esto podría incluso explicar cómo es posible que, desde dos puntos ideológicos tan opuestos (la justicia social, por un lado, y la virtud moral, por el otro) pudiesen llegar a conclusiones similares.

Por ello, este trabajo tiene como primer objetivo uno doble: desarrollar ambas teorías, para lo cual se dedican sendos apartados al neoconstitucionalismo y al CGC. La metodología para dicho marco teórico será descriptiva y conceptual. El otro objetivo será extraer de ellas elementos comunes, a través de la inducción, a

partir de los puntos concretos que de cada teoría se hayan estudiado. Será en ese apartado en el que se pondrán ambas teorías ante el espejo.

Finalmente, huelga advertir que se está iniciando el viaje con la precomprensión hermenéutica de que existen semejanzas relevantes. Es posible que la conjetura que ha dado origen a esta investigación haya sido excesiva. Para salvarla, se procurará que el contenido de los apartados dedicados a la descripción de las teorías sea analítico; la crítica propia, esto es, que no forme parte del estado de la cuestión, estará reservada para la comparación y las conclusiones. Adicionalmente, el CGC presenta varias limitaciones epistemológicas, no siendo la menor de ellas el problema intersubjetivo de haber sido desarrollado en un contexto jurídico distinto al que influye a esta investigación. En consecuencia, se tomarán precauciones en la exploración, concretamente a través de un enfoque conceptual más que normativo. Ello, sumado a la juventud del CGC y, en consecuencia, la relativa escasez de perspectivas al respecto, llevará a abrir nuevas preguntas en las conclusiones para la continuación de esta investigación.

## **2. NEOCONSTITUCIONALISMO**

### **2.1. Principialismo y garantismo**

Hablar de neoconstitucionalismo es hablar de críticas dispensadas recíprocamente entre neoconstitucionalistas. En un primer punto, sin embargo, parecen muchos de ellos estar de acuerdo: se trata de la geometría del concepto, desplegada en tres dimensiones de la misma idea que se apoyan las unas a las otras.

Neoconstitucionalismo puede ser, en primer lugar, el término con el que se hace referencia a los modelos institucionales contemporáneos, originados tras la Segunda Guerra Mundial. Estos nuevos sistemas se expresaron a través de constituciones que buscan establecer reglas básicas de organización política con sus correspondientes garantías, y, al mismo tiempo, prescribir un proyecto político de transformación social: constituciones garantizadas y con contenido normativo (Prieto Sanchís, 2001, p. 205).

También puede serlo la teoría jurídica que explica este modelo institucional, y que surge en oposición a las teorías positivistas que sostenían al sistema formal o legalista que preponderaba antes de la Segunda Guerra Mundial. Las

características comunes de estas teorías serán desarrolladas más adelante en este mismo apartado.

Y, finalmente, una tercera acepción de neoconstitucionalismo se refiere al contenido ideológico de estos modelos institucionales, o la filosofía política que los sustenta. Dentro de esta esfera, se robustecen ciertos pilares fundamentales del ordenamiento, entre ellos derechos políticos, civiles, de libertad y sociales (Ferrajoli, 2011, p. 26). Además, es a través del contenido ideológico que podrá encontrarse el vínculo obligatorio de las normas. «La obediencia a la ley tiene que darse de un reconocimiento reflexivo y, por lo tanto, voluntario, de aquella aspiración normativa a la justicia que late en todo ordenamiento jurídico» (Habermas, 1988, p. 57).

Es posible amalgamar las diferentes acepciones dadas por diversos neoconstitucionalistas en el triángulo que se ha descrito. No obstante, no todos los autores convergen exactamente dentro de las fronteras que se siguen en esta descripción, que en gran medida responde al análisis hecho por Luis Prieto Sanchís (2001) y por Luigi Ferrajoli (2011).

Las diferencias entre los autores surgen sobre todo en cuanto al neoconstitucionalismo como teoría del derecho. En general, el debate se ha dividido en dos campos que responden a la magnitud de ciertos elementos en el proceso jurídico. Un grupo denominado principialismo, y otro llamado garantismo. Las distintas visiones de cada uno hacen oscilar al constitucionalismo contemporáneo entre más iusnaturalista, según el principialismo, o más iuspositivista, de acuerdo con el garantismo (Ferrajoli, 2011).

El constitucionalismo principialista tiene raíz anglosajona, sobre todo a partir de la obra de Ronald Dworkin. Se caracteriza por partir de la premisa de que existe una conexión fuerte entre derecho y moral, la existencia de principios como oposición a las reglas, y a analizar al derecho como una práctica, esto es, con el foco sobre la actividad de los jueces (Comanducci, 2003, p. 87). Su contenido se opone diametralmente al positivismo, como se verá más adelante.

El garantismo, por su parte, se desarrolla como un complemento del positivismo. «Por ello, el constitucionalismo garantista completa tanto al positivismo jurídico como al Estado de Derecho: completa al positivismo jurídico porque positiviza no

sólo el “ser” sino también el “deber ser” del Derecho; y completa al Estado de Derecho porque comporta la sujeción, también de la actividad legislativa, al Derecho y al control de la constitucionalidad» (Ferrajoli, 2011, p. 24). Consistiría en la evolución de un positivismo formal a uno material.

La distinción práctica entre ambos grupos de neoconstitucionalismos se encuentra, sobre todo, en la tendencia del principialismo a crear principios no formulados en la Constitución, y la del garantismo a establecer límites al poder político y a crear protecciones para los derechos fundamentales. No obstante, convergen en su efecto protector de derechos, su posición monista del derecho internacional e interno, y en el llamado «principio de supremacía-fundamentalidad constitucional» (González Madrid, 2018, pp. 46–47).

## **2.2. Reacción al positivismo**

El positivismo jurídico ha sido la teoría del derecho preponderante durante el siglo XIX y bien entrado el XX. La frase «[e]l *common law* era la enfermedad, el positivismo la cura» (Atria, 2004, p. 110) refleja muy bien esta idea. En un sistema sometido al principio de *stare decisis*, el poder judicial cuenta con amplios poderes y, con ellos, gran discreción a la hora de crear derecho (Servidio-Delabre, 2014, p. 87 y ss.). El positivismo ofrece una solución en la forma de fortalecimiento de la ley como fuente de derecho por excelencia, cuya creación corresponde exclusivamente a un poder legislativo que representa a la soberanía nacional en el Parlamento. El derecho desde una perspectiva positivista es una legalidad conforme al ordenamiento con eficacia social sin «ninguna conexión necesaria entre derecho y moral» (Alexy, 1994, p. 13).

Con Hans Kelsen, el positivismo aporta un sistema escalonado de fuentes jurídicas que fundamentan al resto de niveles de normas, cada una con una legitimidad derivada de la que la supera en jerarquía. En la cúspide, incluso por encima de la Constitución formal que cimenta al resto del ordenamiento, se encuentra una norma fundamental de naturaleza analítica y neutral cuya única función es darle legitimidad al sistema en su totalidad. Antes incluso de Jeremy Bentham, Immanuel Kant identificaba esta norma fundamental con el derecho natural, pero el positivismo prescinde de normas sin sustento objetivo, aunque se resista a admitir que el origen de esta norma etérea es necesariamente iusnaturalista, por cuanto



que sea positivo es imposible. A diferencia de Kelsen, Herbert Hart concibe una norma fundamental empírica, que existe en tanto que los participantes del sistema la practiquen (Alexy, 1994, pp. 116–121).

Indistintamente de la concepción acerca de la norma fundamental del sistema, a Kelsen también le preocupaba que la *sobreconstitucionalización* diese demasiado poder al intérprete constitucional. De ahí el frenesí positivista de diferenciar limpiamente la moral del derecho, prueba de una preferencia por constituciones de límites y no de principios (Barberis, 2003, p. 263). Razón tenía de inquietarse: algunas dictaduras contemporáneas se han valido de constituciones hipertróficas para mantener la opresión, con la jurisdicción constitucional como instrumento indispensable, como es el caso de Venezuela (Chavero Gazdik, 2011).

Con las nuevas constituciones del siglo pasado, el paradigma de la legalidad como protagonista del sistema jurídico cambió para privilegiar el rol de la Constitución como fuente de derecho y no simple declaración política. Adquirió una posición de ubicuidad en el análisis jurídico (Prieto Sanchís, 2001, p. 208). Nuevas normas cobraron importancia que antes no tenían, y que representaban retos para su análisis desde un punto de vista positivista. La filosofía del derecho, en particular de la mano de Dworkin, enumeró una serie de críticas al positivismo sobre las cuales se construyeron las primeras ideas neoconstitucionalistas, procurando, al mismo tiempo, no caer dentro del iusnaturalismo clásico (Battista Ratti, 2015, p. 233).

