

La jurisprudencia postliberal norteamericana: orden y gobierno del bien-común

Gerardo Muñoz*
Lehigh University

Recibido: 03/04/2022 Aceptado: 20/04/2022

Resumen: En este trabajo abordamos la propuesta de “common good constitutionalism”, o constitucionalismo de bien común, recientemente propuesta por el teórico del derecho Adrian Vermeule (Harvard Law) desde la cual se busca ampliar un nuevo principio de gobierno mediante la estructura jurídica del derecho administrativo norteamericano y de esta manera transformar nuestra comprensión del realismo político y jurídico. Enmarcado en la discusión del nexo de poder del liberalismo autoritario tras la crisis de la legitimidad, este ensayo propone la categoría de “postliberalismo legal” para elucidar las capacidades morales y administrativas de un nuevo gobierno del bien común cuya orientación final es estabilizar lo social mediante una axiomática del orden.

Palabras clave: Constitucionalismo; bien-común; estado administrativo; liberalismo autoritario; Adrian Vermeule.

North American post-liberal jurisprudence: order and common good government

Abstract: In this paper we analyze the recently launched juridical theory of “common good constitutionalism”, as elaborated by legal theorist and constitutional scholar, Adrian Vermeule (Harvard Law). This theory seeks to advance a new principle of government through the administrative state in the North American context, radically transforming our ideas regarding political and juridical realism. Our argument is framed within the discussion of the rise of authoritarian liberalism in the wake of the crisis of legitimacy and positivism, and it proposes the notion of “legal postliberalism” to account for the moral administrative capacities of the common good government, whose main end is to stabilize the social through an axiomatic of order.

Keywords: Constitutionalism; common good; administrative state; authoritarian liberalism; Adrian Vermeule.

Sumario: 1. Hacia una socialización positiva. 2. El nexo administrativo. 3. Un vestido técnico-teológico. 4. Referencias.

* gem317@lehigh.edu

“Le pregunté a [Carl Schmitt] porqué, en su libro sobre «el concepto de lo político», no había escrito una sílaba sobre el *bonum commune*, ya que todo el significado de la política reside seguramente en la realización del bien común. Replicó con dureza: «Cualquiera que hable del *bonum commune* está empeñado en engañar». –Josef Pieper (1987).

1. Hacia una socialización positiva

En este ensayo quiero ocuparme de una mutación contemporánea del poder en el contexto norteamericano. Y aunque ciertamente es muy temprano para fijar una descripción nítida del actual momento marcado por la crisis del orden global y la impronta epidémica a escala global, mi tesis es que en la actualidad estamos asistiendo a una nueva orientación del orden político que busca anexas el espacio de lo social hacia una nueva maquinación gubernamental. Esto implica, entre otras cosas, el cierre de las mediaciones entre Estado y sociedad civil coordinadas desde una concepción del ordo positivo que quiere asentar una racionalidad específica de optimización. Esta racionalidad, que algunos de nosotros hemos venido nombrando de manera genérica bajo el paradigma de la cibernética, busca atenuar las lógicas de los acontecimientos y fenómenos fácticos. En este sentido, esta nueva axiomática del orden supone un regreso al horizonte de la contención, aunque ya no mediante la figura katejónica del estado del bienestar, sino más bien a través de la renovación de un nexo de poder al interior de la racionalidad gubernamental postglobal (Moreiras, 2013). La noción de renovación del nexo de poder ha sido elaborada en el trabajo de Grégoire Chamayou, cuya importante reconstrucción de la revolución managerial del liberalismo tras la crisis de la legitimidad de 1970 debe ser comprendida no como un mero “reto económico, sino más importante aún, como un reto institucional y de naturaleza política: pues se trata de cómo concebir una nueva *tecnología política* (Chamayou, 2021, p. 191). A lo largo de su libro *La Sociedad Ingobernable* (2021), Chamayou reconstruye los diferentes nexos mediante los cuales la articulación entre sociedad civil y estado revolucionaron el propio sentido de la institucionalidad y de sus mediaciones. Este escenario claramente posthegemónico –en la medida en que la hegemonía política modernista de la autonomía de la sociedad civil queda interrumpida por la primacía del nexo gubernamental– implica una revolución en las artes del gobierno que se expresa a través de la flexibilidad de una racionalidad sin precedentes. En este sentido, la vieja noción de hegemonía como mediación transformadora de la política se vuelve insuficiente y subordinada a las transformaciones efectivas de un liberalismo cuya última aspiración es sobre suturar la socialización desde las técnicas gubernamentales. Pero Chamayou consigue esbozar otra importante premisa en *La Sociedad Ingobernable* (2021); a saber, que el pasaje del liberalismo clásico del contrato social y de la autoridad al liberalismo autoritario se estabiliza a través de una verdadera revolución de las mediaciones entre sociedad y Estado. Ahora es la corporación y la firma, el paradigma de costes-beneficios y el *self-management*, la administración y la empresa legal determina los flujos de una reproducción social sin afuera.

