

POPULISMO JUDICIAL: UN CASO DE ESTUDIO¹

JUDICIAL POPULISM: A CASE STUDY

Luis Alberto LÓPEZ NÚÑEZ
Universidad Autónoma de Tlaxcala
laln.25@live.com
<https://orcid.org/0000-0002-0943-5401>

Let me voice these doubts: Is this some new emerging theory which has not yet received sufficient attention but is inevitably going to transform contemporary constitutionalism? Isn't it our responsibility to comprehend it at all cost, even if we do not like what we learn? And when we understand the true nature of it, will it be possible to tame populist constitutionalism, like a wild animal which may not know how to behave with people but ultimately shares the same basic needs and instincts?

W. Brzozowski

Fecha de recepción: 31 de marzo de 2025.

Fecha de aceptación: 17 de mayo de 2025.

Resumen:

El presente artículo tiene por objeto demostrar que la sentencia que habilitó a Nayib Bukele para competir en las elecciones presidenciales de 2024, a pesar de que la Constitución es muy clara al proscribir la reelección, responde a la *estrategia* del populismo judicial, de acuerdo con la cual los jueces, en especial aquellos con la facultad de decidir cuestiones constitucionales, pueden ser utilizados como armas políticas para dañar los tres pilares fundamentales de la democracia constitucional —las elecciones competitivas, el *rule of law* y los derechos fundamentales— a través de una *ideología* (falsa, como todas las ideologías) que les permite, en nombre de un pueblo imaginario al que construyen a través de un *discurso-performativo* (maniqueo), manipular las normas legales y constitucionales de forma discrecional y arbitraria.

¹ El presente artículo es producto de una estancia académica llevada a cabo en los meses de octubre a diciembre de 2024 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Summary:

This article aims to demonstrate that the ruling that enabled Nayib Bukele to compete in the 2024 presidential elections, despite the Constitution being very clear in prohibiting re-election, responds to the strategy of judicial populism, according to which judges, especially those with the power to decide constitutional issues, can be used as political weapons to damage the three fundamental pillars of constitutional democracy - competitive elections, the rule of law and fundamental rights - through an ideology (false, like all ideologies) that allows them, in the name of an imaginary people that they construct through a performative (Manichean) discourse, to manipulate legal and constitutional norms in a discretionary and arbitrary manner

Palabras clave: Populismo judicial, Reelección presidencial, Ideología populista, Discurso populista, Estrategia populista.

Keywords: Judicial populism, Presidential re-election, Populist ideology, Populist discourse, Populist strategy

I. Introducción

Un fantasma recorre al mundo, es el fantasma del populismo. Éste ha llegado en un momento crítico para la democracia constitucional, entendida como el mejor modelo teórico y práctico para la promoción y garantía de la igualdad, la libertad y el autogobierno. El populismo ha llegado en un contexto en el que múltiples voces se lamentan por su crisis, su decadencia o, peor, su muerte lenta y gradual.² Lo peor de todo es que se ha presentado no como enemigo declarado de la democracia, sino con ropajes que lo presentan como su mejor aliado y como la solución más eficaz para resolver diversos problemas como la desigualdad, la estima social y la relación entre los que tienen poder y quienes no lo tienen.³

El éxito del populismo, si se puede llamar así, es visible a los ojos de todos. Ha penetrado en todas partes, incluso en lugares donde, por sus condiciones históricas, económicas,

² Entre otras, véanse las siguientes contribuciones: DIAMOND, Larry y PLATTNER, Marc, *Democracy in decline?*, Baltimore, John Hopkins University Press, 2015; CASTELLS, Manuel, *Ruptura. Crisis de la democracia liberal*, Madrid, Alianza, 2017; GRABER, Mark *et al.*, *Constitutional Democracy in crisis?*, Nueva York, Oxford University Press, 2018; HOLMES, Stephen y KRASTEV, Iván, *La luz que se apaga*, Barcelona, Debate, 2019; ARAGÓN REYES, MANUEL, *et al.*, *La crisis del parlamentarismo en nuestra democracia constitucional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021; PRZEWORSKI, Adam, *La crisis de la democracia*, México, Siglo XXI, 2022; LEVITSKY, Steven y ZIBLATI, Daniel, *Cómo mueren las democracias*, Paidós, 2022; ISSACHAROFF, Samuel, *Democracy Unmoored*, Nueva York, Oxford University Press, 2023; SANDEL, Michel, *El descontento democrático*, México, Debate, 2023.

³ A este respecto, véanse las obras de MOUFFE, Chantal, *Por un populismo de izquierda*, Buenos Aires, Siglos XXI, 2019; FRASER, Nancy, *¡Contrabegemonía ya! Por un populismo progresista frente al neoliberalismo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021; LACLAU, Ernesto y MOUFFE, Chantal, *Hegemonía y estrategia socialista*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2023.

institucionales y políticas, era insospechable: Estados Unidos y Europa occidental están soportando sus efectos. De hecho, con el reciente y nuevo triunfo de Donald Trump como presidente nos debe hacer sonar las alarmas. Prácticamente todas las democracias del mundo, plenas o frágiles, han visto desfilar un movimiento, un partido político, un líder o un gobierno populistas que han exigido una transformación radical del sistema en su conjunto.⁴ Si bien este no es el espacio correcto para discutir, en general, sobre el populismo, no podemos ignorar que esta fuerza avanza en el espacio público.

Este impulso populista, por cierto, no se ha reducido simplemente a la esfera de lo político, sino que también ha penetrado en el terreno de lo jurídico. Cada vez son más frecuentes y preocupantes los escritos que dan cuenta de una relación simbiótica entre, por un lado, el populismo y, por el otro, la teoría del derecho, el constitucionalismo, la actividad judicial y la interpretación jurídica. Digo relación simbiótica en virtud de que, como lo expresa su sentido biológico, el primero pretende sacar provecho y beneficiarse de los últimos.

Un caso en el que se ha presentado esta relación es la sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de El Salvador en el caso de Nancy Marichel Díaz de Martínez.⁵ Esta sentencia, con amplia repercusión e impacto en América Latina dio como resultado la transfiguración del orden constitucional en aquella nación al haber trascendido la causa planteada por partes contendientes, por haber autorizado la reelección de Nayib Bukele —a pesar de que nadie, ni el propio Bukele, solicitó la intervención de la Sala para ello—, revertir un conjunto sólido de jurisprudencia previamente establecida y abusar de las facultades jurisdiccionales que le fueron conferidas en la Constitución Salvadoreña.

La pregunta clave aquí es ¿cómo es que la Sala de lo Constitucional logró semejante resultado a pesar de que el texto constitucional es claro y reiterativo sobre la prohibición de la reelección presidencial y la obligación de la alternancia como dos de los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico y político salvadoreño? Son varias las posibles respuestas que se pueden formular desde diferentes puntos de vista. La que aquí se presenta parte de la hipótesis de que la *estrategia* del populismo judicial, de acuerdo con la cual los jueces, en especial aquellos con la facultad de decidir cuestiones constitucionales, pueden ser utilizados como armas políticas

⁴ Véase SADURSKI, Wojciech, *A pandemic of populism*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2022.

⁵ Sala de lo Constitucional de la Suprema Corte de Justicia, Pérdida de derechos de ciudadanía 1-2021, El Salvador, 3 de septiembre de 2021.

para dañar los tres pilares fundamentales de la democracia constitucional —las elecciones competitivas, el *rule of law* y los derechos fundamentales— a través de una *ideología* (falsa, como todas las ideologías) que les permite, en nombre de un pueblo imaginario al que construyen a través de un *discurso-performativo* (maniqueo), manipular las normas legales y constitucionales de forma discrecional y arbitraria.

Para demostrar esa hipótesis, analizaremos el significado del término populismo político, así como sus fundamentos y su estructura básica, desde tres enfoques teórico-conceptuales interrelacionados pero que conviene distinguir en función de que la base central del populismo se encuentra no tanto en lo que dice o deja de decir, sino lo que *hace* con la democracia a partir de una ideología y un discurso propio y específico. A partir de ello, se observará brevemente que el populismo político, a través de sus armas ideológicas, discursivas y estratégicas, tiene un especial interés en la construcción de un poder judicial del pueblo. Es decir, se analiza brevemente cómo es que el populismo político, por medio de su lógica, transforma las relaciones entre la sociedad y el poder judicial, a fin de someter a este último. Luego, se esbozan las características básicas del populismo judicial, la relación ideológica y discursiva del pueblo con los nuevos jueces, y el impacto de este nuevo vínculo con la interpretación constitucional para, paradójicamente, erosionar una democracia.

II. Populismo político

En los últimos años, el populismo judicial se ha vuelto un concepto cada vez más frecuente en el léxico jurídico. Sin embargo, aun cuando su uso es cada vez mayor en las conversaciones académicas y sociales, lo cierto es que el populismo judicial no es un concepto fácil de aprehender. Debido a que guarda una estrecha relación con su primo político, el populismo judicial es, igualmente, un concepto esencialmente controvertido, ambiguo y de difícil definición.⁶ Esto se debe a que, en torno a él, existen diversas dificultades subjetivas, valorativas y teóricas que obstaculizan su comprensión.

⁶ Veáanse los trabajos de MARKERT, Jürgen, “Introduction. Is there such a thing as populism?” y COLLIOT THÉLÉNE, Catherine, “Populism as a conceptual problem”. Ambos se encuentran en FITZI, Gregor, *et al.*, *Populism and the crisis of democracy. Concepts and theory*, Nueva York, Routledge, 2019. De igual manera, GALLIE, W. B., “Essentially contested concepts”, en *Aristotelian Society*, New Series, vol. 56, 1955-1956, pp. 167-198.

Por un lado, al tratarse de un concepto cuyos límites se encuentran en medio de las fronteras de lo político y lo jurídico, difícilmente podremos elaborar un entendimiento descriptivo objetivo y neutro que no involucre juicios o razonamientos normativos o valorativos del sujeto cognoscente. Todos reconocemos la necesidad científica de elaborar teorías a-valorativas y, en cierto sentido, libre de todas nuestras subjetividades. Sin embargo, el populismo judicial, al igual que otros conceptos como libertad, igualdad o constitución, es un concepto que no puede ser visto desde arriba y desde afuera, sino como uno que involucra, y en ciertos aspectos exige, apasionamiento y compromiso que, paradójicamente, puede nublar nuestro juicio y afectar nuestra capacidad de análisis.⁷

De hecho, precisamente debido a que nuestras propias convicciones éticas pueden entrar por la puerta trasera sin que nos demos cuenta, el populismo judicial puede ser entendido tanto como un enemigo del constitucionalismo moderno⁸ o como un aliado del mismo que, incluso, puede corregir algunos defectos del sistema jurídico en su conjunto.⁹ Dicho en otras palabras, debido a la carga altamente ideológica que electrocuta al populismo judicial las valoraciones que hacemos sobre él pueden ser positivas o negativas.