En concreto, estas nuevas ideas se oponían a los siguientes enunciados del positivismo jurídico. Si el positivismo expone una separación total entre derecho y moral, el neoconstitucionalismo *lato sensu* parte de una conexión, ora necesaria, ora contingente, dependiendo de la vertiente. La ciencia jurídica deja de ser inmune a tener juicios axiológicos, y requiere de la moral para identificar lo que es derecho.

Si el positivismo recoge la existencia de normas taxativas, con creación exclusiva por parte del poder legislativo, el neoconstitucionalismo divide las normas en reglas y principios, con una dinámica distinta a la taxatividad. Normas que no solo están sujetas a la subsunción sino también a la ponderación. Como consecuencia, el

formalismo positivista como vicio del sistema es sustituido por el activismo judicial como exceso del otro lado de la partida (Battista Ratti, 2015).

Pero no solo reacciona contra el positivismo, sino que también busca distanciarse del iusnaturalismo clásico propio del siglo XVIII. Se distinguen en cuanto que el iusnaturalismo se vale del método de la deducción racional para obtener axiomas, pero en el neoconstitucionalismo el método deductivo es sustituido por la ponderación, ya que los axiomas ya se encuentran plasmados en la Constitución. El neoconstitucionalismo define al derecho como una práctica social más que un sistema de normas, como hacía el iusnaturalismo (Battista Ratti, 2015). Retomando el concepto de derecho de Robert Alexy, en una teoría no positivista como de la que trata esta investigación, el derecho es también su contenido moral, además de la conformidad legal y la eficacia social (Alexy, 1994, p. 14).

No obstante, hay muchas similitudes, sobre todo en cuanto a la plenitud del sistema, la cercana vinculación entre moral y derecho y la conformidad necesaria entre el derecho positivo y los axiomas de derecho natural (iusnaturalismo), o principios constitucionales (neoconstitucionalismo). En efecto, «[s]e puede sostener que el neoconstitucionalismo es solo una versión moderna (y relativamente sofisticada) del iusnaturalismo» (Battista Ratti, 2015).

Bajo esta lectura, podría hablarse de un péndulo de corrientes iusfilosóficas que oscila entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo; lo cual, si fuera cierto, ayudaría a categorizar nuevas teorías que surgen como reacción a aquellas preponderantes. Es justo el caso del neoconstitucionalismo en tanto que reacción contra el positivismo, mas con trasfondo iusnaturalista (Comanducci, 2003, p. 82).

## **2.3. Características**

### *2.3.1. Estructura de fuentes*

El derecho neoconstitucionalista está constituido por tres componentes, según Alexy. Primero, por normas con eficacia social. Segundo, normas con pretensión de corrección, esto es, que el derecho debe al menos pretender ser justo, aunque no siempre llegue a serlo (Battista Ratti, 2015, p. 243). Tercero, por todo aquello que se requiera para poder aplicarlo, incluyendo principios no jurídicos que sirvan

para darle pretensión de corrección a la decisión que tome el operador jurídico (Alexy, 1994, p. 123).

La plenitud normativa del neoconstitucionalismo parte de un proceso bifásico en la aplicación de una especie concreta de normas conocidas como principios, de los que se hablará más adelante. En primer lugar, cada principio tiene en sí mismo un nivel intuitivo de moralidad que existe en un plano ideal y que puede observarse *prima facie*. Por ejemplo, en un principio constitucional se puede leer y entender en abstracto la noción moral que lo informa. Un siguiente paso sería su aplicación, lo cual ocurre en un plano no ideal sino crítico de la moralidad, y consiste en la articulación de un sistema entero para el caso concreto a partir de los juicios de valor que surjan del principio (Moreso, 2003, p. 119).

De esta manera, la estructura de fuentes del derecho en el neoconstitucionalismo es casi horizontal. La Constitución no deja de ser la fuente principal y superior: «es Ley Fundamental en tanto que funda todo el orden jurídico, le da sentido a los contenidos normativos y proyecta su razón de ser como condensación de los derechos considerados como finalidad del Estado constitucional» (González Madrid, 2018, p. 68). Pero lo más destacable es que la esencia se encuentra en el peso de los principios y las reglas dispersas en el ordenamiento y en su concordancia con valores morales o, más específicamente, derechos fundamentales (Alexy, 1993).

### 2.3.2. *Principios y reglas*

Ya se ha adelantado que una de las características más distintivas del neoconstitucionalismo es la distinción entre principios y reglas, entendidas como especies del género normas (Dworkin, 1978, p. 22 y ss.; Prieto Sanchís, 2001, p. 213). Las reglas son normas cerradas o «mandatos definitivos», con una clara estructura de supuesto de hecho-consecuencia jurídica. Los principios, en cambio, son normas abiertas, o «mandatos de optimización», que más bien buscan un estado de cosas valioso (Alexy, 1994, p. 185; Ferrajoli, 2011).

No significa esto que los principios carezcan de hechos condicionantes, sino que su formulación puede distinguirse de la de las reglas de tres maneras: puede tener una formulación teleológica para la obtención de un fin; puede ser una metanorma, destinada a regir la aplicación del derecho; o puede ser categórica si la finalidad que se busca es incondicional (Guastini, 1999, p. 149). En la práctica, pueden manifestarse como propiamente mandatos de optimización en lo que Ferrajoli denomina principios directivos; en principios regulativos, que no se aplican pero que sí se observan o respetan; o en derechos sociales, principios intermedios entre los directivos y los regulativos que consagran una obligación de producción de normas, de actuación para la creación de derechos prestacionales (Ferrajoli, 2011, p. 35). La lógica de los principios es servir de normas implícitas: un principio funge de base ideal para encuadrar a todos los supuestos de hecho posibles, de forma que el sistema pueda estar completo (Moreso, 2003, pp. 114–115).

La distinción fuerte entre principios y reglas se encuentra más presente en el principialismo que en el garantismo. Este critica la premisa de que la diferenciación sea en cualquier caso relevante, y le da la vuelta afirmando que los principios podrían convertirse en reglas a través de la interpretación: porque detrás de toda regla hay necesariamente un principio quebrantado. El garantismo se cuestiona la necesidad de la distinción, y sostiene que responde a parámetros ideológicos (Battista Ratti, 2015; Ferrajoli, 2011, pp. 37–38; Guastini, 1999, p. 147). En cualquier caso, los principios en el principialismo pueden ser tanto normas constitucionales con objetivos políticos, como derechos fundamentales, como valores morales no escritos (Ferrajoli, 2011, p. 35).

Los principios pueden incluso no ser fruto de ninguna autoridad normativa. Dworkin afirmaba que los principios no tienen validez formal en el sentido positivista toda vez que no surgen a raíz de un procedimiento legislativo ordinario. Por ello, no están sometidos a la regla de reconocimiento a la que se someten el resto de las normas (Dworkin, 1978; Guastini, 1999, p. 280).

La sugerencia es que los principios van cargados de una importancia especial por cuanto no son susceptibles de revisión, como lo sería cualquier norma legal. Se les describe como autoevidentes. De aquí también surge la crítica garantista a la distinción entre principios y reglas, por cuanto la decisión de definir cuál norma es

o no un principio necesariamente tendrá que contestarse dentro de un marco ideológico (Battista Ratti, 2015, p. 244).

Sin embargo, no se puede hablar propiamente de una jerarquía entre principios y reglas. No solo porque toda norma es derrotable por cualquier otra, sino también porque de la definición de principio no se puede extraer algún elemento que los haga intrínsecamente superiores a las reglas.

Dicho esto, hay quien afirma que «los principios predominan sobre las reglas» (Prieto Sanchís, 2001, p. 210), en el entendido de que los comportamientos de ambas clases de normas son diferentes. Un conflicto entre reglas resulta en la expulsión de la consecuencia jurídica de una de ellas, bien sea por invalidez o porque la triunfadora opera como excepción a la regla derrotada. En cambio, un conflicto entre principios en el que uno supera a otro no desdice la validez del principio derrotado.

### 2.3.3. Ponderación

La gran dificultad, que se convierte en una importante crítica al principialismo, es identificar cuáles son los principios. El proceso mediante el cual el juez los identifica y aplica se denomina ponderación, aunque algunos de sus críticos prefieran llamarlo hermenéutica *freestyle* (Carreirão, 2018, p. 882).

Alexy define el método ponderativo como la asignación de una «precedencia condicionada» a un principio sobre otro, en atención a las circunstancias concretas del caso (Alexy, 1994, p. 204). El resultado de la ponderación será que uno de los principios en conflicto será aplicado en perjuicio del otro, sin que pueda replicarse esta preponderancia en otros casos futuros salvo que las circunstancias lleven al mismo resultado. En otras palabras, la jurisprudencia derivada de una operación ponderativa tan solo sugiere posibles resultados para casos futuros, mas no los constriñe siempre que las diferencias fácticas sean suficientes.

