



Constitucionalismo contramayoritario y constitucionalismo populista: un debate en torno a la democracia liberal

Counter-Majoritarian Constitutionalism and Populist Constitutionalism: A Debate Surrounding Liberal Democracy

Felipe Curcó Cobos

Instituto Tecnológico Autónomo (México)

<https://orcid.org/0000-0001-9812-0710> | felipe.curco@itam.mx

<https://doi.org/10.70341/ieeg.electorema02.2025e5>

119

Recibido: 08 de enero de 2024

Aceptado: 07 de febrero de 2025



Resumen

El reciente auge del populismo en distintas regiones del mundo, junto con la erosión de la democracia liberal y el creciente descontento de la población hacia esta clase de régimen político, ha reavivado el antiguo debate sobre quién debe ser el intérprete último de la Constitución mexicana y bajo qué criterios debe legitimarse su actuación. Este trabajo aborda esta cuestión y argumenta en contra de los graves riesgos que conlleva el constitucionalismo populista, enfatizando las potenciales amenazas que éste representa para las instituciones democráticas y los derechos fundamentales.

Palabras clave: populismo, democracia, constitucionalismo, liberalismo, elección judicial



Abstract

The recent rise of populism in various regions around the world, coupled with the erosion of liberal democracy and growing discontent among citizens, has reignited the long-standing debate over who should be the ultimate interpreter of the constitution and the criteria under which their actions should be legitimized. This paper responds to this debate, arguing against the significant risks posed by populist constitutionalism and highlighting the potential threats to democratic institutions and fundamental rights.

Keywords: populism, democracy, constitutionalism, liberalism, judicial election

Introducción. Constitucionalismo y democracia, paradojas y tensiones

Bajo cualquier tipo de régimen donde la toma de decisiones se rige por la regla de mayoría, los miembros de una minoría derrotada en votación están obligados a aceptar un resultado al que en principio se oponen. Votar es un método de decisión colectiva que permite transferir autoridad a algunos (la mayoría) para decidir por otros (la minoría). Eso significa que, en democracia, las minorías deben todo el tiempo consentir decisiones que en realidad no consienten, lo cual implicaría que el mayoritarismo fuese esencialmente paradójico, de no ser porque, en este caso, el *consentimiento* refiere a planos distintos. Porque si bien las personas pueden no estar de acuerdo respecto el contenido específico de una determinada decisión, pueden, pese a todo, coincidir con la forma o el procedimiento a través del cual dicha decisión fue tomada.

Algunos han definido esta situación como la paradoja de la democracia. Para Wollheim (1969), esta describe la circunstancia habitual que recrean las sociedades democráticas cuando un ciudadano X está convencido tanto de que la política A debe ser aprobada (porque A es a su juicio la opción correcta), como de que la política B (que es incompatible con A y con la cual X no está de acuerdo) debe también ser aprobada puesto que X es un demócrata y B es la opción respaldada por la mayoría.



Dicha paradoja, no obstante, no implica realmente una contradicción porque una persona que, en este caso, cree que A es la decisión correcta, pero B es la política que debe ser implementada, nos está dando respuesta a dos preguntas distintas, aunque complementarias. Que B deba ser implementada obedece a una pregunta *procedimental*: ¿qué procedimiento debemos seguir dado que discrepamos respecto a cuál de ambas alternativas—A ó B— es la adecuada? En cambio, que X considere que A es a sus ojos la mejor alternativa obedece a una pregunta *sustantiva* o epistémica, a saber: ¿cuál es la opción correcta?

En este sentido, Przeworski (2010) nos invita a reconocer que la democracia es un sistema de incertidumbre provisto de una base de certeza (una *incertidumbre institucionalizada*, la llama él). En efecto, la democracia se caracteriza ante todo por una incertidumbre deliberativa y electoral. En un verdadero régimen democrático no pueden estar predefinidos ni los resultados de una discusión, ni los resultados de una votación. “Democracia es un sistema en el que los partidos de gobierno pierden elecciones” (Przeworski, 2010, p. 10), ha escrito y afirmado más de una vez el célebre politólogo, enfatizando así que uno de los rasgos centrales de un verdadero sistema dinámico y representativo es la alternancia política y la constante ambigüedad en torno a quién va a hacerse cargo en el futuro del gobierno y quién obtendrá el triunfo electoral que le confiera autoridad para hacerse cargo de la toma de decisiones.