Por si fuera poco, el populismo judicial no es abordado desde una única perspectiva. Este es visto desde diferentes puntos de vista: para empezar, ha sido objeto de estudio tanto de la ciencia política como de la ciencia jurídica y, dentro de esta, puede ser entendida desde el punto de vista ideológico, del derecho constitucional o de la argumentación jurídica. Tan variados son los enfoques que puede ser visto como una ideología, un discurso o una práctica relacionados (positiva o negativamente) con la democracia y la constitución. Además, no existe *la* teoría del populismo judicial. Lo que tenemos hasta ahora es un conjunto bastante numeroso de estudios, análisis o interpretaciones sobre diversas manifestaciones, experiencias o expresiones sobre el populismo judicial. Todo este conjunto, sin embargo, no constituye una teoría profunda, coherente, sistematizada y organizada. Una teoría sobre el populismo judicial es una tarea que, tanto para la ciencia política como para la ciencia jurídica, se encuentra pendiente

⁷ Véase DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 159 y ss.

⁸ A este respecto son icónicos los trabajos de Mudde y de Müller: MUDDE, Cas, “Are populists friends or foes of constitutionalism?”, en *Foundation for law and society*, 2013, p. 3; y MÜLLER, Jan-Werner, “Populism and constitutionalism”, en ROVIRA KALTWASSER, Cristóbal, *et al.*, *The Oxford Handbook of Populism*, Reino Unido, Oxford University Press, 2019, pp. 590-606.

⁹ Véase el trabajo de WERNECK ARGUELHES, Diego, “Judges speaking for the people: judicial populism beyond judicial decisions”, en *Verfassungsblog on matters constitutional*, 4 de mayo de 2017, disponible en: <https://verfassungsblog.de/judges-speaking-for-the-people-judicial-populism-beyond-judicial-decisions/>

de elaboración. Tanto más urgente es su necesidad, en cuanto que los sucesos del presente, mismos que avanzan vertiginosamente, requieren una explicación amplia y seria.

Con todo, una estrategia para elaborar un entendimiento analíticamente útil sobre el populismo judicial consistiría, primero, en partir de la definición y caracterización un concepto afín: el populismo. Para efecto de ello, podríamos interrelacionar tres de los enfoques más comunes y reconocidos sobre el populismo, pero, en todo caso, conviene mantener los diferenciados. A través de esto, podemos emprender una caracterización propia que identifique las relaciones que existen entre ellos, para después plantear las características específicas del populismo judicial. Ciertamente, esta empresa no es sencilla, pues requiere una elaboración mucho más detallada que la que aquí se presenta, pero en todo caso se pueden expresar algunas notas distintivas que nos permitan un marco analítico básico.

A) El enfoque ideológico

Desde el punto de vista ideológico, el populismo es una “ideología de centro delgado que considera que la sociedad se divide en dos campos homogéneos y antagónicos, ‘el pueblo puro’ contra ‘la élite corrupta’, y que sostiene que la política debe ser expresión de la *volonté générale* (la voluntad general) del pueblo”.¹⁰

Esta concepción supone una teoría democrática organicista, anti-pluralista, anti-individualista, antagonista y anti-liberal, vinculada con los pensamientos soberanistas de Bodino, Hobbes, Rousseau y Schmitt.¹¹ De acuerdo con esto, para la democracia populista el pueblo es *el* sujeto jurídica y políticamente relevante, ya que “[e]l concepto central de la democracia es el Pueblo, y no la Humanidad”, además de que “hay sólo Democracia del Pueblo y no Democracia de la Humanidad”.¹²

En este sentido, el pueblo soberano es la *summa potestas* y se encuentra *legibus solutus*. En virtud de ello, el pueblo puede “cambiar leyes o Constitución a voluntad”,¹³ “puede quebrar todo

¹⁰ MUDDE, Cas y ROVIRA KALTWASSER, Cristóbal, *Populismo. Una breve introducción*, Alianza, Madrid, 2019; Rovira Kaltwasser, Cristóbal y otros, *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, Reino Unido, 2019; MUDDE, Cas, “*The populist zeitgeist*”, en *Government & opposition. An international journal of comparative politics*, vol. 39, núm. 4, 2004, p. 543; MOFFIT, Benjamin, *Populismo. Guía para entender la palabra clave de la política contemporánea*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2022, pp. 30-35.

¹¹ Para un desarrollo más completo sobre el concepto del pueblo, sus fundamentos, implicaciones y consecuencias en el pensamiento de Carl Schmitt, véase SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, pp. 221 y ss.

¹² *Ibidem*, p. 230.

¹³ SCHMITT, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 19-20.

el sistema de la normación constitucional”,¹⁴ ya que es *el* Poder Constituyente: “El pueblo *antes* y por *encima* de la Constitución”.¹⁵

En esta explicación, a diferencia de la tradición democrático-liberal, el pueblo no es la suma de *todos* los individuos que se encuentran en un territorio determinado, sino una entidad homogénea que tiene *una* voluntad popular, que reconoce la bondad, pero que niega y rechaza la diferencia y el desacuerdo. Además, el pueblo comparte las mismas costumbres, las mismas tradiciones y las mismas condiciones sociales.¹⁶ Sus fundamentos básicos son dos: el primero, el principio de identidad, de acuerdo con Schmitt, este principio se entiende como la “identidad del pueblo en su existencia concreta consigo mismo como unidad política”;¹⁷ el segundo principio es el de igualdad sustancial antiliberal. Como éste último adjetivo indica no se refiere a la igualdad liberal entendida como igualdad de todos los hombres ante la ley, sino la negación y rechazo de este principio. En la ideología populista la igualdad sustancial implica la distinción y la exclusión entre los que pertenecen, según diversos criterios, al pueblo y los que no son parte de él (la élite).¹⁸

Bajo estos presupuestos, el individuo y sus intereses se encuentran en una situación de vulnerabilidad, sujeción y sometimiento frente al pueblo. Dado que no cualquiera es parte del pueblo, los individuos no conservan ningún fragmento de soberanía. Al contrario, en caso de necesidad o excepción, el pueblo puede reclamar su posición frente a los derechos de los súbditos,¹⁹ o, como en el caso de los griegos, exigir el ostracismo y la expulsión del ciudadano peligroso.

Además, debido a que el pueblo es una entidad homogénea, basada en el principio de identidad y de igualdad sustantiva, el populismo también implica la negación de la diferencia, propia del pluralismo político, pues no admite la diferencia ni el desacuerdo. Mucho menos acepta la idea de que el pueblo pueda convivir con otros que no formen parte de él. Al contrario, el populismo político radicaliza²⁰ la oposición entre el pueblo y los otros grupos (también homogéneos) que no forman parte de él. A partir de aquí se explica que la relación entre el

¹⁴ SCHMITT, *Teoría...*, *op. cit.* p. 266.

¹⁵ *Ibidem*, p. 234.

¹⁶ ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, México, Porrúa, 2006, pp. 46-47.

¹⁷ SCHMITT, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 221.

¹⁸ *Ibidem*, p. 222.

¹⁹ ROUSSEAU, *El contrato...*, *op. cit.*, p. 24.

²⁰ LACLAU y MOUFFE, *Hegemonía y estrategia...*, *op. cit.*

pueblo y la élite no es de mera contraposición de diversos puntos de vista, sino de antagonismo, esto es, una relación que en términos schmittianos implica la dicotomía amigo/enemigo, que implica no solo la mera enemistad —Schmitt utiliza el término *inimicus*— sino la hostilidad —*hostes*—entre dos bandos que se encuentran propensos a la eliminación física,²¹ es decir, a desatar una tormenta.²²

B) El enfoque discursivo-performativo

Ahora bien, desde el punto de vista discursivo-performativo, el populismo implica una construcción discursiva que gira alrededor del populismo ideológico. En este segundo sentido, el populismo es expresión de un lenguaje particular y de un conjunto de significantes socioculturales, cuya intención consiste no tanto en la descripción de la democracia y del pueblo populistas, sino que busca operar en ellos, esto es, construir al pueblo (por ende, su distinción de la élite). Para ello, el populismo se despliega a través de *performances* públicas (llevadas a cabo en distintos medios de comunicación)²³ que tienen como finalidad crear (construir) la identidad, la igualdad sustancial y la homogeneidad popular.

Esta perspectiva supone el enfoque ideológico previo, de modo que su centro de atención no se encuentra en la definición ontológica del populismo, del pueblo y de la élite. En cambio, se concentra en su funcionamiento y en su éxito. En este sentido, busca responder a la pregunta sobre “por qué muchos de los liderazgos y partidos populistas no solo ganan elecciones [...], sino por qué una vez en el gobierno resultan mucho más resilientes de lo esperable, dado el carácter poco experimentado, poco tecnocrático o supuestamente irracional”.²⁴ La clave de esta pregunta se encuentra precisamente en el discurso y la forma en la cuál es posible penetrar en el imaginario ciudadano.

De acuerdo con este punto de vista, el populismo es causa y efecto de los discursos populistas, de manera que la distinción entre el pueblo y la élite no es tanto una realidad empírica fácil de comprobar o distinguir, sino entidades imaginadas, *discursivamente construidas*, por parte del líder populista quien, por medio de su propia palabra, da existencia a ambos fenómenos.

²¹ SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, en *Carl Schmitt, Teólogo de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 176-181.

²² HOBBS, Thomas, *Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 102.

²³ MOFFIT, *Populismo...*, *op. cit.*, 41 y ss.

²⁴ CASULLO, María Esperanza, *¿Por qué funciona el populismo?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018, p. 47.

A través del discurso, el populismo elabora una narrativa emocionalmente poderosa (no necesariamente verdadera en términos de correspondencia empírica) que busca establecer la distinción entre nosotros y ellos, entre los amigos y los enemigos. Así, el populismo entendido como discurso supone una crítica al racionalismo, además de que busca hacer sentir a los miembros del pueblo y al pueblo mismo que su voz es escuchada, es decir, que serán empoderados.²⁵

Para lograr este objetivo, el recurso discursivo usual del populismo es el mito.²⁶ Este es un género discursivo cuya utilidad consiste en relatar, narrar, la ideología populista *como si* fuese verdadera, *como si* la distinción y la oposición entre el pueblo y la élite tuvieran proporciones prometeicas. En este sentido, el discurso y el performance populista presentan ante *su* público una situación en la que el pueblo puro y bueno ha sido sistemáticamente explotado y sometido por una élite traidora, corrupta e incompetente. Frente a ello, el populismo ofrece redención y salvación, a fin de que el pueblo recupere el poder que le fue arrancado y hacer valer su voluntad.

C) El enfoque estratégico

Finalmente, el populismo puede ser entendida como una estrategia política, esto es, como una forma de acceder, ejercer y conservar el poder.²⁷ Este punto de vista no es ajeno a las otras dos concepciones. Al contrario, supone la ideología y la narrativa populistas. La diferencia consiste en que, mientras los otros enfoques se preocupan descubrir *qué* es el populismo y *cómo* es que funciona, este se refiere al *qué hace* con la democracia. Así, para llegar al poder y conservarlo, los movimientos, partidos políticos, líderes y gobiernos populistas reconocen (más bien construyen) la polarización social entre la élite explotadora (pero que deberá ser vencida) y el pueblo vencido (que exige liberarse de sus cadenas), la presentan en los términos discursivos explicados y, finalmente, conducen su actuación política en la arena democrática.