De la definición, Riccardo Guastini extrae tres consecuencias (Guastini, 1999, pp. 169–171). En primer lugar, la interpretación peculiar de los principios solo puede operar en casos de antinomias parcial-parcial, siguiendo la tipología elaborada por Alf Ross (Ross, 2006). Esto quiere decir que los condicionantes de los principios no

pueden ser iguales para poder ser ponderados. Esto además es cierto de otras normas: en una antinomia total-parcial, se aplicaría el criterio de la especialidad de la norma que se aplicaría en lugar de otra. Sin embargo, en el caso de los principios, una antinomia total-total no podría resolverse por ponderación. De cierta manera, la ponderación es una operación residual: no puede usarse si el conflicto puede resolverse con los criterios jerárquico, cronológico o de especialidad (Prieto Sanchís, 2001, p. 211).

Otra consecuencia tiene que ver con el resultado de la operación. Siendo todos los principios iguales en jerarquía, corresponde al juez asignarles pesos distintos para resolver el caso. Ello dependerá de las circunstancias del caso en buena medida, pero no se puede negar que se filtrará su propia ideología en la jerarquía axiológica que defina en última instancia.

En teoría, sin embargo, Ferrajoli afirma que la ponderación puede utilizarse en el ámbito legislativo, sobre todo en aplicación de principios directivos y desarrollo de derechos sociales (Ferrajoli, 2011, p. 45). Si esto se analiza con miras a encontrar coherencia interna en los neoconstitucionalismos, debe entenderse este uso de la ponderación, no como elucubraciones abstractas propias de la creación de las leyes, sino como el ejercicio de dar más o menos peso a ciertos principios en atención a las disposiciones concretas de las leyes que se están formando.

Pero es en la actividad jurisdiccional en donde la ponderación encuentra su hábitat natural. Un conflicto entre principios puede determinar al juez a decantarse por una u otra calificación jurídica de ciertos hechos. O la aplicación de uno u otro principio puede cambiar la verificación de esos hechos (Ferrajoli, 2011, p. 46).

No obstante, en cuanto a la ponderación como método existe otro desencuentro relevante entre principialistas y garantistas. Estos sostienen que la ponderación es lo mismo que la interpretación sistemática que se ha venido aplicando desde el positivismo (Ferrajoli, 2011, p. 46). La premisa que soporta esta afirmación es que todo principio puede convertirse en una regla que pueda aplicarse deductivamente, esto es, que la ponderación y la subsunción son esencialmente intercambiables (Battista Ratti, 2015; García Amado, 2014; González Madrid, 2018).

La consecuencia de esta conclusión es que la ponderación termina siendo «una metáfora» (Moreso, 2003, p. 105). Lo que realmente sucede tras ponderar dos principios es que el triunfador se convertirá en una regla aplicable al caso concreto, del cual sus hechos serán subsumidos en ese principio como si fuese una regla. Más aún: hay quien afirma que la ponderación de principios no existe, y que en realidad lo que se ponderan son los hechos (Ferrajoli, 2011, p. 47). «Una vez realizada esta tarea (la ponderación), la aplicación de los principios consiste en la subsunción de casos individuales en casos genéricos. Si la aplicación del Derecho consiste en resolver casos individuales mediante la aplicación de pautas generales, entonces —por razones conceptuales— no hay aplicación del Derecho sin subsunción» (Moreso, 2003, p. 121). Esta dinámica es también combustible a las críticas del garantismo a la distinción fuerte entre principios y reglas.

La utilidad de la ponderación, en cualquier caso, reside en su potencial para establecer una jerarquía móvil (Guastini, 1999, p. 170; Prieto Sanchís, 2001, p. 216). Ella podría expresar con claridad que, ante una serie de hechos concretos, el valor jurídico de un principio predomina sobre otro, en resguardo del orden y la supremacía constitucionales.

#### *2.3.4. Vinculación entre moral y derecho*

El debate sobre la relación entre moral y derecho ha vertebrado el péndulo filosófico entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. Sin duda es una de las preguntas más importantes de la filosofía del derecho (Mateos Martínez, 2020, p. 50). Ya en este trabajo se ha dicho que el neoconstitucionalismo forma parte de la corriente iusnaturalista; por lo tanto, su visión partirá de que la vinculación entre moral y derecho es muy estrecha.

En la formulación de Alexy, la vinculación entre la moral y el derecho es consecuencia de la propia finalidad del derecho. Este busca una pretensión de corrección (Alexy, 1994, p. 41). Este objetivo es formal, en tanto que la corrección puede encontrarse en su correspondencia a una regla de reconocimiento o norma fundamental, pero es sobre todo material, en cuanto al reconocimiento de los derechos fundamentales como presupuesto necesario del sistema (Alexy, 1993; Mateos Martínez, 2020, p. 60). Esta hipótesis tiene irreparablemente implicaciones

morales toda vez que sujetar la validez del derecho a su potencial garante de derechos fundamentales envuelve decisiones morales acerca de los bienes jurídicos a proteger.

Dworkin ofrece un contenido más amplio a la moral. Además de la pretensión de corrección, un derecho es moral en tanto que sus preceptos sean acordes a la voluntad popular, y que se dirija a garantizar la igualdad entre los ciudadanos (Dworkin, 1978; Mateos Martínez, 2020, p. 65). En este último punto aparece tímidamente el fundamento de la adhesión ideológica al derecho con base en ideas de justicia social. Ahora mismo solo vale la pena guardar esta observación para que luego pueda ser contrastada con el contenido moral que Vermeule le da al CGC.

Estas dos posiciones corresponden al principialismo. La vinculación moral-derecho es obligatoria según esta teoría, porque al mismo tiempo da validez al derecho y sirve de su fundamento material. Un peligro de la conexión necesaria propugnada desde el principialismo es lo que se ha denominado imperialismo de la moral (Redondo, 1998, p. 365): la tendencia dworkiniana a reducir el punto de vista normativo al moral, como manifestación ideológica dirigida a contrarrestar los imperialismos político y económico de finales del siglo pasado (Barberis, 2003, p. 270).

En el garantismo la relación es más tenue, pero existe. Aun así, debe mantenerse en mente que, en ambas vertientes, las normas deben tener un contenido constitucional, y, en consecuencia, moral (Battista Ratti, 2015). La diferencia es de grado. La relación derecho-moral del garantismo es contingente, y dependerá de la apertura de la norma, del potencial que tenga de ser integrada con ideas morales.

Ferrajoli niega de plano que en el garantismo se reconozca una relación entre moral y derecho, porque afirma que el derecho no puede ser prescriptivo si pretende ser ciencia. La separación es necesaria para sostener que el principio de legalidad somete a los jueces al derecho y no a sus ideas individuales acerca de la moralidad, y es necesaria para que el liberalismo sirva de fundamento ideológico de un Estado de derecho (Ferrajoli, 2011, p. 26). A ello responde Comanducci, quien sostiene que el derecho como ciencia descriptiva no necesariamente significa indicar lo que debe ser (Comanducci, 2003, p. 89).



Detrás de estas tesis de vinculación moral-derecho hay una premisa oculta controversial: el cognoscitivism ético, es decir, la idea de que, primero, existe una moral objetiva y, segundo, que es posible tener acceso a su conocimiento. El riesgo es que el cognoscitivism desemboque en un absolutismo moral. Que deje en manos de los jueces un poder demasiado amplio para decidir qué es moral y qué no lo es, que sería lo mismo que decir qué es legal y qué no lo es (partiendo de una vinculación identificativa) sin atender a la validez objetiva de la norma. «[L]a idea de que [el constitucionalismo democrático] se funde en alguna objetividad de la moral o que exprese alguna pretensión de justicia objetiva, choca con sus mismo principios, a comenzar por la libertad de conciencia y de pensamiento» (Ferrajoli, 2011, p. 32).

El cognoscitivism ético es necesario para que Dworkin pueda sostener la tesis de la única solución correcta (Dworkin, 1978). La idea de una moral universal no está aislada, antes bien ha tenido otro referente importante en Jürgen Habermas (Habermas, 2010; Prieto Sanchís, 2001, p. 209; Prior Olmos, 1997, p. 146).

A esto, el garantismo responde que, no solo no existe una moral ontológica y epistemológicamente universal, sino que sería difícil afirmar que dicha única solución correcta sería replicable por todos los jueces ante las mismas circunstancias. Prueba de ello es que no existe un sistema coherente de decisiones a lo largo del tiempo (Comanducci, 2003, p. 92).