Esta transformación, desde luego, no surge de repente en la década de los setenta. A partir de la crisis de la legitimidad de esa década solo podemos indexar su aceleración efectiva. Chamayou acierta al recordarnos que el nexo del poder data de la hipótesis elaborada por Carl Schmitt en una conferencia titulada “Estado fuerte, economía sana”, pronunciada a una asociación industrial alemana en 1932. Como sabemos, en esta conferencia Schmitt sugiere que un Estado debe contraer un nexo fuerte con el sector industrial y las necesidades del mercado, pero a la vez debe atenuar la capacidad de absorción de las mediaciones sociales. En otras palabras, el Estado debe ser un *asistente*

a los intereses de un capital delegado a sus capacidades formales para proteger y garantizar los beneficios corporativos para de esta forma estabilizar una autoridad gubernamental disciplinaria en lo social. Como ha visto Renato Cristi, este fue en última instancia el aporte decisivo de Carl Schmitt a la crisis de la legitimación liberal, puesto que esta hipótesis luego tendría un uso extenso en los experimentos del ordoliberalismo (Cristi, 1998, p 150). En última instancia, la tesis de Chamayou genera consecuencias decisivas, ya que este esquema dejar ver con claridad que el liberalismo autoritario esbozado por Schmitt, y luego importado por Hayek como aspiración de “libertad” en la Guerra Fría, estuvieron en condiciones de reinventar lo que ahora conocemos como el ordenamiento neoliberal que responde a la crisis de legitimidad una racionalización transformadora a través del dominio del *omnes et singulatim* (Villacañas, 2020, p. 96). De manera que no podemos entender el ascenso neoliberal como una mera ideología de mercado, sino como un nexo cuya plasticidad abona las técnicas del concretas de la nueva gobernabilidad.

Tomando como punto de partida la elaboración de Chamayou, me gustaría sugerir que en el presente estamos viendo una nueva mutación del nexo de poder que quisiera llamar *postliberalismo legal* que trasforma de manera radical el estilo de la política reaccionaria. Le llamo postliberal porque sus mecanismos de ordenación gubernamental ahora aparecen orientados hacia una dimensión positiva de lo social que aspira a garantizar la gobernabilidad a cambio de deponer los principios de la modernidad política (la libertad individual y la expresión, la división de poderes y el poder constituyente, el positivismo y el ciudadano). Y aunque es el pensamiento reaccionario (o un cierto estilo reaccionario) el que ha podido avanzar en esta dirección, lo cierto es que debemos entenderlo como un campo general de una transformación del gobierno. Pues, ¿cuál es el denominador común entre casos tan dispares como el estado autoritario de Hungría, el sistema de créditos de la República de China, o incluso cierto “ideal” del “Gran Reset” post-pandemia, ¿o el postliberalismo del “bien común” en la nueva derecha norteamericana si no un dispositivo positivo para la reproducción de las poblaciones? En otras palabras, el nuevo nexo del poder postliberal tiene su premisa en una donación con tal de equilibrar la obediencia social. Esto quiere decir que su estrato ya no es necesariamente reducible a la hipótesis “Estado fuerte y economía sana”, sino a la noción de “capitalismo donante” que elaborara Alexandre Kòjeve como universalización del fordismo para la integración planetaria de geopolíticos. Inspirado por las teorías antropológicas del regalo de Marcel Mauss, Kòjeve sugirió que solo un “capitalismo donante” podía estar agenciar una forma productiva para una mayor generar, a cambio, una mayor seguridad del consumo en tiempos de paz (Kòjeve, 2001). Desde luego, en tiempos de guerra civil consumada como el nuestro, lo que regresa es la donación como un *infrapoder*¹ que sostiene la mediación entre sociedad y estado tras el colapso de la arquitectónica política y jurídica moderna a la cual hay que garantizarle una dimensión de “socialización positiva” autorregulada y codificada en el derecho (Muñoz, 2022). Si nos acercamos a esta nueva transformación en la axiomática del orden, creo que podemos explicar ciertos síntomas en la reflexión política contemporáneo, como puede ser la reedición de teorías clásicas del institucionalismo, teorías sobre una “gran política” de la virtud, o en el regreso de la teología como estrato arcaico capaz suturar la crisis del

¹ Tomo la noción de infrapoder del seminario *La Sociedad punitiva* (2015) de Michel Foucault, quien anota al final de la sesión del 21 de marzo que: “Existe un infrapoder por debajo de las grandes estructuras del estado. Su función es conectar temporalidad, cuerpo, vida de los individuos al proceso de producción y al mecanismo de ganancia. El infrapoder que genera hiper-ganancia lo hace con margen para la incertidumbre y la discrepancia” (219). Y como veremos el modelo del infrapoder será fundamental para comprender la lógica general del constitucionalismo administrativo.

liberalismo moderno (Muñoz, 2020a). Esta nueva transformación del nexo del gobierno orientado hacia la correspondencia absoluta entre sociedad-estado sacrifica las viejas aspiraciones de la “libertad” de la misma manera que el régimen postfordista terminó sacrificando la figura civilizacional del trabajador. Por eso es importante atender a las transformaciones en la esfera del derecho que movilizan y dotan de nueva energía la composición de la nueva ratio de gobierno. Y es por esta razón que en la segunda sección de este texto queremos detenernos en este ámbito.