En este sentido, el populismo como estrategia política implica la idea de que, obtener cargos públicos, no se debe olvidar que se tiene como misión instaurar una “verdadera

²⁵ MOUFFE, *Por un populismo...*, *op.cit.*, pp. 99-103; y MOUFFE, Chantal, *El poder de los afectos en la política*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2023, pp. 34-47.

²⁶ CASULLO, *¿Por qué funciona...?*, *op. cit.*, p. 51.

²⁷ CANOVAN, Margaret, *Populism*, Harcourt Brace Jovanovich, Nueva York, 1981; MOFFIT, *Populismo...*, *op. cit.* pp. 36-40; WEYLAND, Kurt, “Clarifying a contested concept: populism in the study of Latin American Politics”, en *Comparative Politics*, vol. 34, núm. 1, octubre de 2001, pp. 1-22; Véase URBINATI, Nadia, *Yo, el pueblo. Cómo el populismo transforma la democracia*, México, Grano de Sal, 2020.

democracia” y, según la frase célebre de Lincoln, ejercer el poder soberano “del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”.²⁸

Esta estrategia debe ser entendida bajo dos aspectos relevantes: la primera, como movimiento de oposición; la segunda, como ejercicio de poder.²⁹ En el primer sentido, el populismo implica una estrategia y una campaña política por parte de los movimientos, partidos políticos y líderes antes de acceder al poder. Se despliega contra los partidos políticos y los medios de comunicación tradicionales, quienes son presentados por el líder populista y sus seguidores como los enemigos a los que es necesario vencer para recuperar la soberanía robada. Esta estrategia es sistemáticamente reiterada y profundizada hasta que se alcanzan puestos claves de la política.

En el segundo aspecto, una vez que se alcanza el poder, el populismo se instaura como una campaña permanente y como una práctica gubernamental que amenaza y transgrede los principios básicos de las democracias liberales realmente existentes (elecciones competitivas, Estado de derecho y derechos fundamentales). Es una campaña política permanente, en virtud de que, sin importar que la vieja élite ha perdido presencia y relevancia en la escena política, los populismos continúan echando mano de la ideología y del discurso populista para legitimar y justificar sus decisiones. Así, a través del antagonismo entre los que tienen poder (la élite) y quienes no lo tienen (el pueblo) transforman el orden político y jurídico existente.

Como práctica gubernamental, la estrategia empleada, en nombre del pueblo, es bastante compleja. No obstante, de manera paradójica, involucra el empleo de las reglas y valores democráticos para erosionarlos o subvertirlos de forma gradual, pero continua.³⁰ Dentro de los mecanismos que se pueden mencionar son los siguientes: se reforman las constituciones; se eliminan los busca capturar, doblar o debilitar el sistema de pesos y contrapesos; se centralizan

²⁸ LINCOLN, Abraham, *Palabras pronunciadas al dedicar el cementerio de Gettysburg*, 19 de noviembre de 1863. Disponible en: <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/10/Gettysburg-Address-Spanish-508.pdf>

²⁹ URBINATI, Nadia, “Teoría política del populismo”, en *Revista Mexicana de Sociología*, número 85, número especial, agosto de 2023, pp. 210 y 211.

³⁰ ERDMANN, Gero, “*Transition from Democracy. Loss of quality, hybridization and breakdown of democracy*”, en *German Institute of Global and Area Studies, Working papers*, núm. 161, marzo de 2011; HUQ, Azis y GINSBURG, Tom, “How to lose a constitutional democracy”, en *UCLA Law review*, núm. 75, 2018, pp. 78-196; GINSBURG, Tom y HUQ, Azis, *How to save a constitutional democracy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2018; HALL, Stephen y AMBROSIO, Thomas, “Authoritarian learning: a conceptual overview”, en *East European Politics*, vol. 33, núm. 2, 2017, pp. 143-161; LÜRMANN, Anna y LINDBERG, Staffan I., “A third wave of autocratization is here: what is new about it?”, en *Democratization*, vol. 27, núm. 7, 2019, 1095-1113; NORRIS, Pipa, “*Is western democracy backsliding. Diagnosing the risks?*”, en *Harvard Kennedy School, Working paper*, marzo de 2017; SADURSKI, Wojciech, *Poland's constitutional breakdown*, Oxford University Press, Reino Unido, 2019.

las funciones ejecutivas y administrativas; se contrae y distorsionan los espacios y la deliberación pública, y se elimina la competencia política.³¹

El resultado final de esta estrategia es el trastocamiento de los tres pilares básicos de las democracias: las elecciones, el Estado de derecho y, finalmente, los derechos fundamentales. Por lo que respecta las elecciones, estas ya no son vistas como un mecanismo técnico para transformar el voto ciudadano en escaños, sino como reflejo fiel y revelador, en sentido teológico, de la voluntad del pueblo.³² Por lo que respecta al Estado de derecho, las Constituciones dejan de ser normas supremas para convertirse en decisiones políticas fundamentales de la voluntad general.³³ En virtud de ello, las constituciones dejan de funcionar como ser frenos jurídicos contra el abuso del poder. Finalmente, los derechos fundamentales, concebidos en la tradición liberal principalmente como derechos del individuo y del ciudadano, y como límites y obligaciones contra y frente al poder público, para la estrategia populista son concebidos como derechos del pueblo contra la élite o la oposición.

III. El camino hacia el populismo judicial

Como hemos visto en el apartado anterior, el populismo no es un concepto fácil de aprehender. Al contrario, involucra una serie de elementos ideológicos, discursivos y estratégicos que, partiendo de la creencia de un antagonismo profundo e irremediable entre un pueblo virtuoso y una élite traidora o enemiga, desarrolla un discurso performativo útil para atraer adeptos, pero también para justificar y legitimar una serie de acciones que producen cambios negativos o retrocesos importantes en el funcionamiento y en la existencia misma de las democracias existentes. En este sentido, el populismo implica no solo un riesgo, sino una amenaza real para los procesos electorales, el Estado de derecho y los derechos fundamentales.

Teniendo en mente esta caracterización del populismo político, este busca materializarse en diversos ámbitos de la vida pública e institucional. Dentro de las múltiples esferas en las que el populismo busca expresarse, hay una que le resulta de particular importancia: la judicial. Aquí, en esta esfera, el populismo inicia su táctica antidemocrática y anticonstitucional en contra de la función de los jueces y de los tribunales, en especial de aquellos que tienen la capacidad de

³¹ HUQ y GINSBURG, “How to lose a constitutional democracy”, *op. cit.*, pp. 124-138.

³² URBINATI, “Teoría política del populismo”, *op. cit.*, p. 212.

³³ Véase SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 47-49.

declarar leyes inconstitucionales, pues, tal como lo demuestra la historia reciente de varios en Europa y América Latina, el poder judicial representa un obstáculo contra los designios autoritarios del populismo.

De hecho, como ha sido puesto de manifiesto, las Cortes y los jueces independientes estorban a los líderes populistas. Estos pretenden capturarlos y someterlos a sus designios con la finalidad de asegurar cierto grado de legalidad y legitimidad en diversos cambios legales y constitucionales que aparentan ser democráticos. Así, como estos falsos demócratas no desean someter sus decisiones a ningún tipo de constrictión legal. Al contrario, prefieren no estar vinculados ni controlados por los órganos judiciales que, en una democracia constitucional, son una garantía contra la arbitrariedad y el autoritarismo. Por ello, muchos gobiernos con un respaldo electoral y popular amplio atacan a jueces y cortes. Y lo hacen desde los fundamentos institucionales y morales del poder judicial. Discrepan sobre las calidades de las Cortes y Tribunales e insisten que la revisión judicial en sede judicial no es otra cosa sino una afrenta y un ultraje a los verdaderos valores democráticos que los populistas dicen representar.³⁴

En este ámbito, el populismo despliega todo su arsenal ideológico, discursivo y estratégico con la finalidad de capturar, someter o debilitar al poder judicial. Para conseguir este objetivo, el populismo parte de la misma relación antagónica entre el pueblo y la élite, pero con la diferencia específica de que aquello que busca desvalorizar o atacar no son todas las élites (económicas, sociales políticas), sino únicamente a las instituciones judiciales, a sus integrantes y, principalmente, a aquellos jueces y tribunales que representan un obstáculo frente a las intenciones autocráticas de los líderes y gobiernos populistas.

Sin embargo, es importante tomar en consideración que, dependiendo de las circunstancias y de los contextos, la relación entre el pueblo y el poder judicial varía. Por eso es importante distinguir entre tres momentos más o menos visibles en los que, en la práctica, el populismo extiende las garras de su ideología, su discurso, y su estrategia para conseguir su presa. Estos momentos son de diagnóstico, otro de remedio y otro de puesta en marcha. Irónicamente, estos actos pueden ser interpretados bajo la máxima grouchiana de acuerdo con la cual la política

³⁴ AGUIAR AGUILAR, Azul A., “Courts and the constitutional erosion of democracy in Latin America”, Working Paper, en *Varieties of Democracy Institute*, mayo de 2020, pp. 1-3.

es un arte buscar y encontrar problemas, emitir diagnósticos falsos y aplicar los remedios equivocados.

En todos estos momentos, sin embargo, existe una premisa básica a la que el sometimiento judicial responde: el pueblo desempeña un papel esencial y protagónico para la función judicial, para la interpretación del texto constitucional y para el significado de la norma suprema. Así, en un primer momento, el ataque populista presupone, en este sentido, una revalorización y exaltación del pueblo y de sus atributos, así como un diagnóstico deslegitimador (bastante desacertado y maniqueo, por cierto) desarrollado por líderes populistas, pero también parte de algunos miembros del gremio legal (en particular los jueces), sobre las relaciones entre el pueblo y los jueces. Supone una crítica y creencia de que, previo a su instauración institucional-funcional, existe un profundo, inevitable, generalizado y antagónico conflicto entre el pueblo y la élite judicial. Este conflicto, según el sentimiento populista, surge en virtud de que el poder judicial, a la hora de interpretar la Constitución y las leyes, no ha sido capaz de descubrir la única y verdadera voluntad del pueblo; actúa como un defensor de otras élites políticas y económicas; y, finalmente, atenta contra el ideal democrático al promover una juristocracia o un gobierno de los jueces.