Otros autores neoconstitucionalistas más bien se preguntan por qué es necesario asumir que solo puede haber una única solución correcta desde el punto de vista moral. «[N]o se gana nada [...] al desconocer el politeísmo de los valores, moralizando el Derecho o juridificando la moral. Al contrario, admitir la recíproca autonomía y el posible conflicto entre valores jurídicos y morales permite no sólo perseguir el objetivo de una relación equilibrada entre los diversos ámbitos de la práctica, sino también evitar el peligro de la tiranía de los valores» (Barberis, 2003, p. 278).

A pesar de la polémica, ambos neoconstitucionalismos parecen estar mayormente de acuerdo en una vinculación más fuerte que la que admitía el positivismo. Incluso

Ferrajoli admite un rol a posiciones morales en la formación de las leyes (Ferrajoli, 2011, p. 28). Desde luego, la moral es la onda infrarroja del derecho.

### *2.3.5. Democracia y derechos fundamentales*

Más allá de las características de la teoría del derecho, hay un elemento más que vale la pena resaltar sobre el neoconstitucionalismo como modelo institucional y como presupuesto de adscripción ideológica al derecho. La conexión de estas dos facetas del triángulo que se describió al principio estriba en los derechos fundamentales como expresión empírica de la pretensión de corrección del derecho, más allá de una simple declaración de intenciones, o «poesía constitucional», en palabras de Alexy (2003, p. 33).

En la visión del neoconstitucionalismo, la superación del positivismo implica una inversión de las fuentes jurídicas. La ley deja de ser la fuente esencial de la argumentación jurídica para ser sustituida por los derechos fundamentales. «Si antes valía decir: derechos fundamentales sólo en el marco de las leyes, ahora se quiere decir: leyes sólo en el marco de los derechos fundamentales» (Alexy, 2003, p. 34).

En consecuencia, la lealtad de los ciudadanos al derecho vendrá determinada por la medida en que el ejercicio del poder respete esa jerarquía superior de los derechos fundamentales. En cuanto a la ley, otro corolario de esta idea es que su validez está sujeta a su contenido material y formal: material en cuanto a su ajuste a los derechos fundamentales como expresión moral de la sociedad, y formal en cuanto a los requisitos para su creación. Mauro Barberis y Carlos Nino se refieren al carácter de soporte epistémico de la moral que corresponde a las leyes, siempre y cuando sean fruto de un proceso deliberativo y democrático (Barberis, 2003, p. 266; Nino, 1997).

Esto negaría de plano que el derecho puede ser creado por los jueces. Para llegar a la única solución correcta de Dworkin, un juez integra las lagunas con principios (morales) que forman parte del derecho; luego, ya han sido creados o, al menos, ya existían antes de que tomase su decisión (Guastini, 1999, p. 281).

Un problema que trae esto es que el litigante que logre que una determinada interpretación de una norma prospere en el convencimiento del juez, habrá logrado también sobreponerse al proceso deliberativo y democrático que ha sido establecido para la formación de las leyes. Alexy describe este fenómeno como una situación en la que un solo intérprete puede llegar a ser más poderoso que un parlamento entero, pero su solución se expresa en que estas interpretaciones demandan «meditaciones serenas», es decir: «se debe interpretar los derechos fundamentales de modo que protejan lo que *todos los ciudadanos* consideran tan importante como para que no pueda ser confiado a la mayoría parlamentaria simple»<sup>1</sup> (Alexy, 2003, pp. 37, 39).

Esta solución llama de vuelta al problema del cognoscitivism ético que denunciaba el garantismo, por lo que es reproducible todo lo que ya se ha dicho al respecto. Solo quedaría sumarle a los argumentos la idea del *overlapping consensus*, como acuerdo de mínimos para el entendimiento social de estas nociones morales que informan la interpretación de los derechos fundamentales (Rawls, 2009, p. 340).

### **3. COMMON GOOD CONSTITUTIONALISM**

#### **3.1. Reacción a teorías contemporáneas del derecho americano**

##### *3.1.1. Originalismo*

El origen del CGC se encuentra en un artículo de Vermeule titulado *Beyond Originalism* (Vermeule, 2020; Ward, 2022). Es posible afirmar que su teoría tiene un esbozo inicialmente negativo en tanto que busca distanciarse del originalismo como teoría del derecho, hoy en día preponderante entre los jueces conservadores de Estados Unidos de América.

El originalismo es una teoría de interpretación constitucional que consiste en el análisis de una disposición en torno a las siguientes ideas. En primer y principal lugar, debe extraerse el significado de la norma en el momento en que fue aprobada. Seguidamente, la lectura de la norma debe hacerse teniendo en cuenta la sintaxis y la gramática del momento en que se escribió, sin recurrir a elucubrar

---

<sup>1</sup> Resaltado de la fuente.

sobre la intención del constituyente. Y en tercer lugar, este significado original es vinculante para el intérprete (Pazo Pineda, 2020, p. 348).

Es posible intuir inmediatamente el atractivo de esta teoría para las posiciones más conservadoras del espectro político. No obstante, Vermeule opina que el originalismo no es más que pura «ilusión», y un intento de actualizar el positivismo jurídico que, según él, no ha podido recuperarse desde las críticas de Dworkin. En esencia, la crítica gira en torno a la idea de que los jueces necesariamente acuden a principios morales para darle significado a las disposiciones que interpretan (Vermeule, 2022, p. 94).

Como en el positivismo, Vermeule observa que los originalistas se cuidan mucho de que su teoría sea percibida como científica, objetiva y descriptiva. Pero observa que ello no es posible: toda teoría del derecho inevitablemente devendrá normativa, aunque sea solo para tratar de explicarse por qué está creando categorías jurídicas para explicar el panorama constitucional (Vermeule, 2022, p. 96).

En su lugar, Vermeule propone retornar a las teorías clásicas del derecho, entendiendo por ellas al cuerpo conformado por el derecho civil romano y el derecho canónico. En esencia, sostiene que su propuesta no es nueva en absoluto, sino que era la práctica tradicional de lo jurídico en la Antigüedad, y que, por lo tanto, preponderaba antes del advenimiento del originalismo (Vermeule, 2022, p. 52).

Caracteriza a su visión del constitucionalismo como uno «en desarrollo», en oposición a uno «en progreso». La diferencia radica en que, en el segundo, los principios en sí mismos evolucionan, mientras que en el primero los principios son eternamente los mismos, si bien pueden encontrar nuevas aplicaciones. Naturalmente, autores originalistas han criticado que la posición de Vermeule es también originalista, aunque se valga de la moral para significar al texto constitucional (Pojanowski y Walsh, 2022, p. 415). Añaden que es falso que el originalismo sea puramente positivista: sostienen que es posible un originalismo de corte iusnaturalista (Pojanowski y Walsh, 2016).

¿Por qué es relevante todo esto? En Estados Unidos, los jueces federales, tanto de circuito como los de la Corte Suprema, son nombrados por el presidente con

anuencia del Senado (Servidio-Delabre, 2014, p. 207). Lo usual es que los jueces elegidos durante una legislatura tengan reputación de imparcialidad, pero a menudo sucede que los elegidos comparten parte de su ideología con el partido gobernante.

Cuando el gobierno es de línea conservadora, los candidatos a la judicatura suelen ser parte de una asociación llamada The Federalist Society (en adelante, «FedSoc»). Se trata de un foro amplio de estudiantes y académicos del ámbito de las ciencias jurídicas y políticas, en donde predominan posiciones originalistas. Sin embargo, recientemente la FedSoc se ha abierto a las teorías de Vermeule, y su popularidad se esparce sobre todo entre sus miembros más jóvenes (Ward, 2022). Es generalmente aceptado que el originalismo es una teoría tan influyente gracias a la FedSoc, y que sus miembros son el futuro de la judicatura (Vermeule, 2020). Si el péndulo tornase hacia el iusnaturalismo, es bastante posible que el CGC lo sustituya en las decisiones judiciales de una nueva cohorte de la FedSoc. El amplio interés que Vermeule ha suscitado en círculos conservadores desde luego revela un impulso para encontrar alternativas viables al originalismo.

### 3.1.2. *Progresismo constitucional*

Del otro lado del debate, en los asientos progresistas de la Corte Suprema y del circuito judicial federal de Estados Unidos, se encuentra otra teoría jurídica, frecuentemente referida como la «*living constitution*», o «constitución viviente». Tiende a ser expansiva en su interpretación constitucional, muchas veces creando derechos nuevos. Si bien no es una posición tan estandarizada en cuanto a sus reglas interpretativas como el originalismo, en general sigue las posturas filosóficas de Dworkin. Pues bien, Vermeule opina que la teoría de una *living constitution* es tan positivista como el originalismo, ya que su idea de moral no se ajusta a la búsqueda del bien común sino a la liberalidad y libertinaje de los derechos individuales (Vermeule, 2022, p. 17).