2. El nexo administrativo

Uno de los ámbitos contemporáneos en el que podemos encontrar una transformación de la autoridad positiva del nexo del poder es en la teoría constitucional norteamericana; en especial, en la obra del jurista Adrian Vermeule, actualmente profesor en la Harvard Law School. Y aunque Vermeule es una figura que ideológicamente en los últimos años se ha alienado con una vertiente tradicionalista y reaccionaria, con interlocutores en países como Hungría y Polonia, lo que me interesa explorar a continuación quiere limitarse a su trabajo jurídico y no tanto a sus filiaciones religiosas o políticas como otros ya lo han hecho (Chappel, 2020). El pensamiento en torno a la teoría del derecho de Vermeule es abarcadora, pues su obra se ha ocupado de teorizar de manera profunda cuestiones tales como la teoría constitucional de la optimización de riegos, la especificidad del presidencialismo limitado y enérgico, o la propia legitimidad del derecho administrativo como proceso interno al positivismo jurídico. Sin embargo, en su más reciente libro *Common Good Constitutionalism* (2022) en el que su previo trabajo en torno al estado administrativo se desarrolla hacia una nueva teoría de la autoridad gubernamental, estableciendo con claridad el nexo entre derecho y política que en su previo estudio sobre el derecho administrativo había quedado desdibujado. Ya en su libro anterior, *Law's abengation: from law's empire to the administrative state* (2016) la premisa de Vermeule había sido la de fundamentar el desarrollo interno del derecho en el contexto norteamericano como abdicado de las pretensiones del “imperio de la ley” hacia una mayor discrecionalidad en manos del aparato administrativo o regulatorio. Esto implica que ahora las agencias burocráticas poseen una amplia autoridad de ejecución, legislación, e interpretación de estatutos codificados en las diversas regulaciones ejecutivas del gobierno. Efectivamente, el estado administrativo registra un creciente proceso de la abdicación de la formalización tripartita de la división de poderes hacia una subdelegación discrecional y “racionalmente arbitraria” de los procedimientos legales. Esta mirada realista de la mutación *longue durée* del imperio de la ley y de las cortes en Estados Unidos supuso una controversia ante aquellos juristas para quienes la capacidad del poder de subdelegación es sinónimo de ilegalidad, e inclusive de directa inconstitucional en materia de principios jurídicos y concepción originalista de la constitución (Hamburger, 2017). Este es el fondo en el que se inserta *Common Good Constitutionalism* (2022) ahora intenta desplegar a través de una defensa política-jurídica de la teoría del bien-común que indica el paso del *lex* (positivismo) al *ius* (un espacio discrecional de principios generales). Siendo un libro de teoría constitucional, se trata de un ensayo técnico que razona mediante casos y precedentes de la Corte Suprema norteamericana. Por esta razón en lugar de explorar sus aspectos formalistas en materia interpretativa, me interesa atenerme a tres diferentes registros para indagar en la novedad que supone su movimiento teórico en la transformación del nuevo nexo político: 1) en primer lugar, tematizar la doctrina del “bien común” como una moralidad interna al

derecho (en línea con la filosofía jurídica de Lon Fuller², aunque también trastocando sus premisas), 2) en segundo lugar, atender a la naturaleza del estado administrativo como un “instrumento jurídico motorizado” (*motorized juridical instrument*), y 3) en tercer lugar, desglosar la doctrina generativa del gobierno a través del que tal vez sea el concepto fundamental del libro: un principio positivo de subsidiaridad. Estos tres *checkpoints* del marco genérico del llamado “constitucionalismo del bien común” nos entregan el alcance y la capacidad efectiva de la radicalización del proyecto que se diseña. En cierto sentido, el giro hacia el “bien común” en el constitucionalismo norteamericano –y que ya comienza a disponer de políticos del Congreso Norteamericano que apoyan su horizonte de proyección³– supone una restitución de la tradición del derecho natural en línea con la obra de Santo Tomás de Aquino y el derecho romano, puesto que ahora es la categoría del *ius* la que se coloca en el centro del marco jurídico. Y aunque es cierto que el trabajo de John Finnis en *Natural Law and Natural Rights* (1986) constituye un intento fundamental por vincular derecho natural con el positivismo moderno; podemos decir que el constitucionalismo de bien común constituye el gesto opuesto; esto es, una manera desvincular, de una vez por todas, el derecho natural del positivismo. O, lo que es más, subordinar a partir de ahora el derecho positivo (*lex*) a la supremacía del derecho natural moral (*ius*).

