

LOUGHLIN, Martin (2022): *Against Constitutionalism* (Cambridge Massachusetts and London, England: Harvard University Press) 258 pp.

A primera vista, el *constitucionalismo* aparece como un concepto universalmente alabado. En un sentido canónico, dicha noción alude al movimiento intelectual y político surgido a finales del siglo XVIII que, inspirado en el iusnaturalismo racionalista, reconocía a las personas como portadoras de derechos naturales para cuyo resguardo era necesario instituir gobiernos. En tal esquema, las constituciones operan como textos jurídicos encargados de dar forma al poder político, de especificar los derechos básicos de los individuos y de regular las relaciones entre el gobierno y los individuos. En suma, el constitucionalismo correspondería a la tesis según la cual el ejercicio del poder político se sujeta a la observancia de un texto.

En *Against Constitutionalism*, Loughlin desafía esta noción tradicional, advirtiendo que el constitucionalismo ha devenido en otra cosa distinta. En efecto, en lugar de simplemente limitar la acción gubernamental sobre la base de un texto jurídico, el constitucionalismo hoy se alza como una filosofía universal y omnicomprensiva que menoscaba los principios de la democracia constitucional. Para el autor, el constitucionalismo, correctamente definido, concibe a la Constitución como un objeto de veneración, que establece un esquema o marco permanente de gobierno (ley fundamental), cuya custodia es encargada a un grupo de jueces. Estos últimos, no se encuentran limitados por las reglas del texto, sino que pueden discernir su contenido mediante la aplicación de principios generales y abstractos. Para el constitucionalismo, la democracia ya no consistiría en la expresión de la voluntad del pueblo, sino en la expresión de su identidad, la cual resulta indistinguible de los principios fundantes de la Constitución. Por último, el constitucionalismo, a juicio del autor, tendría un fin instrumental, consistente en crear un marco jurídico al servicio de la protección del mercado y de las libertades económicas, lo que Loughlin denomina “ordo-constitucionalismo”.

Este fenómeno, según Loughlin, hallaría su raíz en el modelo constitucional norteamericano, el que se habría extendido, luego, a diversos países del globo. Adicionalmente, el constitucionalismo no sería un fenómeno puramente constreñido a las fronteras nacionales, sino más bien se trataría de un proyecto con pretensiones internacionales o cosmopolitas. En efecto, dado que el propósito del constitucionalismo sería dotar a la economía de mercado de un marco jurídico de protección, sus alcances no se agotarían en las fronteras nacionales. En definitiva, esta obra, según palabras de su propio autor, tiene como principal objetivo capturar el *espíritu* o la esencia del constitucionalismo, analizando las implicancias del giro en su significado, tanto desde un punto de vista teórico como práctico.

En la primera parte, la obra aborda la irrupción del constitucionalismo en el pensamiento político moderno, entendido en el sentido canónico que señalamos más arriba. Sin embargo, los fines originales que perseguía el constitucionalismo (protección de derechos vía limitación del gobierno) se vieron posteriormente amenazados por la expansión del sufragio, el auge de la idea democrática y el crecimiento exponencial del poder ejecutivo (o gobierno federal). Luego, para alcanzar el fin de la protección de derechos, no bastaba con limitar al gobierno, sino que se hacía necesario utilizar su estructura para obtener tal finali-

dad. La idea original de la Constitución como *proyecto* (gobierno sujeto a un texto), mutó hacia la concepción de la Constitución como *sistema*, en la que el gobierno no solo estaba constreñido por las limitaciones plasmadas en el texto, sino que por un sistema conformado por principios constitucionales en constante necesidad de actualización. Dicha transición, a juicio del autor, habría sido impulsada por la Escuela Ordoliberal, la que, inspirada en las ideas de Hayek, habría promovido un orden constitucional cuya finalidad es proteger jurídicamente la libertad de mercado y del régimen capitalista, labor que estaría principalmente delegada a los jueces constitucionales.

En la segunda parte, el autor expone y examina el concepto de *democracia constitucional*, noción que contrapone con la de constitucionalismo. La idea central de la democracia constitucional consistiría en hacer explícita la imposibilidad de reconciliar las nociones de poder constituyente (autonomía pública) con la de derechos constitucionales (autonomía privada). La única manera de reconciliar ambos principios, advierte Loughlin, es transformar a la democracia constitucional en constitucionalismo, lo que implica necesariamente negar el carácter abierto, dinámico e indeterminado que caracteriza al régimen político democrático. El constitucionalismo, a juicio del autor, pretendería negar la dimensión deliberativa que define a la democracia, anulando su dimensión polémica por medio del derecho constitucional, el que ofrecería una respuesta jurídica definitiva –emanada de un tribunal– frente a conflictos de naturaleza política. En la medida en que la deliberación política ha sido reemplazada por la autoridad del texto constitucional, nos encontramos bajo el dominio de la ideología del constitucionalismo. Esta ideología, acusa Loughlin, ha distorsionado los valores del constitucionalismo clásico, transformando a las constituciones en dispositivos de autoridad que pretenden resolver todas las tensiones inherentes entre el poder y el derecho.