En esta etapa, sobre todo a los jueces independientes y que obstaculizan las políticas del pueblo encarnado en la figura del líder carismático, se les hacen los mismos reproches y se les espeta las mismas acusaciones que al resto de las élites de una sociedad determinada. En este sentido, según indica la receta populista, a las élites judiciales se les acusa por, primero, contravenir los indiscutibles y claramente expresados en la Constitución, y, segundo, por la disolución del ideal democrático del gobierno del pueblo, la pérdida de la soberanía popular y la indebida instauración de una oligarquía judicial, una aristocracia de la toga o un gobierno de jueces.³⁵ En este contexto de supuesta juristocracia, a los jueces se les tacha de inmorales,

³⁵ Esta expresión repetida constantemente en la doctrina jurídica y política, en especial, aquella que es crítica de la intervención judicial en asuntos políticos. Al respecto, se pueden consultar las siguientes obras: Schmitt, Carl, “El defensor de la Constitución”, en SCHMITT, Carl y KEISEN, Hans, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 280; LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976, pp. 321-325; LAMBERT, Edouard, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, Madrid, Tecnos, 2010; WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 316; KRAMER, Larry, “Popular constitutionalism, circa 2004”, en *California Law Review*, vol. 92, núm. 4, julio de 2004, p. 1008; HIRSCHL, Ran, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, Estados Unidos, 2004; FROSINI, Tommaso E., “El gobierno de los jueces. Una historia italiana”, en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 50, 2022, p. 629.

traidores, de corruptos o de negligentes, así como de atentar contra la verdadera voluntad del pueblo.

Esto es algo que el propio Chávez, prototipo del populismo Latinoamericano, o Andrés Manuel López Obrador supieron detonar. Frente a una decisión controvertida del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Chávez arremetió: “Esos once magistrados no tienen moral para tomar ningún otro tipo de decisión, son unos inmorales y deberían publicar sus rostros para que el pueblo los conozca. Pusieron la plasta”.³⁶ Por su parte, tras la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México de anular un decreto que declaraba que ciertas obras estratégicas eran consideradas como una cuestión de seguridad nacional, el ex presidente Andrés Manuel López Obrador señaló que, a la Corte, “ya la perdimos. Yo creo que siempre había estado alejada del pueblo y cercana al poder, pero ahora de manera descarada están al servicio de los potentados, de la minoría, de lo que conceptualmente, teóricamente, se conoce como la oligarquía, que es el poder de los ricos, eso es la oligarquía [...]”.³⁷

Cuando el antagonismo entre los jueces y el pueblo escala a las dimensiones imaginadas por los impulsores del populismo como apocalípticas e insostenibles, esto es, cuando el discurso es llevado hasta cierto extremo y radicalización de que los jueces y los tribunales interpretan o aplican la Constitución o las leyes en contra de la voluntad popular y, por tanto, como verdaderos enemigos del pueblo, el populismo judicial inicia una nueva fase que busca poner remedio a esa situación y enmendar las afrentas.

En esta etapa, en el discurso, se busca transformar al poder judicial y, en los hechos, someterlo a los designios populistas. En este momento, la estrategia populista no se contenta con cambios superficiales o esquemas de reformas ligeras, sino que plantea una transformación profunda que, en su lenguaje, tienen un contenido casi religioso y místico, pues lo que se quiere

³⁶ Libertad Digital, “Chávez vuelve a amenazar a los magistrados del TSJ y anuncia un ‘contraataque revolucionario’”, 18 de agosto de 2002, disponible en: <https://www.libertaddigital.com/internacional/2002-08-18/chavez-vuelve-a-amenazar-a-los-magistrados-del-ts-j-y-anuncia-un-contraataque-revolucionario-1275314621/>

³⁷ LÓPEZ OBRADOR, Andrés Manuel, “Conferencia de prensa del presidente Andrés Manuel López Obrador”, en Blog de la Presidencia de la República, 23 de mayo de 2023. La anterior conferencia fue consultada por última vez el 12 de agosto de 2024 y se encontraba disponible en la página oficial del Gobierno de México. Sin embargo, el 27 de noviembre de 2024 se intentó consultar de nueva cuenta, pero se indica que está en mantenimiento. Sin embargo, la grabación de esa conferencia puede consultarse en: URRUTIA, Alfonso y JIMÉNEZ, Néstor, “‘Ya perdimos a la Corte’, dice AMLO tras anulación del decreto de obras estratégicas”, en *La Jornada*, 23 de mayo de 2023, disponible y consultado el 27 de noviembre de 2024 en: <https://www.jornada.com.mx/notas/2023/05/23/politica/ya-perdimos-a-la-corte-dice-amlo-tras-anulacion-del-decreto-de-obras-estrategicas/>

no es la simple eliminación de la corrupción, de las malas prácticas o de las malas interpretaciones judiciales, sino la “purificación” y “expiación” de la rama judicial para que sea cercana al pueblo y que sea capaz de interpretar fielmente la verdadera voluntad constitucional de éste. En este contexto, un concepto clave para comprender este fenómeno es el de “purga”. Este concepto, utilizado principalmente por los críticos de las prácticas populistas, si bien requiere una definición precisa, refleja la idea de que el poder judicial necesita redimir sus pecados a través del perdón del pueblo. Por supuesto, esto es pura ideología, pero el discurso y la narrativa han sido bastante eficaces para controlar a la rama judicial.

No existe una única manera de lograr ese cometido. De hecho, el número de técnicas es bastante amplio y, por cierto, no son de uso exclusivo de líderes populistas o de gobiernos autoritarios.³⁸ El menú de la captura judicial incluye, por ejemplo, medidas procesales (como la modificación del número necesarios de jueces para hacer quórum, la regla de la secuencia o del número necesario para anular disposiciones inconstitucionales); financieras (como la reducción o control del presupuesto judicial, de los salarios o de los beneficios jubilatorios); institucionales (relacionados con la eliminación de algunas facultades, el establecimiento de otro tribunal, el traslado de funciones, la abolición de los tribunales o su fusión); el liderazgo judicial (sustitución de los presidentes de los tribunales); o, finalmente, cambiando la composición de las cortes y tribunales (ya sea incrementando el número de jueces, reduciéndolo, frustrando la selección de sus integrantes, forzando los periodos vacacionales, llevándolos a algún tipo de proceso político o judicial, introduciendo cambios relativos a la edad de retiro o terminación del mandato, iniciando investigaciones ministeriales, abusando de la disciplina administrativa).³⁹

IV. Populismo judicial

Una vez que, conforme al lenguaje imaginario del populismo, el poder judicial ha sido “purgado” y han sido suprimidas todas las imperfecciones que imposibilitan una “verdadera” interpretación

³⁸ El caso emblemático de un líder democrático que intentó capturar a un tribunal es el del Presidente Roosevelt. Al respecto, véase MELGAR ADALID, Mario, *La Suprema Corte de Estados Unidos*, México, Porrúa, 2012, pp. 113-145.

³⁹ Para un estudio comparado sobre diversas medidas para capturar a los tribunales, cortes y tribunales, véase el trabajo de KOSAR, David y SIPULOVA, Katarina, “Comparative court-packing”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 21, núm. 1, enero de 2023, pp. 80-126.

de la voluntad popular plasmada en el texto constitucional, se presentan las condiciones propicias para poner en marcha un nuevo espécimen de la función judicial.

Este espécimen es reconocido bajo la denominación de populismo judicial. De acuerdo con lo sugerido en los apartados anteriores, este implica la idea de que los jueces deben obedecer el mandato ideológico de acuerdo con el cual, al ejercer su función, interpretar la constitución y las normas secundarias de tal manera que protejan los intereses del pueblo. En este sentido, el populismo judicial “conduce a los jueces de cualquier nivel de la jerarquía [...] a ajustar sus decisiones (y en ocasiones el estilo argumentativo de su razonamiento) al sentimiento público incluso cuando sus decisiones no puedan ser defendibles en terrenos de la profesión legal”.⁴⁰

A diferencia de la versión constitucionalista del juez imparcial e independiente que actúa como salvaguarda de las disposiciones constitucionales aún en contra de toda expresión “mayoritarista” o plebiscitaria de los cuerpos legislativos o de las masas, el populismo judicial promueve, en la retórica y en el discurso, la expectativa contraria de que la principal función de los jueces y los tribunales no es tanto la defensa de la constitución y las leyes sino de la “verdadera” voluntad popular que subyace a ellas. En este sentido, el populismo judicial exige a los jueces que en su labor interpretativa sean “sensibles al contexto y a las consecuencias de sus decisiones en los casos que sean presentados ante ellos”.⁴¹

Quien ha captado a la perfección este *approach* del ejercicio del poder judicial es el Juez Chesin quien en el año 2004, siendo miembro de la Corte Suprema de la Corte Suprema de Israel, presentó “una buena apertura para un manifiesto de populismo judicial”.⁴² Ante un caso que se relacionaba con la libertad de expresión y la pornografía en televisión, conminó al resto de los miembros de ese alto tribunal a recordar que el pueblo israelí (de manera paralela a otros pueblos alrededor del mundo), en materia constitucional, tenía una posición suprema que exigía el máximo respeto y consideración a su voluntad. En aquella ocasión, Cheshin, con una retórica implacable, equiparó la voluntad popular con un mandato divino: “*Vox populi vox dei*. La voz del

⁴⁰ BENCZE, Matyas, “‘Everyday judicial populism’ in Hungary”, en *Review of central and East European Law*, vol. 47, 2022, p. 40.

⁴¹ *Ibidem*, p. 38.

⁴² SADURSKI, *A pandemic...*, *op. cit.*, p. 110.

pueblo es como la voz de Dios [...]. Y no me refiero a las ideas constitucionales que soplan en el campo hoy en día. Me refiero a la voz del pueblo, en el sentido simple de la frase”.⁴³

Esta forma de entender el papel del pueblo en la interpretación constitucional y de los jueces implica las viejas ideas dieciochescas del “juez como boca de la ley”⁴⁴ y del juez como “indiferente indagador de la verdad”.⁴⁵ En este sentido, el populismo judicial promueve la idea de que las cortes y los jueces tomen posiciones deferenciales respecto de los sentimientos populistas, esto es, que, en su labor interpretativa, los jueces actúen conforme al mandato de inclinar la balanza en favor de los puntos de vista del pueblo, y así eliminar el resentimiento popular que existía en contra de las instituciones judiciales. La expresión más clara de esta tendencia se encuentra en el ámbito penal, pues este expresa la ira y la desilusión con el sistema de justicia penal previo, pretendiendo resolver este problema bajo la creencia de que la seguridad del pueblo puede alcanzarse a través de una exacerbada interpretación judicial sobre la criminalización de ciertas conductas nocivas para la población.⁴⁶

En sus últimas consecuencias, el populismo judicial, tomando en consideración la supuesta desconfianza popular que existía contra la judicatura, fuerza a los tribunales y a los jueces a rendir su independencia con la finalidad de apoyar las políticas populistas. Así, los jueces están en condiciones de actuar con un poco de *sentido común*, es decir, emitiendo opiniones que sean coincidentes a las costumbres sociales existentes y a las tendencias mayoritarias, dentro del área de adjudicación.⁴⁷

La retórica populista señala que existe un espacio claro del derecho en el ejercicio del poder. Presenta al derecho como un sistema autónomo de la política y de los valores sociales. Esta visión implica la idea de que la implementación del derecho no necesita que jueces justifiquen o consideren los efectos de las decisiones sobre las sociedades en las que actúan. Este punto de vista presenta al derecho como una entidad estática y autónoma, que permite resolver los conflictos legales de forma clara y conclusiva sin justificaciones normativas o sin compromiso alguno. Este punto de vista es propio del legalismo, ya que el populismo judicial también sostiene

⁴³ CHENSHIN, Mishael, *Shin. Israeli Movement for Equal Representation of Woman, and 11 others v. Council for Cable TV and Satellite Broadcast*, HCJ 5432/2003, en *Israel Law Reports*, vol. 20, 2004, pp. 44-47.