Sin embargo, es importante aclarar que para Vermeule la doctrina del bien común es tanto principio como sustantivo en al menos dos sentidos: en primer lugar, el bien común garantiza un principio genérico de “paz, justicia y abundancia” (cuya versión secularizada es salud, cuidado, y seguridad económica); y, en Segundo lugar, el bien común. También constituye una aplicación específica de una filosofía del derecho que sigue los pasos del interpretativismo moral de Ronald Dworkin sobre la integridad interna del derecho. Por lo tanto, el constitucionalismo del bien común yuxtapone un fondo de principios genéricos (*ius commune*) a la de par de una práctica de determinación moral (*lex*). Esta polaridad hace posible que el bien común produzca una eficacia muy precisa, pues ahora aparece dotada tanto de universalidad como de una aplicación autoritativa orientada desde los principios. Debemos dejar claro que la crisis del positive en la practica jurídica –en el contexto norteamericano es un vector común tanto a la jurisprudencia conservadora como la activista o progresista– no es un problema que el constitucionalismo del bien común se interese por enmendar, sino que más bien emerge como una oportunidad y estrategia para anexar la interpretación de valores a la propia práctica jurídica. En otras palabras, la concepción sustancial del *ius* ya no se limita a principios positivos, ya que debe ser orientada por una interpretación moral establecida en un primer orden. En efecto, como argumenta Vermeule:

on the classical view, departing from the text is not the same as departing from the law; the law is the lawmakers’ reason ordination for the common good, which maybe imperfect expressed by the enacted text” (Vermeule, 2022, p. 75).

Por lo tanto, para Vermeule tanto el originalismo como el constitucionalismo activista participan de un mismo posicionamiento dworkiniano, aunque también su propia postura que define de esta forma: “Common Good framework is Dworkinism plus deference, just

² Sobre la filosofía jurídica de Lon L. Fuller como principio moral interno al derecho, ver su *The Morality of Law* (1969).

³ Me refiero al congresista republicano Marco Rubio, y su propuesta de un “capitalismo del bien común” (2020). Ver también mi entrevista con Adrian Vermeule sobre el efecto bipartidario del “bien común” en la clase política norteamericana (Muñoz, 2020b).

with a better account of justification than the one that Dworkin offers (Vermeule, 2022, p. 69). El bien común, por lo tanto, ya no tiene interés en la defensa de la maximización de derechos y precaución del abuso de poder, sino que se concentra en comandar principios de arbitrariedad razonable orientados hacia una finalidad tal y como se define en el derecho natural. De esta manera, Vermeule puede invertir y extender el proyecto dworkiniano del derecho como integridad moral hacia un espacio de la deferencia administrativa como nuevo imperio del *ius*. Esta es la razón por la que el realismo jurídico de Vermeule no supone una irrupción en el actual ordenamiento del derecho público, sino que más bien se hace cargo de las operaciones que el derecho ya inscritas en el ordenamiento institucional. Sin embargo, si esto es así, entonces, ¿qué es exactamente lo que el “bien común” suministra dado que la deferencia discrecional es el propio mecanismo de la sistematización institucional? En realidad, el estado administrativo entra en escena para disolver la división de poderes (judicial, legislativo y ejecutivo) y conducir a un terreno de aplicación legal como ejercicio del mando. Por ello es que el lema del constitucionalismo del bien común para Vermeule es *imperare aude* (Vermeule, 2022, p. 71). Como avisa Vermeule, el estado administrativo hoy:

is today the main locus and vehicle for the provision of good, peace, justice, and our administrative law arguably amounts to law as *ius*, not merely as written positive *lex*, after all, broad deference to administrative is itself a juridical principle, rooted in political morality, that can serve the common good (Vermeule, 2022, p. 138).

Así, la autoridad administrativa es un “derecho motorizado” (*motorized law*) que, mediante su principio deferencial a las agencias burocráticas, puede ejecutar mandatos, y de esta manera extender un funcionalismo que termina por marginalizar el imperio de la ley asociado a las cortes y a los jueces (Vermeule, 2016). Desde luego, si la decisión autoritativa del positivismo cede sus capacidades al *ius* administrativo, esto no solo implica una nueva división de poderes, sino más importante aún, una multiplicación expresa de un decisionismo cuya finalidad es la autoproducción de la naturaleza del código (esto es, de los códigos del aparato regulatorio) que pone en duda un apego idólatra por la división de poderes republicanos (Landis, 1938).