En cuanto a su crítica, amalgama al progresismo constitucional con el originalismo, que describe como manifestaciones de la misma teoría. Como ejemplo, se refiere a teorías provenientes de la escuela de Yale contemporánea, cuyos representantes usan el originalismo para justificar decisiones progresistas de la Corte Suprema (Calabresi, 2007; Vermeule, 2022, p. 98).

Vermeule sostiene que ninguna de estas teorías le da al bien común la posición central que merece como propósito del derecho. Antes bien, se valen del derecho como una herramienta para alcanzar objetivos personales, accesorios al bien común (Vermeule, 2022, p. 121). El CGC viene a ser, entonces, una tercera vía para darle al bien común el protagonismo que Vermeule observa que ha perdido (Vermeule, 2022, p. 15). De nuevo, sus críticos argumentan que este «trilema» entre teorías es falso, por las mismas razones que el originalismo puede ser iusnaturalista (Pojanowski y Walsh, 2022, p. 459).

### **3.2. Integrismo católico**

El integrismo (o integralismo) es un movimiento filosófico que sostiene que la función de la política y el gobierno es procurar que sus ciudadanos vivan una «buena vida» encaminada a su salvación en términos religiosos (Menard, 2022, p. 1173). Es una postura cristiana en general, pero en el caso de Vermeule se refiere a una variación concretamente católica (Frohen, 2022, p. 7).

Vermeule no habla directamente del integrismo en sus escritos sobre el CGC, pero no es tímido en hacer referencia a las intenciones del movimiento cuando busca definir qué es ese bien común de su constitucionalismo. Su concepto de derecho, que él caracteriza como auténticamente clásico en el sentido que ya se ha explicado, resume su influencia integrista: el derecho es «una ordenación de la razón para el bien común, promulgada por una autoridad pública a cargo de la comunidad»<sup>2</sup> (Vermeule, 2022, p. 3).

Sus críticos afirman que esta definición es integrista en tanto que se explica a través de las causas del derecho según santo Tomás de Aquino: una causa formal (la ordenación de la razón), una causa final (el bien común), y una causa eficiente (creación del derecho por alguien autorizado para el cuidado de la comunidad). No obstante, aseveran que falta una causa material, esto es, el instrumento a través del cual se promulga el derecho. La crítica se encuadra en una observación más general acerca del aparente desdén que Vermeule muestra por el derecho escrito (en concreto, la Constitución americana, con C mayúscula), y el rol que el texto

---

<sup>2</sup> «[A]n ordinance of reason for the common good, promulgated by a public authority who has charge of the community». Traducción propia.

legal juega en la interpretación jurídica (Pojanowski y Walsh, 2022, pp. 417, 425 y ss.).

¿Y qué es ese bien común como causa final del derecho? Vermeule integra el concepto con los tres objetivos clásicos de paz, justicia y abundancia que, traducidos a la actualidad, se convertirían en salud, seguridad física y seguridad económica (Vermeule, 2022, pp. 7, 14). El propósito de su «constitucionalismo en desarrollo»<sup>3</sup> es «preservar los principios racionales del orden constitucional», lo que a todas luces revela una posición conservadora desde una perspectiva política y jurídica, aunque Vermeule rechace dicho adjetivo (Vermeule, 2022, p. 122).

Hecho este repaso, es natural comprender la alarma que la teoría de Vermeule ha levantado en medios académicos y políticos en los Estados Unidos (Frohnen, 2022). La principal preocupación gira en torno a la naturaleza iliberal de la teoría, su claro rechazo al pluralismo político y el obstáculo que representa para la libertad religiosa (Epps, 2020).

### **3.3. Características**

#### **3.3.1. *Ius* y *lex***

La base estructural del CGC es la distinción entre *ius* y *lex*. A diferencia del estilo anglosajón, en el cual la voz «*law*» engloba tanto a las normas positivas como al estudio del derecho, Vermeule llama a recuperar la distinción clásica entre ley (normas positivas) y derecho (como ciencia jurídica enfocada en el estudio tanto de las normas como de la justicia). Al mismo tiempo, otorga una importancia mayor al *ius* sobre *lex*, por cuanto el primero contiene principios destinados a dirigir la actividad estatal hacia la consecución del bien común (Vermeule, 2022, p. 37).

Los principios de los que habla Vermeule encajan con la idea de normas sin validez formal, esto es, no sujetas a una regla de reconocimiento o norma fundamental. Corresponde al intérprete o aplicador descubrir estos principios mediante un proceso de determinación, que se explicará más adelante. Una consecuencia de

---

<sup>3</sup> «Developing constitutionalism», ya explicado: la idea de que los principios permanecen constantes, aunque puedan encontrar nuevas aplicaciones con el paso del tiempo.

este desvelamiento de principios es que abrumadoramente estarán llenos de moralidad política (Vermeule, 2022, p. 41).

Una vez determinados, su aplicación requiere de Dworkin nuevamente, en concreto del método de ajuste y justificación<sup>4</sup>. Según esta metodología, el operador jurídico deberá dilucidar qué principio mejor se ajusta a la situación planteada, y debe justificar por qué ese y no otro acerca más la solución a la justicia material del caso (Pojanowski y Walsh, 2022, p. 409). Todo ello sin olvidar que los principios son constantes, mientras que sus aplicaciones pueden renovarse, de acuerdo con el constitucionalismo en desarrollo de Vermeule (2022, p. 118).

### 3.3.2. *Determinación*

La determinación es el proceso mediante el cual el intérprete obtiene principios aplicables al caso concreto. Vermeule afirma que esta práctica se corresponde con la *determinatio*, de la que hablaban juristas clásicos de derecho romano, con la cual se extraen normas generales a partir del derecho natural, accesible a través del uso de la razón, con el objeto de concretarlas a los supuestos de hecho planteados (Vermeule, 2022, pp. 18–20).

La razonabilidad de los principios determinados depende en buena medida de la virtud epiqueya (o *epikeia*), o la capacidad de relacionar el texto de una norma jurídica con un discurso razonable del bien común (Vermeule, 2022, pp. 77–78). De allí que sea inevitable un cierto nivel de arbitrariedad, aunque limitada por la indeterminación de lo razonable: una «decisión racionalmente arbitraria» (Vermeule, 2015).

La determinación por sí sola no es suficiente ante una situación de antinomia entre principios. Vermeule parece referirse más al proceso a través del cual una norma positiva puede obtenerse a partir de principios de derecho natural (Vermeule, 2022, p. 46). Sin embargo, la determinación también puede ser útil para definir el nivel de interacción entre normas de distinto rango legal, toda vez que sirve para describir

---

<sup>4</sup> «Fit and justification».



«la relación entre niveles jerárquicos del derecho positivo más y menos altos»<sup>5</sup> (Vermeule, 2022, p. 151).

### 3.3.3. *Deferencia administrativa*

El rasgo más distintivo del CGC es su obsesión con el Estado administrativo. Vermeule otorga un poder amplísimo al poder ejecutivo para aplicar e interpretar los principios constitucionales. La lógica proviene de que, si el constituyente (o legislador) decidió otorgar una competencia a una agencia, le otorgó también la facultad de interpretar las normas en función de lo que convenga más a la realización del objetivo del bien común. Esto llega al extremo de proponer que los jueces deben deferir la interpretación a las agencias estatales, sin cuestionar la actividad ejecutiva siempre que sea racional y útil para el bien común.

Para poder comprobar si un juez está ante una situación que requiera de deferencia administrativa, debe desarrollar una serie de cuestionamientos en torno a lo que Vermeule llama el marco del bien común<sup>6</sup>. Este proceso lo caracteriza como el método dworkiniano de *fit and justification* con el componente adicional de la deferencia (Vermeule, 2022, pp. 69, 71). El juez debe deferir siempre que se cumplan las siguientes condiciones. En primer lugar, debe verificar que la agencia está actuando dentro de la esfera de sus competencias constitucionales. En segundo lugar, debe comprobar que la agencia está actuando a partir de una concepción razonable de lo que es el bien común. Y, finalmente, debe asegurarse de que las determinaciones que ha hecho la agencia han sido a través de medios razonables y no arbitrarios (Vermeule, 2022, p. 63).

Estas determinaciones pueden ser tan abracadabrantes como las que pudiese hacer la propia Corte Suprema en ciertos casos. «Las agencias pueden acudir a principios de derecho natural con el objeto de proveerse de principios generales para formular procedimientos y para interpretar sus obligaciones legales y

---

<sup>5</sup> «[T]he relationship between higher and lower levels of positive law». Traducción propia.