⁴⁴ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 2010, p. 151,

⁴⁵ BECCARIA, Cesar, *Tratado de los delitos y de las penas*, México, Porrúa, 2008, p. 49.

⁴⁶ Véase TANESCU, Simina, “Can constitutional courts become populis?”, en BELOV, Martín ed.), *The role of courts in contemporary legal orders*, La Haya, Eleven International Publishing, 2019, p. 305-306.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 310.

que la conducta jurídica es una cuestión de seguir las reglas, y que la moral consiste en deberes y derechos determinados por las reglas. Esto rechaza la responsabilidad social del conflicto y la preferencia política de los jueces. Según este punto de vista los jueces socavan su legitimidad cuando consideran valores normativos, pues solo deben ejercer una autoridad legítima solamente cuando sus juicios obedecen a los mandatos externos de la ley y no a su propio juicio.⁴⁸

Ahora bien, para cumplir su misión, esto es, para que los jueces reflejen la voluntad popular en sede judicial, nos podríamos preguntar si el populismo judicial requiere, para su implementación práctica, un método interpretativo propio⁴⁹ o diferente a los que se han utilizado por otras tradiciones interpretativas o que no sea miembro de ninguna familia jurídica identificable. De acuerdo con esto, propio o exclusivo se referiría a un fenómeno interpretativo que cumpla dos condiciones: la primera, que esté presente solamente en el populismo judicial y no en otras concepciones de la función judicial; la segunda, que el método interpretativo surja de circunstancias únicas que correspondan solo al surgimiento de jueces y sentencias populistas. La respuesta a esta pregunta no es fácil de responder.

En todo caso, una probable solución a este problema dependería de los *acuerdos* que, con la instauración del populismo judicial, surjan dentro de la cultura legal de cada contexto nacional. La razón de existencia de un método “populista” dependería de una cultura legal nacional, es decir, de la manera en la cual los jueces y juristas son formados, educados y socializados. A través de este proceso, los jueces populistas reconocerán algunos métodos y técnicas interpretativas propias o, si se prefiere, válidas frente a otros que no lo son. Tal reconocimiento puede variar en cada contexto, pero en todo caso algunos métodos de interpretación constitucional serán

⁴⁸ Véase BERNSTEIN, Anya y STASZEWSKI, Glen, “Judicial populism”, en *University of Minnesota Law School*, vol. 106, 2021, pp. 305-308.

⁴⁹ Tomo y traslado el concepto de autóctono que formuló Tushnet a las ideas que sobre el populismo judicial formuló en este texto. Para este autor, la pregunta que busca responder es la siguiente: “¿podría haber un caso verdaderamente atípico, una nación cuyo “color interpretativo” fuera diferente al que se utiliza en otras partes del mapa o que no fuera miembro de ninguna familia jurídica identificable? Una nación así utilizaría lo que yo llamo un método autóctono de interpretación constitucional”, TUSHNET, Mark, “Can there be autochthonous methods of constitutional interpretation?”, en GÁRDOS-OROSZ, Fruzsina y SZENTE, Zoltán, *Populist challenges to constitutional interpretation in Europe and Beyond*, Londres, Routledge, 2021, p. 62. Una pregunta similar se la ha hecho Brzozowski: “¿El populismo constitucional brinda una cualidad nueva, buena o mala, al arte de la interpretación legal? ¿Ha desarrollado nuevas teorías, doctrinas o métodos de interpretación que puedan ser consideradas como una contribución a la ciencia jurídica, o incluso alguna alternativa al arte de la interpretación jurídica tal y como la conocemos?”, BRZOZOWSKI, Wojciech, “Whatever works. Constitutional interpretation in Poland in times of populism”, en GÁRDOS-OROSZ y SZENTE, *Populist challenges...*, *op. cit.*, p. 175.

considerados más aptos para reflejar la voluntad del pueblo a partir de cada cultura legal y de cambio que exista sobre ella.⁵⁰ Sin embargo, el problema persiste.

Si tomamos en consideración que una idea básica del populismo judicial consiste en que los jueces no deben actuar contra la voluntad popular sino procurar ser fieles a ella, esto es, que deben actuar conforme el modelo judicial de impartición de justicia propuesto por Montesquieu, todo *parece* indicar que el método que mejor se ajusta a este objetivo es el de la interpretación literal o el textualismo. Esto es así en razón de que, como se dijo, el populismo judicial debe evitar a toda costa opiniones ilegítimas, es decir, que no se ajusten a la voluntad popular.

En este sentido, el textualismo parece ser el método más idóneo de interpretación populista. Para el textualismo, el derecho es un asunto de precisión, libre de ambigüedades y vaguedades. Se toma las palabras y el texto constitucional “muy en serio”. En esto coincide con las necesidades populistas, pues el textualismo permite entender a los textos legales como una encarnación autoritativa de la voluntad popular. Así, el textualismo es el único método interpretativo correcto para cumplir con el mandato del pueblo. Por si fuera poco, textualistas pueden reconocer la pluralidad social y parlamentaria, pero eso no es un dato importante para la interpretación constitucional. Están interesados en el problema del desacuerdo y del pluralismo que subyace a la creación de las normas jurídicas. Únicamente les interesa lo que dice el texto y el supuesto significado claro que de él desprende. De esta manera, el textualismo puede ser identificado como el método populista por excelencia en virtud de que permite que los jueces actúen como verdaderos representantes del pueblo.⁵¹

Sin embargo, llegado a este punto, al igual que se hizo con el populismo político, es importante distinguir entre la retórica y la práctica populista, ya que, paradójicamente, no siempre van de la mano, sino que, más bien, pueden ir en sentidos contrarios, como de hecho ocurre.⁵² En efecto, cuando el populismo judicial es puesto en marcha no es consistente ni coherente con ninguna metodología o técnica que defina de manera clara la forma a través de la cual se debe interpretar una constitución y cómo definir la voluntad popular. Al contrario, el populismo

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 70-71.

⁵¹ Véase BERNSTEIN, Anya y STASZEWSKI, Glen, “Judicial populism”, en *University of Minnesota Law School*, vol. 106, 2021, pp. 305 y ss.

⁵² Véase BRZOZOWSKI, “Whatever works...”, *op. cit.*, pp. 189-192.

judicial parte de una estrategia caótica que le permite justificar cualquier resultado propuesto de antemano.

En este sentido, si bien en el discurso el populismo judicial es textualista, en los hechos, cuando las normas son insuficientes, presentan problemas de textura abierta⁵³ o representan un obstáculo para el ejercicio del poder, el populismo judicial no duda en romper con la obediencia irrestricta del textualismo.

Así, cuando el populismo judicial entra en acción, su principio guía de interpretación constitucional consiste en usar cualquier cosa que sirva: “lo que sea que sirva para alcanzar los objetivos perseguidos, incluso al costo de la [in]consistencia”.⁵⁴ Esto implica que si existe algún criterio o técnica empleado por otras tradiciones o posturas para descifrar el significado de alguna disposición constitucional, entonces los intérpretes populistas los emplearán gustosamente y sin oponer ningún tipo de resistencia. La intención de este uso común de la interpretación es demostrar, con orgullo, que el sistema populista de interpretación está comprometido con la tradición interpretativa, con la continuidad y con el sistema de precedentes. Sin embargo, si por alguna circunstancia los métodos o teorías comunes obstaculizan la labor interpretativa o si llegase a producir algún resultado no esperado, entonces no dudarán en abandonarlos y sustituirlos por otros que garanticen las decisiones tomadas de antemano.

Según Brzozowski, esa forma de abordar la interpretación constitucional es pragmática, instrumental y cínica en el sentido más puro de las tres palabras. Esto es así, en virtud de que los populistas, en temas de interpretación constitucional, no ajustan sus acciones con sus promesas. Ambas van en sentido contrario. Con todo, es una táctica política que genera dos ventajas para la acción populista: en primer lugar, permite burlar todos los límites constitucionales y metodológicos de la interpretación constitucional y, en segundo, deja a todo crítico de la interpretación populista desarmado e indefenso, puesto que la interpretación constitucional populista cambia constantemente las reglas del juego a modo de que nadie sea capaz de aprenderlas y utilizarlas en contra.

En este sentido, no tanto en la teoría o en la retórica, la aproximación práctico-interpretativa del populismo se acerca al realismo jurídico en su versión más extrema. Para esta

⁵³ HART, Herbert, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 155-169.

⁵⁴ Véase BRZOZOWSKI, “Whatever works...”, *op. cit.*, pp. 189-192.

perspectiva, el derecho no tiene nada que ver con normas legales, con axiomas o con deducciones, sino con la actividad judicial. Según dos frases conocidas y citadas, primero, el derecho es lo que hacen los jueces⁵⁵ y, segundo, el derecho se comprende no en los libros sino en acción.⁵⁶

Siguiendo esta perspectiva, una sentencia se justifica no porque la interpretación que se realiza sobre determinada disposición legal responda a algún tipo de actividad cognoscitiva, sino porque su significado o sentido responde a una decisión, a una valoración o a un acto de voluntad del juez, quien tiene el poder legal de determinar cuál debe ser el significado de esa disposición normativa y la norma que se desprende de ella. En otras palabras, una sentencia populista se justifica desde el punto de vista del realismo jurídico en virtud de que esta es una corriente jurídica que, ante la vaguedad y la ambigüedad de los enunciados normativos, legitima y promueve positivamente la discrecionalidad judicial. Según esta teoría, lo que supuestamente justifica la necesidad de decidir, valorar o de actuar se refiere precisamente al hecho de que un mismo enunciado puede admitir diversas interpretaciones en abstracto o admitir diversas aplicaciones en concreto. Así también, con lo que respecta a la ambigüedad, menciona que es necesaria y justificada la decisión judicial en virtud de que una misma disposición puede presentar los siguientes problemas: si una disposición expresa dos; si una disposición puede expresar dos o más normas; si una disposición solo expresa una norma con exclusión de otras normas; o si una disposición admite ciertas excepciones que solamente serán el producto de la actividad interpretativa. Por otra parte, según el realismo la actividad decisoria del juez se encuentra justificada en virtud de que no queda claro si una norma es aplicable a un caso concreto.