Como ha demostrado Vermeule con nitidez en su *Law's abnegation* (2016) el proceso de legitimación del derecho administrativo ha sido interno al propio derecho una vez que confrontado con la ascendente complejidad de lo social. Este proceso de abnegación ha minimizado el legalismo (*lex*) poniendo sobre el relieve el derecho (*ius*). Esto presupone, en efecto, que agencias como EPA o FDA terminan legislado, ejecutando, e interpretando los propios límites de lo permisible, e inclusive de lo que se entiende razonablemente por el “bien”, en la operación regulatoria del código (Vermeule, 2022, p. 146). En este sentido, el bien común es una manera de diseñar la naturaleza de los códigos administrativos como ejercicio central de la jurisprudencia. Pero es aquí donde el nexo de poder aparece bajo una figura específica que Vermeule introduce en su libro: el principio de subsidiaridad positiva. A diferencia de las formas meramente negativas del principio subsidiario de previas etapas del liberalismo autoritario –pensemos aquí en la comprensión de lo subsidiario del jurista chileno Jaime Guzmán, artífice de la constitución chilena pinochetista– en la que el estado facilita reorganización de la deuda social; el principio de subsidiaridad positiva del bien común introduce un poder como forma de “deber ajustado” a la administración capaz de intervenir en un contexto de una situación excepcional (Vermeule, 2022, p. 157). Esta es la razón por la que para Vermeule el principio de subsidiaridad no implica un diseño institucional en función de un estado corporativo, ya que su función se asume como un estado de excepción como mediación entre

administración y sociedad (Vermeule, 2022, p. 155). Ahora vemos con claridad que el principio subsidiario positivo coincide con el estado de excepción sin resto, ya que la frontera entre la normatividad positiva y la esfera genérica de los principios se ha vuelto inexistente. Su naturaleza excepcional se orienta al tejido *all-encompassing* del *ius*. Este excepcionalismo subsidiario poco tiene que ver con el estado de excepción que según Giorgio Agamben culmina con la signatura del campo de concentración como realización del *nomos* moderno, puesto que esta excepción institucional es garante de orden, seguridad, y reproducción de la vida⁴. Este es el vórtice central de la nueva legalidad postliberal. En otras palabras, la concepción de un principio subsidiario positivo es un intento de concretar un orden institucional que se retroalimenta constitucionalmente como un

loose-fitting garment that leaves room for flexibility and adjustment over time as circumstances change.... not some fantasy of perfect legality, but rather an overly brittle framework that cracks because it cannot bend” (Vermeule, 2022, p. 160).

La metáfora de la “pieza suelta”, como le he llamado en otras ocasiones para referirme a la concepción política-jurídica de Vermeule —y que no está libre de estratos teológicos que informan las teorías modernas de la justicia y la redistribución comunitaria, sobre lo que volveremos— provee una correspondencia singular entre principio subsidiario positivo y la biopolítica como nueva administración de la totalidad de la vida social. En efecto, el nexo de la pieza suelta simbolizada por el estado administrativo aparece como la región de la reproducción de la vida social investida sobre los presupuestos de una *felix culpa* antropológica sin que haya que pasar necesariamente por la legitimación de un poder constituyente (Vermeule, 2022, p. 163). Haciendo uso de la metáfora de sastrería, pudiéramos decir que el estado administrativo constituye el nuevo “vestido” de la sociedad civil luego de la desaparición del estado Leviatán, pero bajo la condición de que proceda de los talleres del bien común y del derecho romano. De ahí que Vermeule pueda escribir en un momento decisivo de su libro que:

[the administrative state determination / deference] is arbitrary.... the closest analogue in modern law is probably the arbitrary review under the APA, which focuses on ensuring government action in light of the interest at stake. In a very loose sense, under the classical structure, all constitutional law is like modern administrative law (Vermeule, 2022, p. 168).

La capacidad de orientar y efectuar el bien común, implica necesariamente que “is not merely an artifice for the province of judges; it is the proper *governing approach for all*” (Vermeule, 2022, p. 129). Es precisamente aquí donde el derecho administrativo ya no se limita a una filosofía de la interpretación ni tampoco a un diseño institucional específico, sino a un nexo gubernamental que organiza la integridad moral, la decisión política, y la reproducción social mediante el principio subsidiario positivo. Este marco de integración configura un nuevo arte del gobierno, en el que el arcano teológico desata una fuerza de orientación cuyo fin es la racionalidad de planificación. El imperativo administrativo que

⁴ Pero incluso Giorgio Agamben ha modificado su postura sobre el derecho como *nomos* a raíz de la crisis pandémica, y para mi sorpresa haciendo explícita la centralidad del estado administrativo a partir de la obra de Cass Sunstein & Adrian Vermeule en *Law and Leviathan* (2020), un libro que antecede a *Common Good Originalism* (2022). Ver, “Intervento al convegno degli studenti veneziani contro il greenpass l’11 novembre 2021 a Ca’ Sagredo” (2021).