<sup>6</sup> «Common good framework». Traducción propia.

constitucionales»<sup>7</sup>, incluyendo motivar sus actos con simples argumentos de equidad o justicia (Vermeule, 2022, p. 153).

La crítica que inmediatamente se ha elevado es la inobservancia de la separación de poderes, y el rechazo aparente al sistema de pesos y contrapesos que ha caracterizado al diseño constitucional americano desde su inicio. A esto, Vermeule y su partidario Conor Casey han contestado que el CGC no aboga por una supremacía ni judicial ni ejecutiva. Antes bien, sostienen que la democracia es tan solo una de varias formas de gobierno que pueden ordenarse en torno al bien común. La clave de los límites al poder se encontraría en el proceso de determinación del bien común, que no hace ninguna valoración *a priori* sobre la pertinencia de una u otra forma de gobierno (Casey y Vermeule, 2022, pp. 132–134).

### 3.3.4. Vinculación entre moral y derecho

Hechas las observaciones anteriores, es fácil adivinar que el CGC asume una vinculación fuerte entre moral y derecho. En este ámbito, se le caracteriza como puro Dworkin (Dworkin, 1996; Pojanowski y Walsh, 2022, p. 404). La premisa es que «ninguna ley puede operar sin alguna visión implícita o explícita del bien por el cual dicha ley se ha sancionado»<sup>8</sup> (Vermeule, 2022, p. 16).

La tesis de la vinculación asumida es bastante enérgica, y afirma que la moralidad política es parte integrante del derecho (Vermeule, 2022, p. 19). No obstante, el CGC pone cuidado en rechazar una vinculación identificativa moral-derecho, antes bien sostiene que la identificación de ambos componentes es ajena al derecho clásico que defiende (Casey y Vermeule, 2022, p. 104). Esta postura, sumada a la apertura del proceso de determinación, «sirve de trampolín para lecturas morales abstractas»<sup>9</sup>, pero no para identificar las razones detrás del texto normativo, según sus críticos (Pojanowski y Walsh, 2022, p. 421).

---

<sup>7</sup> «Agencies may thus draw upon principles of natural law in order to supply general principles for formulating procedures and for interpreting their statutory and constitutional obligations». Traducción propia.

<sup>8</sup> «[N]o law can operate without some implicit [N] or explicit vision of the good to which law is ordered». Traducción propia.

<sup>9</sup> «[S]erves as a well-built springboard for abstract moral readings». Traducción propia.

### 3.3.5. *Estado de derecho y democracia*

A raíz de todos estos elementos, el CGC ofrece un modelo institucional consistente en un Estado administrativo muy poderoso en cuanto a la aplicación e interpretación del derecho. Vermeule rechaza la idea liberal de que los derechos fundamentales existan para limitar la discrecionalidad estatal y que deben tender a la expansión de la autonomía del individuo, sino que la actividad estatal está definida por el bien común.

Así también «los derechos existen para servir a, y están delimitados por, una concepción de justicia que a su vez está ella misma ordenada hacia el bien común»<sup>10</sup> (Vermeule, 2022, p. 24). Los derechos encontrarían su fundamento en la medida en que contribuyan a los procesos políticos de la comunidad (Vermeule, 2022, p. 165).

En la práctica, Vermeule termina por impugnar buena parte de las decisiones más recientes de la Corte Suprema americana en tanto que crean derechos a partir de interpretaciones amplias de las normas constitucionales, pero que van dirigidas a la expansión de las libertades individuales y no al bien común. La pregunta de sus críticos es ¿qué pasaría con los derechos humanos? Vermeule y Casey sostienen que los derechos son inseparables del bien común, siempre que se justifiquen en pro de la prosperidad de la comunidad y no exclusivamente del individuo (Casey y Vermeule, 2022, p. 136).

Lo que el CGC denomina derecho clásico no se posiciona con respecto a las bondades de la democracia como forma óptima de gobierno. Vermeule afirma que la democracia es una de tantas formas aristotélicas, que pueden ser tanto buenas como malas dependiendo de la sociedad en que se apliquen.

Concretamente en el caso americano, el principio federal de la subsidiariedad, por ejemplo, es redirigido por Vermeule hacia la esfera del estado de excepción. Esto es corolario de la fuerte deferencia administrativa: si agencias federales tienen competencias sobre ciertas materias, entonces los estados federados deben deferir a ellas. Luego, la subsidiariedad solo opera en situaciones excepcionales en que el

---

<sup>10</sup> «[R]ights exist to serve, and are delimited by, a conception of justice that is itself ordered to the common good». Traducción propia.

Estado federal no tenga campo para dirigir su actividad hacia el bien común (Vermeule, 2022, p. 155).

## 4. ANTE EL ESPEJO

### 4.1. Como modelos institucionales

La primera diferencia entre el neoconstitucionalismo y el CGC aparece en sus distintas versiones de modelo institucional. En general y hasta ahora, el CGC se ha perfilado más como una proposición de modelo institucional y de adhesión ideológica al derecho que como una teoría jurídica. Es posible que esto se deba a la juventud de la propuesta. Según sus críticos, Vermeule «está más interesado en sentar las bases teóricas de un nuevo orden que en identificar el derecho en el actual»<sup>11</sup> (Pojanowski y Walsh, 2022, p. 460).

La diferencia no podría ser más grande. Cuando el neoconstitucionalismo propone sistemas jurídicos con una Constitución fuerte, si bien llena de mandatos de optimización, el CGC dedica poco estudio a la Constitución formal y mucho a los principios de derecho natural que deberían inspirarla. La Constitución, principialista o garantista, ha de ser interpretada por el poder judicial y desarrollada por el legislativo. Pero el CGC propugna un poder ejecutivo capaz de ejercer funciones expansivas a la simple aplicación del derecho.

Incluso el delicado trabajo ponderativo que suele corresponder al juez constitucional está en manos de la Administración según Vermeule. Según él, la ponderación de principios depende de los fines que estos persiguen. Así, en la preferencia de un derecho sobre otro en una actuación administrativa va inserta una ponderación hecha por la Administración; y si la solución de la autoridad ejecutiva es razonable, cualquier otro intérprete debe deferir a su favor (Vermeule, 2022, p. 167).

El bien común se coloca por encima de las libertades individuales en el CGC, lo cual es diametralmente opuesto en el neoconstitucionalismo. Vermeule es explícito en su crítica a la protección de los derechos como fundamento del derecho. En cambio, y muy ciertamente, «a la objeción de individualismo subyace una teoría

---

<sup>11</sup> «[H]e may be more interested in laying the theoretical foundation for a new order than in identifying the law of this one». Traducción propia.

política colectivista injustificable cuando ni siquiera se acepta la tendencia individualista débil de la precedencia *prima facie*. Sin ella, no puede decirse que el individuo es tomado en serio como tal» (Alexy, 1994, p. 208).

## 4.2. Como teorías del derecho

### 4.2.1. Corriente *iusnaturalista*

Pero fuera de la gran diferencia que representa el fuerte Estado administrativo de Vermeule, en la base estructural teórica, el CGC no se distancia demasiado del neoconstitucionalismo. De hecho, es especialmente cercano a la vertiente principialista, teniendo en cuenta la fuerte influencia de Dworkin en el desarrollo teórico de Vermeule: Dworkin es causa necesaria de las ideas de Vermeule. La permeación del integrista católico en la ciencia jurídica contemporánea es el resultado de la aceptación del neoconstitucionalismo ideológico.

La crítica que hace el CGC de la doctrina de la *living constitution* es poco más que retórica. En el fondo, la lógica jurídica en ambas expresiones es de corte marcadamente *iusnaturalista*, si bien con leves diferencias en los métodos de determinación de los principios. Por ejemplo, el constitucionalismo progresista puede llegar a la conclusión de que la Constitución americana protege el derecho al matrimonio homosexual<sup>12</sup>; pero el CGC ha dicho con sorna que el proceso por el cual la Corte Suprema llegó a esa conclusión fue activismo judicial por parte de los «santos canonizados del progresismo jurídico»<sup>13</sup> (Vermeule, 2022, p. 119). ¿Acaso Vermeule no encuentra sus fundamentos en auténticos santos canonizados, como santo Tomás o san John Henry Newman? Trata de juntar las ideas de la *living constitution* con el originalismo sin sustento y contra toda lógica, solo para justificar su sesgo ideológico, y para distanciarse del tabú filosófico en el que se ha convertido el positivismo en el siglo XXI.

Una crítica honesta de la *living constitution* podría formularse en términos históricos y desde una perspectiva originalista, por ejemplo. Si la voluntad del constituyente americano hubiese sido una constitución material viva, entonces habría conservado el sistema constitucional inglés. El solo hecho de mantener ciertas partes de la

---

<sup>12</sup> Como en efecto sucedió en 2015 en el caso *Obergefell v. Hodges*.