V. El caso de El Salvador

Al igual que la mayor parte de las Constituciones de América Latina, en la salvadoreña se siguió el principio de acuerdo con el cual un ciudadano que haya ejercido el cargo de presidente o titular del ejecutivo tiene prohibido acudir de nueva cuenta a las urnas para renovar su cargo por un segundo o más periodos. Política e históricamente hablando, la prohibición se encuentra justificada en virtud de “la tentación de los presidentes de perpetuarse en el poder, por un lado,

⁵⁵ HOLMES JR., Oliver Wendell, *La senda del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

⁵⁶ ROSCOE, Pound, “Law in books and law in action”, en *American Law Review*, vol. 44, núm. 1, enero-febrero de 1910, pp. 12-36.

y la coacción y el fraude en los procesos electorales, por el otro”.⁵⁷ Desde el punto de vista del derecho constitucional, las cláusulas que categóricamente proscriben la reelección son, como diría uno de los principales impulsores del garantismo, parte de una concepción que ve al sistema jurídico como un conjunto de límites y vínculos, tanto formales como materiales, *rígidamente impuestos* a todas las autoridades, en especial a las autoridades tradicionalmente políticas, pero también a las judiciales.⁵⁸

De acuerdo con esto, en la Constitución de El Salvador se establecieron seis reglas lo suficientemente claras que, por un lado, reflejaban la firme intención de la asamblea constituyente y, por el otro, reducían cualquier margen de interpretación discrecional. Cada una de estas reglas está dirigida a diversos actores de la sociedad salvadoreña:

- a) el artículo 75 está dirigido a cualquier ciudadano, quien perderá sus derechos en el caso de que apoyen, por cualquier medio, la reelección presidencial;
- b) el artículo 88 está dirigido al Estado al cual se le reconoce que la alternancia en la presidencia salvadoreña es un requisito indispensable de la forma de gobierno democrático republicana;
- c) el artículo 131 ordinal 16° obliga a la Asamblea Legislativa a desconocer como Presidente de la República a aquella persona que pretenda continuar en su encargo una vez que ha concluido;
- d) el artículo 152 ordinal 1° prohíbe ser candidato a la Presidencia a aquel el que haya desempeñado el cargo por más de seis meses, consecutivos o no, durante el periodo inmediato anterior, o dentro de los últimos seis meses anteriores al inicio del periodo presidencial;
- e) el artículo 154 es más específico pues indica que la persona que ocupe el cargo de Presidente dura en su encargo 5 años exactos, “ni un día más”; y,
- f) finalmente, el 248 insiste en los principios de no reelección y de alternancia al establecer que las normas hasta aquí mencionadas no pueden ser reformadas en ningún sentido,

⁵⁷ NOHLEN, Dieter *et al.* (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 287.

⁵⁸ Véase FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, p. 16.

constituyéndose, junto con las cláusulas relativas a la forma de gobierno y al territorio, como normas pétreas.⁵⁹

La insistencia en la prohibición de la reelección no es banal, indica a los ciudadanos, asambleístas, presidentes, jueces y a la sociedad en general que su compromiso debe estar del lado del orden democrático constitucional y no del de atrincheramiento político, siempre tan peligroso. Asimismo, indica una salida fácil y segura frente a la persistencia de todo aquel que deseara lo contrario. De hecho, como se atestiguó en otras ocasiones en las que se pusieron a prueba, esas reglas fueron el fundamento de diversas sentencias con las que Suprema Corte salvadoreña frenó el instinto autoritario.

Sin embargo, las reglas jurídicas no actúan en una zona etérea la que su cumplimiento y obediencia ocurre sin resistencia por parte de aquellos a los que se dirige, sino que dependen de cierta estructura institucional que garantice la independencia de los jueces, una dinámica política fragmentada en la cual nadie tiene el poder suficiente para imponer su voluntad y capricho, y un respeto irrestricto por parte de los jueces individuales al principio de legalidad, a las normas escritas y a las mejores prácticas de su profesión.⁶⁰

Precisamente estas condiciones fueron suprimidas en El Salvador. Por un lado, Nayib Bukele, un *outsider* de la política salvadoreña, ganó en 2019 con un porcentaje relativamente alto las elecciones presidenciales⁶¹ y en 2024 no sólo reafirmó su posición, sino que aumentó exponencialmente el número de votantes.⁶² Por otro lado, en 2021, Nuevas Ideas, un partido de reciente creación por parte de Bukele, controló la Asamblea Legislativa, el mayor número de

⁵⁹ Sobre el significado de normas pétreas, véase ALTERIO, Ana Micaela, “La relación entre rigidez y supremacía constitucional: un análisis a la luz de las reformas constitucionales en México”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 4, enero-junio de 2017, pp. 209-231; y GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 185- 211.

⁶⁰ KAPISZWESKI, Diana *et al.*, *Consequential courts. Judicial roles in global perspective*, Cambridge University Press, Estados Unidos, 2013, pp. 18-28; GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patrizia, *The judicial system. The administration and politics of justice*, Elgar, Massachusetts, 2020.

⁶¹ En 2019, la Gran Alianza por la Unidad Nacional, el Partido de Nayib Bukele, obtuvo más 1.4 millones de votos, equivalentes al 53% de la votación nacional emitida. Le siguió la coalición ARENA/PCN/PDC/DS con más de 857 mil votos. En tercer lugar, FMLN obtuvo 389'289 votos, es decir el 14.41% del total de votos. Finalmente, VAMOS alcanzó apenas 20'763 equivalentes al 0.77%. Véase, PACHECO, Melissa, “TSE declara en firme triunfo de Bukele”, en *La prensa gráfica*, 8 de febrero de 2019. Disponible en: <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/TSE-declara-en-firme-triunfo-de-Bukele-20190207-0379.html>

⁶² En esta ocasión, es decir, 2024, Bukele obtuvo más de 2.7 millones de votos, que representan el 84.6% del voto nacional emitido. Véase Deutsche Welle, “Tribunal Electoral de El Salvador ratifica triunfo de Bukele”, 18 de febrero de 2024. Disponible en: <https://www.dw.com/es/tribunal-electoral-de-el-salvador-ratifica-victoria-de-bukele/a-68290640>

concejos municipales y el Parlamento Salvadoreño. Finalmente, en el mismo 2021, en lo que parecía un acto solemne de instalación de la XIII legislatura, La Nueva Asamblea, en primer lugar, destituyó a los Magistrados titulares y a los suplentes de una Corte Suprema que, durante los primeros años de gobierno de Bukele, intentó frenar el embiste autoritario de este y de su partido, y, en segundo, designó como nuevos Magistrados a cuatro personas muy cercanas a gobierno.⁶³

En este contexto, marcado por la supresión de condiciones democráticas mínimas y por el fortalecimiento del autoritarismo competitivo⁶⁴ y electoral,⁶⁵ las reglas constitucionales fueron puestas a prueba y, en resumidas cuentas, derrotadas en sede judicial, en virtud de que se presentaron ciertas “razones insuperables” para sostener que la situación particular de Nayib Bukele no se sigue de las normas que prohíben la reelección presidencial y la obligación de alternancia en la presidencia salvadoreña.⁶⁶

En efecto, esta sentencia, tristemente conocida a nivel mundial, rebasó los límites de la solicitud originalmente planteada, al mutar⁶⁷ el contenido de la Constitución salvadoreña y permitir que el “dictador más cool” del mundo, Nayib Bukele, se reeligiera para extender su mandato presidencial, a pesar de que la literalidad del texto Constitucional prohibiera esa práctica tan reprochable que históricamente ha ahuecado las monsergas democráticas a lo largo y ancho de este continente plagado de desigualdad, pobreza y corrupción.

En esta sentencia los magistrados de ese ignominioso tribunal, mediante una interpretación criticable vaciaron el significado y sentido de la prohibición establecida en los artículos 88, 131, ordinal 16°, 152 ordinal 1°, 154 y 248 *in fine*, ya que “atar la voluntad popular a un texto que respondía a necesidades, contexto o circunstancias de hace 20, 30 o 40 años, resulta ya no garantista, sino una excesiva restricción disfrazada de certeza jurídica y el actuar de

⁶³ Véase Asamblea Legislativa de El Salvador, *Anuario Legislativo 2021-2022*, Tomo II, pp. 30 y 31. Disponible en: https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/2024-01/TOMO%202_2021_3_0.pdf

⁶⁴ LEVITSKY, Steven y WAY, Lucan, “Elecciones sin democracia. El surgimiento del autoritarismo competitivo”, en *Estudios Políticos*, núm. 24, enero-junio de 2004, pp. 159-176.

⁶⁵ SCHEDLER, “Elecciones...”, *op. cit.*, pp. 137-156.

⁶⁶ Sobre el significado de derrotabilidad del derecho, véase PÉREZ CARRILLO, Agustín, “Derrotabilidad del derecho (especial referencia al poder constituyente permanente)”, en *La derrotabilidad del derecho*, México, Fontamara, 2003, pp. 33-102.

⁶⁷ Véase la crítica que, al respecto, realizó hizo BREWER-CARIÁS, Allan R., “El juez constitucional en El Salvador y la ilegítima mutación de la constitución”, en *Revista de derecho público*, núms., 167-168, 2021, pp. 339-342, disponible en https://revistadederechopublico.com/wp-content/uploads/2022/12/167-168-El_juez_constitucional_en_el_salvador_ilegitima_mutacion_de_la_constitucion_Allan_Brewer_Carias-340-343.pdf

representantes que se resisten al cambio del soberano, que se resisten a escuchar la voluntad del pueblo es sin duda la mayor de las violaciones al respeto de la soberanía”.

Dentro de otras cuestiones, una que es de importancia y que dio origen a este artículo consiste en que en esta sentencia podemos observar las premisas, vicios y defectos de la ideología, el discurso y la estrategia del populismo judicial. En primer término, la sentencia afirma que el núcleo esencial del entramado jurídico y, en particular, constitucional no es el individuo sino el pueblo. En él y sólo en él, reside “la voluntad conjunta vinculante de la soberanía” (p. 9). Debido a ello, no debe estar sujeto de ningún límite constitucional, de manera que sobre el pueblo no pesa ningún problema de psicología moral ni de filosofía política sobre si necesita ser atado o debe ser atado.⁶⁸ De hecho, bajo lo que aparenta ser una tesis heracliana del cambio, para la Sala de lo Constitucional el pueblo no enfrenta el viejo problema intergeneracional: como el pueblo cambia, un precompromiso del pasado no puede alterar el derecho del pueblo de cambiar de opinión en el presente. En este sentido, la teoría soberanista del pueblo que subyace en la sentencia implica que el soberano, en cuanto soberano, puede deshacer lo que previamente ha hecho.⁶⁹

En este sentido, la Constitución tampoco juega un papel normativo importante, es decir, no condiciona ni limita el poder político del pueblo. Al contrario, siguiendo las tesis “decisionistas” del populismo y del populismo constitucional, la “Constitución representa el momento inaugural del Estado o el punto a partir del cual se establece la orientación que han de seguir los sujetos encargados de ejercer las atribuciones por ella conferidas” (p. 9). La Constitución se afirma únicamente como “producto” de la soberanía y poder constituyente del pueblo. Además, como efecto de estas últimas no puede actuar como agente de cambio del pueblo. Así, la relación causal entre el pueblo y la constitución es unidireccional: viene de aquél hacia esta, no a la inversa. La constitución no obliga ni vincula al pueblo soberano. De hecho, “se espera que su contenido sea *fácilmente* adaptable a las realidades y sociedades futuras”, lo que

⁶⁸ Elster desarrolló un magnífico trabajo sobre el precompromiso constitucional. La idea central de Elster consiste en señalar que un individuo (Ulises), para evitar ciertas conductas perniciosas futuras (las sirenas) contra sí mismo, toma una decisión en el presente, cuya ejecución depende de factores externos (la causa) a la voluntad propia. Esta teoría tiene ciertos límites, pues si bien, como reconoce Elster, tiene bastante sentido en circunstancias individuales, el asunto se complica cuando se pretende aplicar a situaciones colectivas. Por lo común, dice Elster, “no hay nada externo a la sociedad”, ELSTER, Jon, *Ulises y las sirenas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, pp. 66-188.