orienta lo social mediante la subsidiariedad excepcional implica nada más y nada menos que un nuevo nexo integral. Este integralismo en una fase civilizacional técnica ciertamente revive el viejo arcano teológico político (el sentido de la doctrina cristiana de John Henry Newman hace gala en el libro) en el que vida y derecho coinciden sin resto. Antes de volver sobre estas consecuencias teológicas-políticas me gustaría repasar cinco diferentes movimientos de este nuevo nexo de poder que se derivan de este marco jurídico:

1. En primer lugar, el constitucionalismo del bien común no supone un regreso idealista a un tiempo previo del iusnaturalismo, sino un uso específico del marco del derecho natural (*ius commune*) para propósitos de justificación de un fin institucional concreto. Esta maniobra interpretativista ahora se asume como guardián de un institucionalismo concreto en el momento de la irreversibilidad del derecho administrativo. En otras palabras, el constitucionalismo del bien común puede definirse como *integridad moral más institucionalismo*. Esto quiere decir que el bien común en tanto que *ius* no se limita a una práctica hermenéutica de la jurisprudencia, sino más bien a una práctica técnica-política del orden concreto.
2. En segundo lugar, ahora se hace posible ver cómo la crisis del positivismo como consecuencia del colapso del ordenamiento categorial de la política moderna deja ver una nueva “vestimenta” de un tipo de gobierno que, como en la antigua teología, no manda, aunque sí es capaz de gobernar sobre los asuntos concretos de lo social. Si el derecho positivo busca garantizar mecanismos institucionales para mitigar el conflicto de intereses particulares, entonces la erosión de la autoridad y su pasaje administrativo es una forma de optimizar una textura social común a la guerra civil (Rosler, 2021, p. 184). O dicho de manera distinta, la autoridad del estado administrativo tiene su finalidad en la administración de los flujos de la guerra civil mediante el diseño de riesgos de efectos de segundo orden (Vermeule, 2013).
3. En tercer lugar, este nuevo institucionalismo no se deriva de la configuración clásica de la división de poderes y sus diseños institucionales, sino a través de la irreversibilidad que supone la abnegación interna de la historicidad del derecho. Cuando Vermeule dice que el estado administrativo y sus agencias constituyen hoy “la voz viva de nuestro derecho positivo” esto es índice de irreversibilidad (Vermeule, 2022, p. 151). De manera que toda demanda de “realismo” político e institucional hoy debe atender al proceso de abnegación del derecho. Visto así, las teorías contemporáneas que buscan restituir un horizonte de antropología institucional ahora aparecen, de manera irremediable, caídas a la configuración administrativa en la que ya vivimos (Muñoz, 2022). La antropología institucional desentendida del vestido de la administración ahora aparece como una moral abstracta y ajena a todo realismo concreto.
4. En cuarto lugar, el estado administrativo proyectado hacia el bien común supone una concepción del principio subsidiario positivo como herramienta regulativa de estado de excepción. Esta concepción del principio subsidiario se asienta como el nexo de la reproducción del espacio social sin afuera. Y a diferencia de su concepción negativa, la positivización del principio subsidiario es el vínculo donante de la administración social sobre la vida.
5. Y quinta, y última, creo que es obligatorio enfatizar que la mediación entre integridad moral, derecho administrativo, e intervención subsidiaria

conforman los tres puntos de la fuerza de este nexo gubernamental. En otras palabras, ahora la hegemonía ya no aparece como un concepto reducible a la política o a la cultura, sino como la articulación efectiva entre vida y política, aquello que debe establecer una axiomática del orden gubernamental. De manera análoga, el constitucionalismo del bien común supone un nuevo uniforme del gobierno mediante el cual el vacío de lo político pasa a estar predicado hacia una moral trascendente del bien. Al final, como veía el teólogo y defensor del bien común antipersonalista Charles de Koninck:

La justicia legal se suspende, una vez que desentiende el bien común haciendo que el estado adquiriera una dimensión personalista. De esta manera se pierde todo ordenamiento hacia el bien común hacia “un estado común, el cual es la ruina de toda república bien ordenada” (De Koninck, 2009, p. 106).

Esto implica que para poder estar en condiciones de establecer una disponibilidad “activa” (principio subsidiario positivo), el estado debe despersonalizarse hasta volver el *officium* regulatorio sobre una base delegativa y deferencial. Esto no implica un nuevo cuerpo de la eficacia (*corporis magni*), sino como hemos mostrado previamente, un nuevo vestido administrativo (Agamben, 2013, p. 75).