<sup>13</sup> «[C]anonized saints of legal progressivism». Traducción propia.

Constitución intactas es una voluntad constituyente: si existen mecanismos para modificarla, un juez no puede subrogarse en el lugar del constituyente. Pero una objeción así es inaccesible para el CGC.

Lo cierto es que el CGC es una teoría iusnaturalista en toda regla; seguro que más que el principialismo y el constitucionalismo progresista en cuanto a referencias directas, pero parte de la misma corriente. Tanto se parecen que la oposición de Vermeule al positivismo inclusivo (un intento dworkiniano de congeniar sus ideas con una versión moderada del positivismo), es reflejo de la pugna entre el principialismo y el garantismo. Aunque no estén debatiendo directamente entre sí, las críticas de Vermeule son antítesis del garantismo de Ferrajoli (Ferrajoli, 2011, p. 46; Vermeule, 2022, p. 190).

#### 4.2.2. Principios

La idea de principios permea a todo lo largo del CGC. Sin embargo, fuera de las frecuentes referencias a Dworkin, no está del todo claro si se está refiriendo al mismo concepto que entiende el neoconstitucionalismo. El propio Vermeule le reconoce a Dworkin el hallazgo de principios en contraste con la simple *lex* (Pojanowski y Walsh, 2022, p. 411; Vermeule, 2022, p. 139). Sin embargo, debe repararse en el matiz de que la distinción que asume Vermeule entre principios y reglas es meramente formal (*lex* proviene del legislador, pero el *ius* puede tener diversos orígenes), mas no estructural, al menos de acuerdo con el estado actual del CGC. No dedica tiempo a un desarrollo analítico de la estructura de ambos tipos de normas, ni a detenerse en el contenido específico de *lex* (Pojanowski y Walsh, 2022, p. 439).

Sí que se puede inferir una dinámica distinta entre *ius* y *lex* muy similar a la que hay entre reglas y principios. Vermeule se acerca más al principialismo en este sentido, toda vez que el contenido de *lex* debe ser extraído de los principios de moralidad política, ya que las normas positivas deben ser interpretadas a la luz de principios morales (Vermeule, 2022, p. 92).

#### 4.2.3. Determinación y ponderación

Resta la duda de qué pasaría ante una contradicción entre principios. Vermeule no dedica a plantearse antinomias, quizá porque ello requeriría –aunque sutiles–

algunas referencias positivistas. Dicho esto, la única sugerencia sobre potenciales contradicciones las resuelve a través del balance, consistente en la búsqueda de cuál principio procura mejor el bien común tras su determinación para el caso concreto. La similitud con el método ponderativo es innegable. Sin embargo, a primera vista, Vermeule niega que los principios puedan ser derrotables porque son de derecho natural; por lo tanto, en su exposición, no hay espacio para la ponderación.

Esto es una incoherencia interna de su teoría, y en realidad Vermeule sí que aboga por la ponderación. Hay al menos dos acepciones explícitas sobre la determinación, y una implícita. La noción implícita de la determinación se encuentra en su deferencia administrativa, por cuanto el balance que en el CGC debe hacer la Administración entre principios morales y derechos (que tienen forma de principios neoconstitucionalistas) es exactamente la resolución de una antinomia necesaria entre principios (Vermeule, 2022, p. 168). Vermeule lee la definición en el diccionario, pero tacha el título de la entrada.

Las acepciones explícitas son la deducción y la inducción de principios. La primera resulta en la extracción de un principio jurídico a partir del derecho natural mediante la epiqueya. Y el segundo es el proceso propio del *common law* mediante el cual se crean principios sobre reglas particulares aplicadas a un caso concreto, que funciona igual para la aplicación de principios de moralidad política a una situación en aras del bien común (Guastini, 1999, p. 157; Vermeule, 2022, p. 45). Tanto en el neoconstitucionalismo como en el CGC, el resultado de ambas operaciones es la plenitud normativa del sistema.

#### *4.2.4. Vinculación fuerte entre derecho y moral*

La fuerte conexión derecho-moral en el CGC y el modelo institucional que de ella tributa es una manifestación de la ironía del principialismo, tal como la expuso Ferrajoli: «una concepción del constitucionalismo que, con paradoja, genera el riesgo de acarrear un debilitamiento de éste, precisamente en el plano moral y político» (Ferrajoli, 2011, p. 30).

No solo la vinculación, sino la directa inclusión de la moral como parte del derecho es un eco de Alexy, quien en su concepto de derecho agrega todas aquellas

herramientas de las que se valga el operador jurídico para resolver un caso (Alexy, 1994; Vermeule, 2022, p. 94). No es propiamente una vinculación identificativa, pero sí necesaria (Barberis, 2003, p. 264). La diferencia es semántica: donde el derecho, para serlo, ha de tener una pretensión de corrección abierta, aunque sea aparente, en otra parte del mundo se habla de una ordenación de la razón dirigida hacia el bien común. Palabras más, palabras menos, la pretensión de corrección del CGC es el bien común.

El riesgo es el mismo tanto en el CGC como en el principialismo: la integración del derecho a partir de nociones morales es natural desde el punto de vista del aplicador, pero un observador imparcial podría cuestionarse de dónde ha salido el valor moral, y por qué es aplicable. ¿O es menos moral una solución basada en valores religiosos que una basada en justicia social? Ante la crítica del uso de valores religiosos para integrar el concepto de bien común, se podría contestar que se usan valores ideológicos para integrar el concepto de justicia social. El garantismo, por su parte, opone a ello un llamado de atención contra el uso alegre de ideologías (morales o políticas) en la filosofía del derecho.

Los derechos fundamentales son un límite elegante al imperialismo de la moral que, a diferencia del CGC, sí están presentes en el neoconstitucionalismo como medio epistémico de la moral. Pero los derechos fundamentales también han sido pólvora para que, por ejemplo, la Corte Suprema anulase la protección federal del derecho al aborto en Estados Unidos.

### **4.3. Como presupuestos de adhesión ideológica al derecho**

#### *4.3.1. Imperialismo de la moral*

La tesis del CGC es un ejemplo diáfano de imperialismo de la moral que ha sido advertido por el garantismo. Tanto el principialismo como el CGC tienen el potencial de llegar a este desenlace, por cuanto traen como causa en igual medida la premisa del cognoscitivism ético. El problema de la conexión entre derecho y moral será irrelevante sin antes aclarar qué se entiende por moral; y el marco de referencia de la moralidad es siempre contingente al *Zeitgeist*.

La pregunta es si una idea universal de moral o de justicia es necesaria. Dice Alexy que «[u]n consenso acerca de su ordenación correcta [de la ponderación de



derechos individuales y bienes colectivos] presupone un acuerdo acerca de lo que es justo. Por ello, mientras exista disenso en la teoría de la justicia, la ponderación derechos individuales y bienes colectivos seguirá siendo objeto de polémica» (Alexy, 1994, p. 179). Pero la polémica, ese politeísmo de valores del que hablaba Barberis, no tiene por qué ser algo nocivo para una sociedad democrática. La tesis de la vinculación es inútil para explicar el derecho porque ese acuerdo sobre lo que es justo es imposible, y aún más, indeseable: la eficacia social es la clave.

Si, por ejemplo, el derecho a la vida es siempre moral, entonces, según la tesis de la vinculación, toda pena de muerte sería antijurídica, y, por lo tanto, los ordenamientos que la apliquen actúan siempre injusta y arbitrariamente. Lo cierto es que se aplica la pena capital en varias jurisdicciones, y se aplica con eficacia social y con pretensión de corrección. Oponerse a ella en aquellos ordenamientos que la conservan es una posición política perfectamente legítima, pero no disminuye el carácter jurídico de la norma que la ordena.

#### *4.3.2. Vínculo obligatorio de las normas*

La legitimidad del derecho, según el CGC, viene supuestamente de la práctica histórica del derecho clásico, y de la defensa estatal del bien común. El neoconstitucionalismo ve ese bien común, pero lo define con base en el ajuste de la actividad gubernamental y legislativa al respeto de los derechos fundamentales. La diferencia en este sentido es clara, y más patente es el plus de legitimidad que la democracia le da al neoconstitucionalismo. Pero al CGC solo le falta darse cuenta de este déficit democrático para ajustar su teoría en ese punto, sin variar el resto de las ideas que lo sustentan. «De acuerdo con uno, los divorcios, los abortos y la pornografía representan un gran mal por razones religiosas, el otro contempla en cambio todo ello como el triunfo de la libertad» (Alexy, 2003, p. 39).