⁶⁹ Precisamente esta es una idea que, como se mencionó en la nota anterior, Elster reconoce. Sin embargo, una crítica bastante poderosa contra la idea del precompromiso fue presentada por WALDRON, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 305 y ss.

implica una negación a las nociones de supremacía y rigidez propias del constitucionalismo contemporáneo.

En cuanto al papel de la Sala de lo Constitucional, en la sentencia se reafirma su posición como “el máximo intérprete y, en consecuencia, el supremo aplicador de la Constitución” (p. 6). En este sentido, la Sala de lo Constitucional retiene “la última palabra con respecto a la interpretación de la Constitución Salvadoreña”; es el “guardián último de la constitucionalidad”. En ella recae la “responsabilidad de clarificar la extensión y alcance de las disposiciones constitucionales”. En fin, “la Sala de lo Constitucional es el último juez de los conflictos constitucionales” (pp. 7-8). Sin embargo, el pueblo es considerado soberano y la constitución una decisión política de aquel, por lo que la Sala, según indica la sentencia, debe interpretar ésta última para ajustarla a la voluntad, siempre manifiesta y latente, de aquél.

No solo eso. Como advertimos, la sentencia, para encontrar la *supuesta* “única y verdadera voluntad general del pueblo salvadoreño”, sigue el manual interpretativo del populismo judicial, puesto que no presenta una metodología claramente definida, sino que, al contrario, pretende sostenerse a través de una mezcla tambaleante, raquíta, contradictoria e inconsistente de criterios, tesis y enfoques provenientes del historicismo, la hermenéutica y el garantismo.

En primer lugar, el historicismo. Según la sentencia, el primer método que deben utilizar para acceder a la voluntad soberana es precisamente este. Así, afirma que la Sala, como intérprete de la Constitución, debe auxiliarse de elementos históricos como lo son las actas de la Asamblea constituyente, pues, a través de ellas se puede reconocer la expresión soberana sobre la necesidad de cierta disposición en el cuerpo de la constitución, la necesidad sobre la redacción de esa disposición y la necesidad de reconocer los supuestos básicos sobre los cuáles se aplicará.

En segundo lugar, junto al historicismo, la sentencia *pretende* apoyarse en la hermenéutica jurídica. En ella se indica que, frente a las circunstancias del nuevo orden político, se ha vuelto “imperativo realizar una adecuada labor hermenéutica de las disposiciones primarias atinentes, a fin de evitar ulteriores desviaciones derivadas de los yerros interpretativos que están orientados de manera diametralmente opuesta a las corrientes progresivas y extensivas” (p. 4).

La hermenéutica, como se sabe, puede ser entendida como una filosofía trascendental sobre las palabras, los textos y los significados que de ellos se desprenden. En este sentido, la hermenéutica parte de tres supuestos, a saber: a) en primer término, según los hermeneutas, la

decisión y la justificación correlativa no tienen nada que ver con la interpretación textual o literal, sino con las valorizaciones, asignaciones y representaciones que hagan los propios intérpretes sobre el texto que se coloque frente a ellos; b) en segundo lugar, los hermeneutas señalan que la interpretación de un texto legal está guiada, antes que por criterios fijos y relativamente estables, por las condiciones socio-políticas y culturales del momento en el que está inmerso el intérprete, lo que da por resultado que las valorizaciones individuales que se tengan respecto de una teoría general del derecho y de la justicia dependen de esas condiciones contextuales; y, finalmente, los hermeneutas señalan y, en ocasiones recomiendan, que las decisiones judiciales no son (no deben ser) el resultado de un proceso lógico o argumentativo, sino la justificación de la decisión no es sino la racionalización *ex post* de una decisión tomada *ex ante*, es decir, la interpretación es una interpretación *ad hoc* que garantice el resultado.⁷⁰

Tomando en consideración esta perspectiva, la sentencia y la decisión de rechazo de la no-reelección *parece* sostenerse en cuanto a que responde, precisamente, por los cambios sustanciales en el funcionamiento político y electoral vigentes en El Salvador. De hecho, en la sentencia se dice no era posible continuar con la prohibición de la reelección, sino forzoso realizar una interpretación diferente, por lo que la Sala constitucional tenía la obligación de adecuar “ese texto inamovible que se encuentra en la Constitucional a la voluntad del soberano, a sus necesidades actuales, a los nuevos estándares.

Sin embargo, el problema de la sentencia consiste en que no toma en consideración que la hermenéutica no es una herramienta interpretativa para transfigurar los textos legales, sino que reconoce ciertos límites a partir de los cuales se sobre-interpreta un texto. De hecho, si bien la hermenéutica parte de la idea de que un mismo texto puede tener varias interpretaciones y que puede tener una “textura abierta”,⁷¹ lo cierto es que afirma que no todas son válidas o plausibles, pues el texto, cualquier texto —sobre todo aquellos que no presentan problemas de vaguedad o ambigüedad—, permite un número limitado de interpretaciones. Después de este número limitado de interpretaciones posible se llega al riesgo de la sobreinterpretación, pues se va más allá de lo que un texto dice, lo que, a su vez, conduce al voluntarismo más absoluto.⁷²

⁷⁰ Véase GUASTINI, Riccardo, *Teoría analítica del derecho*, Perú, Zela, 2017, p. 41.

⁷¹ HART, *El concepto de derecho...*, *op. cit.*

⁷² PÉREZ CARRILLO, “Hermenéutica e interpretación...”, *op. cit.*, pp. 72-76.

Finalmente, otro de los rasgos del burdo populismo judicial de la Sala Constitucional de El Salvador se encuentra precisamente en pretender justificarse a través del garantismo. De acuerdo con lo que se indica en la sentencia, toda interpretación o argumentación restrictiva que limite la posibilidad de que alguien que ocupe o haya ocupado la presidencia se reelija para un nuevo mandato pierde de vista “el carácter garantista del texto constitucional” (p. 4).

Mas, la objeción que se puede hacer sobre este punto es que en la sentencia parte de una noción equivocada, incomprendida y espuria sobre el garantismo, que lo han convertido en una máscara protectora del arbitrio y la discrecionalidad.⁷³ Esto es algo bastante claro en virtud de que en El Salvador y en diversas latitudes de América Latina existe una tendencia desmesurada y atrevida, pero intelectual y conceptualmente pobre, sobre el uso y abuso de esta teoría jurídica que ha probado ser una de las más sólidas y complejas de la actualidad. Esta teoría, por lo común, ha sido identificada y conocida en diversos rincones en virtud de que ha sido promovida y defendida por Luigi Ferrajoli, uno de los principales exponentes de esta corriente, sino es que el más importante. Gracias a esto, el garantismo ha sido tratado como sinónimo de ferrajolismo y viceversa, además de que el garantismo ha adquirido un sello y una fuerza propias que inspiran a cualquiera a identificarse con él.

De hecho, es común encontrarse con estudiantes, profesores, abogados o jueces —como en el caso de los jueces de El Salvador— que se asumen como miembros de una compañía que, en primera instancia, no requiere mayores requisitos de pertenencia que el de su sola invocación en cualquier circunstancia que resulte pertinente u oportuna. Esto, lamentablemente, ha conducido a que el garantismo sea un simple *slogan* que perdió el prestigio y la autoridad que debería tener como una noción en la que podríamos colocar nuestras esperanzas para la comprensión y defensa del estado de derecho, la democracia y de los derechos fundamentales.

No obstante, a pesar de su fama, esto no ha significado que el garantismo sea comprendido no a cabalidad, sino al menos superficialmente. En esta sentencia, es algo que se puede ver claramente. En ella se perdió de vista, con o sin intención de parte, que “el corazón del modelo garantista” consiste en ser una teoría relacionada con la discreción judicial, pero, sobre todo, que es una teoría compleja y sistematizada que busca por diversos medios específicos *reducir* la discreción judicial al mínimo, aun cuando exista un espacio irreductible de la misma. En

⁷³ Véase SALAZAR UGARTE, Pedro *et al*, *Garantismo espurio*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

este sentido, el garantismo, entre otras formas de entendimiento, implica que la función más importante de la actividad judicial consiste en actuar como freno contra la arbitrariedad y el autoritarismo de los otros dos poderes, pero con la condición de que el poder judicial no actúe de forma arbitraria ni autoritaria.⁷⁴

En cuanto teoría de la discreción judicial mínima, esta teoría, perfeccionadora del positivismo teórico y metodológico,⁷⁵ parte del dogma jurídico de acuerdo con el cual la función de los jueces no es crear normas jurídicas sino *aplicar* las *vigentes y válidas* (desde el punto interno del derecho) con todo el rigor posible aun en contra de sus preferencias morales y de las condiciones políticas en las que se encuentre.⁷⁶

Esto se logra en la mayor medida posible cuando se satisfacen dos condiciones propias del principio de legalidad: la primera, relativa a la definición legislativa de los supuestos de hecho y, la segunda, relativa a la comprobación jurisdiccional del propio supuesto de hecho. La primera condición comporta al carácter formal del principio de *estricta* legalidad, mientras que el segundo implica el carácter empírico del principio de *mera* legalidad. Conforme a la primera condición los jueces, a la hora de emitir un juicio, solo podrán estar sometidos a lo que dicte la ley: de acuerdo con él un juez calificará como legales o ilegales solamente las conductas que se encuentren que se encuentren regulados por las leyes. Conforme con la segunda condición, los jueces se someten *solamente* a los dictados de la ley, esto es, cuando las definiciones normativas vienen dotadas de referencias empíricas precisas.

La primera condición, es decir, la relativa al principio de *estricta* legalidad está dirigida al legislador y su función es prescribir la taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones legales. La segunda condición, por su parte, denominada principio de *mera* legalidad, está dirigida a los jueces y su función consiste prescribir a los jueces la obligación de aplicar las leyes.⁷⁷ En conjunto, ambas condiciones constituyen un límite contra la arbitrariedad, toda vez que la primera condición obliga a los legisladores emplear un lenguaje riguroso y preciso, exento de valoraciones morales o subjetivas, a fin de que no quede espacio para la interpretación judicial,

⁷⁴ Véase GUASTINI, Riccardo, “Los fundamentos teóricos y filosóficos del garantismo”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Para leer a Ferrajoli*, México, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 65.