3. Un vestido técnico-teológico

Cuando hace algunos años escribí sobre la metáfora del vestido en el constitucionalismo de Adrian Vermeule, tal vez no extraje las verdaderas consecuencias últimas de esta figura teológica (Muñoz, 2022). Pero como hemos intentado de mostrar, tras la publicación de *Common Good Constitutionalism* (2022) ahora podemos ver con claridad que la procedencia de esa pieza suelta está hecha en los talleres del derecho romano, puesto que el ascenso del derecho administrativo como *ius*, fijado a una “moralidad interna” del derecho, reemplaza la autoridad del positivismo: “Nuestro ámbito administrativo” es derecho, entonces, es *ius*, y no meramente la forma positiva del *lex*” (Vermeule, 2022, p. 138). Al final, no hay que olvidar que la integridad moral de la *law's empire* de Ronald Dworkin tenía como condición manifiesta el encuadre de un “fit”, esto es, una talla que permitía el principio de discriminación en el acto jurídico (Dworkin, 1986, pp. 230-232). Dicho en términos de Vermeule, el “fit” o la talla es el reajuste que el *lex* debe desempeñar dentro del rango discrecional del *ius*. Pero si la capacidad administrativa supone un nuevo “vestido” del derecho constitucional, entonces esto quiere decir que la función del *lex* es el contrapunto, siempre alterable y decisivo en la modelación del cuerpo de la *politeia*; un cuerpo integral en la medida en que es también un cuerpo en el que desaparece la deriva de un nominalismo que disuelva las aspiraciones autopoieticas del bien común. Si bien la metáfora del vestido proviene del diseño hamiltoniano del constitucionalismo norteamericano para dotar de energía al ejecutivo; en manos de Vermeule el vestido recoge una plasticidad capaz de orientar las medidas del tejido del *ius*. Ese “loose-fitting garment” o pieza suelta ahora aparece de esta manera en su ensayo:

...excessive constitutional constraint can be as dangerous as insufficient constitutional constraint. The Constitution, emphatically including the vertical distribution between among subsidiarity jurisdictions and the highest levels authority should be a loose-fitting garment that leaves room for flexibility and adjustment over time as circumstances change. The alternative

is not some fantasy of perfect legality, but rather an overly brittle framework that cracks because it cannot bend (Vermeule, 2022, p. 160).

El vestido no se tuerza porque está compuesto de pliegues y alteraciones en la organización de la *determinatio* administrativa. Ahora podemos ver con claridad que la pieza suelta ya no sólo encubre el cuerpo de la *politeia*, sino que mide y cose el tejido de una manera particular (hacia la realización del bien) que permita la evolución del orden social. Pudiéramos denominar ese “modo” como la ontología específica de un bien común orientado hacia una axiomática del *orden* cuyo horizonte final es la razón gubernamental. El vestido, de esta manera, ha dejado de ser una mediación intermedia entre mundo y vida, para devenir un dispositivo de una sistematización flexible en un espacio social difuso. Esta plasticidad supone una comprensión como un esqueleto que regula la tecnificación de los efectos del sistema, tal y como proponía Vermeule en su comprensión del constitucionalismo como mecanismo que mitiga los *efectos* de la totalidad de un sistema (Vermeule, 2011, p. 173). La teología en la fase administrativa ha devenido técnica. Y merece la pena recordar que para Erik Peterson la “teología del vestido” es índice de un estrato que separa las aspiraciones del gobierno con el espíritu de la técnica de la apariencia humana (Peterson, 1934). Otra manera de decirlo es que la reaparición del Leviatán tras la crisis del principio de autoridad moderno regresa ya no como ilusión óptica de agregación de una racionalidad de *omnes et singulatim* en un corpus personalista (el Soberano), sino más bien como un vestido invisible que carece de un cuerpo concreto, porque ahora su extensión es la integridad “fitting” de una sociedad que debe ser puesta en disponibilidad del bien común. En última instancia, el vestido deja ver la autopoiesis misma del vínculo administrativo social. Y es en este sentido que el derecho administrativo en toda su pragmática no es un cuerpo místico, sino un vestido sin cuerpo que hace posible la coincidencia de la ratio de la delegación con la gobernabilidad sobre la vida. Es por esta razón también que el vestido del bien-común administrativo no es, en modo alguno, el uniforme militar sobre el cuerpo *imperator* como ha mostrado Ernst Kantorowicz, sino una imagen técnica del propio lazo social sustentado en el modelo de la *pax* administrativa (Kantorowicz, 1965, p. 21).

Sin embargo, ¿es posible una coincidencia entre la teología del vestido y el dispositivo del gobierno? En este sentido podría ser iluminador algo que ya Carl Schmitt había anotado en respuesta a “Teología del vestido” de Erik Peterson:

La patria es la casa. Lo que dice Peterson del vestido sirve también para el paisaje, tejido de los recuerdos, el revestimiento psíquico, investiduras institucionales, vías de sentimientos y reservas que allí se acumulan⁵ (Schmitt, 2021, p. 175).