Finalmente, en la tercera parte, Loughlin desarrolla lo que él denomina como “La Era del Constitucionalismo”. Según esta tesis, el rol de la Constitución habría mutado desde un instrumento para regular la toma de decisiones públicas hacia la de servir como representación simbólica de la identidad política colectiva. Este tránsito habría sido motivado por el fenómeno de la “revolución de los derechos”, que permite revisar comprensivamente toda acción gubernamental a partir de principios abstractos. Dicho fenómeno dotó a los jueces constitucionales de novedosas facultades interpretativas, las que incluso se extienden a principios que no estarían explícitamente recogidos en el texto constitucional (la Constitución invisible), dando paso a “nuevas especies de derechos”, que se basan tanto en la racionalidad política como jurídica. Finalmente, dada la pretensión universal de los postulados del constitucionalismo, sus principios se han extendido a diversas naciones alrededor del mundo, alzándose como un sistema de valores autosuficiente. En la actualidad, advierte el autor, ciertas decisiones democráticamente adoptadas por los gobiernos nacionales pueden luego ser revisadas por organismos o cortes internacionales con discutible o nula legitimidad democrática (pp. 183-190).

La tesis de Loughlin es provocativa y filosóficamente aguda, pero presenta elementos discutibles que vale la pena advertir.

En primer lugar, desde el punto de vista conceptual, el autor opera con categorías rígidas para describir la práctica constitucional que no recogen adecuadamente la diversidad

de modelos actualmente existentes. En efecto, el autor opone los conceptos de constitucionalismo y democracia constitucional, identificando al primero con lo que se ha denominado en doctrina como *neoconstitucionalismo*. Este último concepto, en palabras de los profesores Sergio Verdugo y Felipe Jiménez, consiste en “aquella tendencia que radicaliza la aplicación directa de la Constitución, entregándole a los jueces la autoridad final para determinar su contenido sobre la base de valores o principios abstractos que admiten diversas lecturas morales”. De este modo, Loughlin pretende formular una crítica global a la jurisdicción constitucional, pero identificando su versión más intensa, la que constantemente asocia al modelo norteamericano. Contra ella, opone la noción de democracia constitucional, concepto que resolvería la tensión entre democracia y derecho en favor de la primera. Así, el libro presenta un criticable dilema: o se abraza el modelo del constitucionalismo (gobierno de los jueces), o bien se admite la soberanía plena del legislador, única fórmula que permitiría retener el carácter democrático del gobierno. Este planteamiento omite el examen de otros modelos de jurisdicción constitucional actualmente en vigor en diversas naciones anglosajonas (*weak judicial review*), que parecen resolver, o al menos relativizar, el dilema que Loughlin formula.

En segundo lugar, y desde una óptica teórica, Loughlin identifica como déficit propio de la jurisdicción constitucional un elemento que, en realidad, puede ser predicado respecto de todo ejercicio de jurisdicción. El autor critica una característica del constitucionalismo que él denomina “legalidad constitucional”, según la cual gobernar conforme a derecho ya no significaría gobernar sujeto a reglas preestablecidas sino en conformidad con principios abstractos que dependen tanto de la racionalidad jurídica como de la racionalidad política (p. 123). Sin embargo, la aplicación de principios o de normas indeterminadas o de textura abierta no es exclusiva de la jurisdicción constitucional, ya que dicha especie de enunciados normativos –como explicaba H.L.A Hart– son habituales en la generalidad del ordenamiento jurídico, confiriéndole un alto grado de discrecionalidad al juez en su aplicación. Si el ejercicio de la jurisdicción consistente con la idea democrática se ve amenazado por la presencia de este tipo de normas, dicha amenaza no sería exclusiva de la jurisdicción constitucional, como parece entender el autor en comento.

Por otra parte, la crítica de Loughlin contra el constitucionalismo pareciera estar más vinculada a los propósitos que dicha filosofía sirve, más que a la jurisdicción constitucional en sí misma. En efecto, el autor centra sus esfuerzos en criticar los fines ordoliberales que perseguiría el constitucionalismo: proteger jurídicamente los intereses del capital y el libre mercado. Sin embargo, el problema de esta crítica es que basta con identificar exitosamente otros fines valiosos del constitucionalismo o del *judicial review* (v.gr. promover valores democráticos, consolidar democracias frágiles, garantizar derechos sociales a minorías excluidas, entre otros) para al menos relativizar el carácter terminal de la tesis que Loughlin formula en contra del constitucionalismo. Lo anterior obviando la discutible asociación automática y definitiva entre constitucionalismo y ordoliberalismo que el autor asume.

Por último, el libro propone una asociación entre constitucionalismo y populismo cuyo vínculo causal se encuentra deficientemente justificado. En efecto, Loughlin plantea que el constitucionalismo anularía la deliberación pública en materias especialmente sensibles para la comunidad política, lo que forzaría o incentivaría la aparición de liderazgos

populistas (p. 199). El autor critica a aquellos autores que pretenden explicar o describir el fenómeno del populismo omitiendo su posible fuente en la filosofía política del constitucionalismo (p. 198). Sin embargo, similar objeción puede formularse a una descripción del populismo, como la de Loughlin, que simplemente asume dicho vínculo causal.

Sin perjuicio de las críticas y observaciones anotadas, el libro de Loughlin es una interesante invitación a examinar y cuestionar al constitucionalismo como concepto filosófico y político, analizando su origen, desarrollo y estado actual. Se trata, además, de una obra especialmente relevante y útil de cara a los futuros debates constitucionales que tendrán lugar en nuestro país, en los cuales la configuración institucional de la jurisdicción constitucional será sometida a revisión y examen.

ANDRÉS VODANOVIC ESCUDERO
Pontificia Universidad Católica de Chile