⁷⁵ Véase FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, 2011, p. 16.

⁷⁶ Véase FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, pp. 872 y ss.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 34-36.

mientras que la segunda condición obliga al juez a someter su juicio solamente a los dictados legales sin la posibilidad de imponer sus valoraciones éticas y políticas. De no respetarse estas dos condiciones la discreción judicial puede desbordarse. Si no se cumple la primera condición, esto es, si no se emplea un lenguaje riguroso, la discrecionalidad judicial puede encontrar espacio entre la ley, ya que un juez puede hacer valer sus propias creencias.⁷⁸

VI. Bibliografía

AGUIAR AGUILAR, Azul A., “Courts an the constitutional erosion of democracy in Latin America”, Working Paper, en *Varieties of Democracy Institute*, mayo de 2020.

ARAGÓN REYES, MANUEL, *et al.*, *La crisis del parlamentarismo en nuestra democracia constitucional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.

BERNSTEIN, Anya y STASZEWSKI, Glen, “Judicial populism”, en *University of Minnesota Law School*, vol. 106, 2021.

BREWER-CARÍAS, Allan R., “El juez constitucional en El Salvador y la ilegítima mutación de la constitución”, en *Revista de derecho público*, núms., 167-168, 2021, pp. 339-342, disponible en https://revistadederechopublico.com/wp-content/uploads/2022/12/167-168-El_juez_constitucional_en_el_salvador_ilegitima_mutacion_de_la_constitucion_Allan_Brewer_Carias-340-343.pdf

BRZOWSKI, Wojciech, “Whatever works. Constitutional interpretation in Poland in times of populism”, en GÁRDOS-OROSZ, Fruzsina y SZENTE, Zoltán, *Populist callenges to constitutional interpretation in Europe an Beyond*, Lóndres, Routledge, 2021.

BECCARIA, Cesar, *Tratado de los delitos y de las penas*, México, Porrúa, 2008.

BENCZE, Matyas, “‘Everyday judicial populism’ in Hungary”, en *Review of central and East European Law*, vol. 47, 2022.

BERNSTEIN, Anya y STASZEWSKI, Glen, “Judicial populism”, en *University of Minnesota Law School*, vol. 106, 2021.

CANOVAN, Margaret, *Populism*, Nueva York, Harcourt Brace Jovanovich, 1981.

CARBONELL, Miguel (coord.), *Para leer a Ferrajoli*, México, Tirant Lo Blanch, 2017.

CASTELLS, Manuel, *Ruptura. Crisis de la democracia liberal*, Madrid, Alianza, 2017.

CASULLO, María Esperanza, *¿Por qué funciona el populismo?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018.

⁷⁸ Véase GUASTINI, “Los fundamentos...”, *op. cit.*, p. 66.

- CHENSHIN, Mishael, *Shin. Israeli Movement for Equal Representation of Woman, and 11 others v. Council for Cable TV and Satellite Broadcast*, HCJ 5432/2003, en *Israel Law Reports*, vol. 20, 2004.
- COLLIOT THÉLÉNE, Catherine, “Populism as a conceptual problem”, en FITZI, Gregor, *et al.*, *Populism and the crisis of democracy. Concepts and theory*, Nueva York, Routledge, 2019.
- DIAMOND, Larry y PLATTNER, Marc, *Democracy in decline?*, John Hopkins University Press, Baltimore, 2015.
- DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- ELSTER, Jon, *Ulises y las sirenas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- ERDMANN, Gero, “Transition from Democracy. Loss of quality, hybridization and breakdown of democracy”, en *German Institute of Global and Area Studies, Working papers*, núm 161, marzo de 2011.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995.
- , “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011.
- FITZI, Gregor, *et al.*, *Populism and the crisis of democracy. Concepts and theory*, Nueva York, Routledge, 2019.
- FRASER, Nancy, *¡Contrabegemonía ya! Por un populismo progresista frente al neoliberalismo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021.
- FROSINI, Tommaso E., “El gobierno de los jueces. Una historia italiana”, en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 50, 2022.
- GALLIE, W. B., “Essentially contested concepts”, en *Aristotelian Society, New Series*, vol. 56, 1955-1956, pp. 167-198.
- GÁRDOS-OROSZ, Fruzsina y SZENTE, Zoltán, *Populist challenges to constitutional interpretation in Europe an Beyond*, Londres, Routledge, 2021.
- GINSBURG, Tom y HUQ, Aziz, *How to save a constitutional democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2018.
- GRABER, Mark *et al.*, *Constitutional Democracy in crisis?* Nueva York, Oxford University Press, 2018.
- GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patrizia, *The judicial system. The administration and politics of justice*, Massachusetts, Elgar, 2020.
- GUASTINI, Riccardo, Perú, *Teoría analítica del derecho*, Zela, 2017.

- , “Los fundamentos teóricos y filosóficos del garantismo”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Para leer a Ferrajoli*, México, Tirant Lo Blanch, 2017.
- HALL, Stephen y AMBROSIO, Thomas, “Authoritarian learning: a conceptual overview”, en *East European Politics*, vol. 33, núm. 2, 2017, pp. 143-161.
- HART, Herbert, *El concepto de derecho*, Buenos Aires Abeledo-Perrot.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.
- HOLMES, Stephen y KRASSTEV, Iván, *La luz que se apaga*, Barcelona, Debate, 2019.
- HOLMES JR., Oliver Wendell, *La senda del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- HUQ, Azis y GINSBURG, Tom, “How to lose a constitutional democracy”, en *UCLA Law review*, núm. 75, 2018, pp. 78-196.
- KAPISZWESKI, Diana, *et al.*, *Consequential courts. Judicial roles in global perspective*, Estados Unidos, Cambridge University Press, 2013.
- KOSAR, David y SIPULOVA, Katarina, “Comparative court-packing”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 21, núm. 1, enero de 2023, pp. 80-126.
- KRAMER, Larry, “Popular constitutionalism, circa 2004”, en *California Law Review*, vol. 92, núm. 4, julio de 2004.
- ISSACHAROFF, Samuel, *Democracy Unmoored*, Nueva York, Oxford University Press, 2023.
- LACLAU, Ernesto y MOUFFE, Chantal, *Hegemonía y estrategia socialista*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2023.
- LAMBERT, Edouard, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, Madrid, Tecnos, 2010.
- LEVITSKY, Steven y WAY, Lucan, “Elecciones sin democracia. El surgimiento del autoritarismo competitivo”, en *Estudios Políticos*, núm. 24, enero-junio de 2004, pp. 159-176.
- y ZIBLATT, Daniel, *Cómo mueren las democracias*, Paidós, 2022.
- LINCOLN, Abraham, *Palabras pronunciadas al dedicar el cementerio de Gettysburg*, 19 de noviembre de 1863. Disponible en: <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/10/Gettysburg-Address-Spanish-508.pdf>.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976.

- LÜRMAN, Anna y LINDBERG, Staffan I., “A third wave of autocratization is here: what is new about it?”, en *Democratization*, vol. 27, núm. 7, 2019, 1095-1113.
- MARKERT, Jürgen, “Introduction. Is there such a thing as populism?” en FITZI, Gregor, *et al.*, *Populism and the crisis of democracy. Concepts and theory*, Nueva York, Routledge, 2019.
- MELGAR ADALID, Mario, *La Suprema Corte de Estados Unidos*, México, Porrúa, 2012.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 2010.
- MUDDE, Cas, “The populist zeitgeist”, en *Government & opposition. An international journal of comparative politics*, vol. 39, núm. 4, 2004.
- , “Are populists friends or foes of constitutionalism?”, en *Foundation for law and society*, 2013.
- , y ROVIRA KALTWASSER, Cristóbal, *Populismo. Una breve introducción*, Madrid, Alianza, 2019.
- MOUFFE, Chantal, *Por un populismo de izquierda*, Buenos Aires, Siglos XXI, 2019.
- , *El poder de los afectos en la política*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2023.
- MOFFIT, Benjamín, *Populismo. Guía para entender la palabra clave de la política contemporánea*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2022.
- MÜLLER, Jan-Werner, “Populism and constitutionalism”, en ROVIRA KALTWASSER, Cristóbal, *et al.*, *The Oxford Handbook of Populism*, Reino Unido, Oxford University Press, 2019, pp. 590-606.
- NOHLEN, Dieter, *et al.* (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- NORRIS, Pipa, “Is western democracy backsliding. Diagnosing the risks”, en *Harvard Kennedy School*, Working paper, marzo de 2017.
- PÉREZ CARRILLO, Agustín, *La derrotabilidad del derecho*, México, Fontamara, 2003.
- PRZEWORSKI, Adam, *La crisis de la democracia*, México, Siglo XXI, 2022.
- HIRSCHL, Ran, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Estados Unidos, Harvard University Press, 2004.
- ROSCOE, Pound, “Law in books and law in action”, en *American Law Review*, vol. 44, núm. 1, enero-febrero de 1910.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, México, Porrúa, 2006.

- ROVIRA KALTWASSER, Cristóbal, *et al.*, *The Oxford Handbook of Populism*, Reino Unido, Oxford University Press, 2019.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *et al.*, *Garantismo espurio*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- SANDEL, Michel, *El descontento democrático*, México, Debate, 2023.
- SADURSKI, Wojciech, *Poland's constitutional breakdown*, Reino Unido, Oxford University Press, 2019.
- , *A pandemic of populist*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2022.
- SCHEDLER, Andreas, “Elecciones sin democracia. El menú de la manipulación electoral”, en *Estudios Políticos*, núm. 24, enero-junio de 2004t., pp. 137-156.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982.
- , *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1996.
- , *El concepto de lo político*, en *Carl Schmitt, Teólogo de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- , y KELSEN, Hans, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, Madrid, Tecnos, 2009.
- URBINATI, Nadia, *Yo, el pueblo. Cómo el populismo transforma la democracia*, México, Grano de Sal, 2020.
- , “Teoría política del populismo”, en *Revista Mexicana de Sociología*, núm. 85, número especial, agosto de 2023
- TANESCU, Simina, “Can constitutional courts become populist?”, en BELOV, Martín ed.), *The role of courts in contemporary legal orders*, La Haya, Eleven International Publishing, 2019.
- TUSHNET, Mark, “Can there be autochthonous methods of constitutional interpretation?”, en GÁRDOS-OROSZ, Fruzsina y SZENTE, Zoltán, *Populist challenges to constitutional interpretation in Europe an Beyond*, Londres, Routledge, 2021.
- WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- WERNECK ARGUELHES, Diego, “Judges speaking for the people: judicial populism beyond judicial decisions”, en *Verfassungsblog on matters constitutional*, 4 de mayo de 2017, disponible en: <https://verfassungsblog.de/judges-speaking-for-the-people-judicial-populism-beyond-judicial-decisions/>
- WEYLAND, Kurt, “Clarifying a contested concept: populism in the study of Latin American Politics”, en *Comparative Politics*, vol. 34, núm. 1, octubre de 2001, pp. 1-22.