El vestido, por lo tanto, no puede constituir la forma política de un ordenamiento jurídico, sino que debe entenderse como aquello que permite una *separación irreductible* entre el dominio del derecho y la esfera que hace posible la forma de vida. Por eso es por lo que Peterson escribía, de manera decisiva que la vestimenta es un intento por “redescubrir la pieza perdida” [del Paraíso] que es la única que puede expresar y develar nuestra dignidad” (Peterson, 1934, p. 348). La *dignitas* del vestido, por lo tanto, no puede fijar un bien-común impersonalizado y sin cuerpo, pero tampoco un personalismo encarnado refractario de un *corpus mysticum* comunitario. Una vez que el vestido sea el dominio

⁵ En la reciente traducción al castellano de *Glossarium: Anotaciones desde 1947 hasta 1958* (2021) se ha tomado “*kleides*” por “hábito”, lo cual se presta a más de un equívoco, por eso lo hemos modificado a “vestido” lo que es más fiel a la intención original de Peterson.

total de *omnes et singulatim* hemos sometido el ámbito de la vida a un dispositivo cuya tarea última es “gobernar y guiar a la cosa gobernada desde una forma ajustada hacia su finalidad” (Vermeule & Casey, 2022). Ante la crisis de la tecnificación de las categorías políticas y la crisis del positivismo moderno, el constitucionalismo del bien común termina entregándonos un vestido comunitario vacante de la presencia del cuerpo.

4. Referencias

- Agamben, G. (2021). Intervento al convegno degli studenti veneziani contro il greenpass l'11 novembre 2021 a Ca' Sagredo. Quodlibet: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-intervento-al-convegno-degli-studenti-veneziano->.
- Agamben, G. (2013). *Opus Dei: An archeology of duty*. Stanford University Press.
- Chamayou, G. (2021). *The Ungovernable Society: A Genealogy of Authoritarian Liberalism*. Polity.
- Chappel, J. (2020). Nudging Toward Theocracy: Adrian Vermeule's War on Liberalism. *Dissent Magazine*, Spring: <https://www.dissentmagazine.org/article/nudging-towards-theocracy>.
- Cristi, R. (1998). *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*. University of Wales Press.
- De Koninck, C. (2009). The Primacy of the Common Good against the Personalists. En *The Writings of Charles de Koninck*. Notre Dame University Press.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Harvard University Press.
- Foucault, M. (2015). *The Punitive Society: Lectures at the Collège de France 1972-1973*. Palgrave Macmillan.
- Hamburger, P. (2017). *The Administrative Threat*. Encounter Books.
- Kantorowicz, E. (1965). Gods in uniform. En *Selected Studies* (pp. 7-25). J.J. Augustin.
- Kòjeve, A. (2001). Colonialism from a European Perspective. *Interpretation*, 29, 115-128.
- Muñoz, G. (2020a). Teologías post-coronavirus: ¿hacia un enfrentamiento católico-protestante? En J. L. Villacañas (Ed.), *Pandemia: Ideas en la encrucijada* (pp.255-265). Biblioteca Nueva.
- Muñoz, G. (2020b). Adrian Vermeule: l'échelle géographique d'un programme de bien commun devra être celle de l'État administratif. *Le Grand Continent*: <https://legrandcontinent.eu/fr/2020/04/17/adrian-vermeule/>
- Muñoz, G. (2022). Como una pieza suelta: el constitucionalismo de Adrian Vermeule. Editorial diecisiete: <https://diecisiete.org/nuncios/como-una-pieza-suelta-el-constitucionalismo-administrativo-de-adrian-vermeule>
- Landis, J. M. (1938). *The Administrative Process*. Yale University Press.
- Moreiras, A. (2013). Keynes y el Katechon. *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, 30, 157-168.
- Peterson, E. (1934). Theologie des Kleides. *Benediktinische Monatschrift*, 16, 347-356.
- Rosler, A. (2021). *La ley es la ley: autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*. Katz.
- Rubio, M. (2020). Common Good Capitalism: An interview with Marco Rubio. *American Affairs*, IV(1): <https://americanaffairsjournal.org/2020/02/common-good-capitalism-an-interview-with-marco-rubio/>
- Schmitt, C. (2021). *Glossarium: Anotaciones desde 1947 hasta 1958*. El Paseo Editorial.
- Vermeule, A. (2011). *The System of the Constitution*. Oxford University Press.
- Vermeule, A. (2013). *The Constitution of Risk*. Cambridge University Press.
- Vermeule, A. (2016). *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*. Harvard University Press.

Vermeule, A. (2022). *Common Good Constitutionalism*. Polity.

Vermeule, A. & Conor, C. (2022). Myths of Common Good Constitutionalism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 45(1), 103-146.

Villacañas, J. L. (2020). *Neoliberalismo como teología política*. NED Ediciones.