El principialismo, sobre todo de la mano de Dworkin, ha construido una vasija a partir del barro del positivismo, y la ha llenado de justicia social y derechos fundamentales. Vermeule ha roto esa vasija, la ha vuelto a cocer con una forma severa, la ha llamado por otro nombre y la ha llenado de virtud moral. El CGC es una especie de neoconstitucionalismo que no reconoce el *overlapping consensus*, que en sus teorías hermanas se representa como derechos fundamentales.

## 5. CONCLUSIONES

¿Pueden dos objetos parecerse tan solo en esencia? Es el criterio mediante el cual se agrupan cosas en géneros. El principialismo y el CGC pertenecen al género iusnaturalismo, pero son especies que se distinguen entre sí por su sustancia. La hipótesis inicial de esta investigación presumía que era en la ponderación en donde se encontraría la convergencia, pero el resultado ha sido distinto: la afinidad ha estado sobre todo en la tesis de la vinculación fuerte entre derecho y moral, y en la estructura normativa de los principios. De esta comparación, la ilustración más relevante es que el CGC además puede encuadrarse teóricamente dentro de la categoría del principialismo, sobre todo en la elaboración dworkiniana. Ello con la salvedad de que las semejanzas se detienen en su continente, mas no alcanzan a su contenido.

Las diferencias con respecto al garantismo son menos salvables. Casi todas las objeciones que desde esta vertiente se han hecho al principialismo son prácticamente replicables al CGC. Como ejemplo, el propósito garantista de limitar el poder del Estado a través de la Constitución es inconciliable con la deferencia administrativa de Vermeule. Si se vuelve a la imagen del péndulo entre iuspositivismo e iusnaturalismo, el principialismo se encontraría entre las otras teorías, pero mucho más lejana del garantismo que del CGC. Es posible separar ambos neoconstitucionalismos, y es conveniente que el garantismo se emancipe doctrinariamente del neoconstitucionalismo como término paraguas.

Por otro lado, existe un acercamiento entre los estilos de derecho continental y anglosajón en este sentido, aunque se hayan desarrollado perpendicularmente. Pero este acercamiento no está representado en el CGC, que presume de buscar volver a una tradición clásica romana y canónica como pretexto para potenciar un Estado fuerte frente a un individuo cuyos derechos se encuentran sometidos al bien común. El punto de contacto es la crítica dworkiniana al positivismo, y el ímpetu en ambas familias jurídicas por encontrar soluciones menos formales y más enfocadas en la justicia material del caso concreto.

Quedará en manos de investigaciones posteriores valorar si el CGC ha alcanzado el éxito judicial que busca. También corresponderá esperar a que nuevos autores, tanto partidarios como críticos del CGC, definan dialécticamente aspectos de la

teoría que hoy apenas están esbozados (como ocurrió en el seno del neoconstitucionalismo en su momento), para poder evaluar una visión más completa del CGC como teoría más que como postulado ideológico. Por ejemplo, sería conveniente ahondar en la estructura normativa que el CGC le da a los principios, o qué sucedería en distintas situaciones de antinomias entre principios.

Puede que el CGC se estanque, o puede que florezca. Es posible incluso que tan solo sirva de trampolín para otras teorías nuevas, más seculares, que busquen destronar al originalismo en Estados Unidos. Es muy pronto aún para afirmarlo. Pero, en cualquier caso, no ha sido la intención de este trabajo predecir el futuro del CGC, sino estudiar las luces que arroja sobre el neoconstitucionalismo.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R., 2003. «Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional», en: Carbonell, M. (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta, Madrid, pp. 31–47.

Alexy, R., 1994. *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa, Barcelona.

Alexy, R., 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Atria, F., 2004. «La ironía del positivismo jurídico». *DOXA* 81. DOI 10.14198/DOXA2004.27.05

Barberis, M., 2003. «Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral», en: *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta, Madrid, pp. 259–278.

Battista Ratti, G., 2015. «Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo». *Ius Humani. Law Journal* 4, 227–261. DOI 10.31207/ih.v4i0.75.

Calabresi, S.G. (Ed.), 2007. *Originalism: a quarter-century of debate*. Regnery Pub. Inc, Washington, DC.

Carreirão, B. de O., 2018. «Regras e princípios: um ensaio sobre a relação da base teórica do constitucionalismo principialista com a hermenêutica freestyle».

*Revista Eletrônica Direito e Política* 13, 880. DOI 10.14210/rdp.v13n2.p880-908.

Casey, C., Vermeule, A., 2022. «Myths of Common Good Constitutionalism». *Harvard Journal of Law and Public Policy* 45, 103–144.

Chavero Gazdik, R.J., 2011. *La justicia revolucionaria: una década de reestructuración (o involución) judicial en Venezuela*. Aequitas, Caracas.

Comanducci, P., 2003. «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», en: Carbonell, M. (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta, Madrid.

Dworkin, R., 1996. «The Moral Reading of the Constitution». *The New York Review*.

Dworkin, R., 1978. *Taking rights seriously*. Duckworth, London.

Epps, G., 2020. «Common-Good Constitutionalism Is an Idea as Dangerous as They Come». *The Atlantic*, 3 de abril. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/04/common-good-constitutionalism-dangerous-idea/609385/> (Consultado 21-5-2023).

Ferrajoli, L., 2011. «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista». *DOXA* 15. DOI 10.14198/DOXA2011.34.02.

Frohen, B., 2022. «Common Good Constitutionalism and the Problem of Administrative Absolutism». *Catholic Social Science Review* 27, 81–96. DOI 10.5840/cssr20222722.

García Amado, J.A., 2014. «La esencial intercambiabilidad del método ponderativo-subsuntivo y el interpretativo-subsuntivo y las ventajas e inconvenientes de cada uno», en: *Argumentación Jurídica: Fisonomía Desde Una Óptica Forense*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 29–62.

González Madrid, M., 2018. «El significado de Constitución. Breve revisión del concepto y de su relevancia a la luz del principialismo y el garantismo». *Polis (Ixtapalapa, Mexico)* 14, 43–80.

- Guastini, R., 1999. *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Gedisa Editorial, Barcelona.
- Habermas, J., 2010. *Teoría de la acción comunicativa*. Ed. Trotta, Madrid.
- Habermas, J., 1988. *Ensayos políticos*. Península, Barcelona.
- Mateos Martínez, J., 2020. «Moral y Derecho en el siglo XXI». *Revista Filosofía UIS* 20. DOI 10.18273/revfil.v20n1-2021003.
- Menard, X.F., 2022. «Liberalism, Catholic Integralism, and the Question of Religious Freedom». *Brigham Young University Law Review* 47, 1171–1218.
- Moreso, J.J., 2003. «Conflictos entre principios constitucionales», en: *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta, Madrid, pp. 99–121.
- Nino, C.S., 1997. *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa Ed, Barcelona.
- Pazo Pineda, O.A., 2020. «Los framers en serio: el originalismo y su impacto en la interpretación constitucional». *Revista Derecho del Estado* 341–369. DOI 10.18601/01229893.n48.12.
- Pojanowski, J.A., Walsh, K.C., 2022. «Recovering Classical Legal Constitutionalism: A Critique of Professor Vermeule’s New Theory». *The Notre Dame Law Review* 98, 403.
- Pojanowski, J.A., Walsh, K.C., 2016. «Enduring originalism». *Georgetown University Law Center* 105, 97–158.
- Prieto Sanchís, L., 2001. «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 201–227.
- Prior Olmos, Á., 1997. «Habermas y el universalismo moral». *Revista de Filosofía. Universidad de Murcia* 145–155.
- Rawls, J., 2009. *Theory of Justice, Revised*. Harvard University Press, Cambridge.

- Redondo, M.C., 1998. «El carácter práctico de los deberes jurídicos». *DOXA* 355. DOI 10.14198/DOXA1998.21.2.26.
- Ross, A., 2006. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba, Buenos Aires.
- Servidio-Delabre, E., 2014. *The legal system of a Common law country: the British legal system, the American legal system, constitutionally protected rights of the USA*. Dalloz, París.
- Vermeule, A., 2022. *Common good constitutionalism*. Polity Press, Medford.
- Vermeule, A., 2020. «Beyond Originalism». *The Atlantic*, 31 de marzo. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/> (Consultado 20-5-2023).
- Vermeule, A., 2015. «Rationally Arbitrary Decisions in Administrative Law». *The Journal of Legal Studies* 44, S475–S507. DOI 10.1086/676332.
- Ward, I., 2022. «Critics Call It Theocratic and Authoritarian. Young Conservatives Call It an Exciting New Legal Theory». *Politico Magazine*, 12 de septiembre. Disponible en: <https://www.politico.com/news/magazine/2022/12/09/revolutionary-conservative-legal-philosophy-courts-00069201> (Consultado 20-5-2023).