Sin embargo, aun cuando la democracia es un sistema de alta incertidumbre en el ámbito electoral, no puede serlo en lo que respecta a la esfera procedimental. Si la regla de mayoría es el procedimiento base o bisagra alrededor del cual gravita el sistema democrático, entonces las medidas dirigidas a proteger dicho procedimiento para evitar que sea desvirtuado o eliminado han de estar aseguradas más allá de toda incertidumbre. Una manera de hacer claro esto es preguntarnos si hemos de interpretar la regla de mayoría como un procedimiento abierto o cerrado. Interpretarlo en forma abierta al cambio querría decir que una de

las decisiones que podrían tomarse a través de él es la de dejar de usarlo para adoptar en su lugar otra regla de decisión distinta (por ejemplo, que las decisiones que antes tomaba la mayoría ahora queden bajo el control de un autócrata o una camarilla política). En contraste, interpretarlo en forma cerrada al cambio es entender que cierta clase de decisiones (como la anterior o cualesquiera otras que pudieran afectar severamente la naturaleza misma de la regla de mayoría a través de, supongamos, suprimir los derechos básicos de expresión y participación política, o establecer la filiación partidista obligatoria) deberían de quedar definitivamente excluidas del conjunto de aquello que un grupo numéricamente superior podría estar legítimamente autorizado a imponer al resto de las personas. Para decirlo con toda claridad: en democracia los ciudadanos pueden diferir y estar en desacuerdo en torno a cualesquiera asuntos sustantivos —por ejemplo, cuál debe ser la política fiscal correcta o la política hídrica adecuada—, pero en lo que corresponde al procedimiento de toma de decisiones y los requisitos que salvaguardan y garantizan que este no se transforme o corrompa hasta desvirtuarse, el compromiso dirigido a protegerlo debe brindar certeza absoluta.

El mejor argumento para mostrar que el procedimiento mayoritario debe protegerse interpretándolo en forma al menos parcialmente cerrada, consiste en invocar el carácter autodestructivo que tendría una democracia en la que nada impidiera que, en principio, la regla de mayoría pudiera cambiarse —o eliminarse— por mayoría, o en la que nada dificulte que las mayorías puedan reescribir las reglas del juego democrático para inclinar sistemáticamente el tablero de juego a su favor con la finalidad de impedir que las minorías puedan aspirar alguna vez a ser gobierno. Esto significa que para que una democracia sea viable y posible, se hace necesario *institucionalizar* una serie de controles que frenen o pongan límites al poder mayoritario (los llamamos, por eso mismo, controles *contramayoritarios*).

Son dos, entonces, los elementos básicos de una democracia en el análisis de Przeworski: la incertidumbre que ha de caracterizar



el resultado de los procesos electorales, y la certidumbre que han de brindar las instituciones encargadas de velar por que la omnipotencia de la mayoría no termine por traducirse en una amenaza para la democracia misma. Esto podría ocurrir fácilmente si las mayorías demonizan a sus críticos, acorralan a los disidentes, cancelan abiertamente sus derechos o simplemente eliminan mediante proceso electoral los procesos electorales (una variante de esto ocurre cuando un partido político llega al poder gracias al reconocimiento institucional de su triunfo electoral, y luego, ya en el gobierno, hace uso de su mayoría para someter, cooptar o eliminar a las propias autoridades electorales encargadas de validar los comicios).

El principal instrumento que una democracia tiene a su alcance para intentar evitar que algo como lo anterior ocurra es el constitucionalismo. El *constitucionalismo liberal* alude a la necesidad de poner límites a las decisiones de la mayoría. Típicamente (aunque no siempre), las constituciones hacen esto a través de dos mecanismos: i) el mecanismo jurídico de control de constitucionalidad —que puede ser difuso, concentrado o mixto—, mediante el cual se verifica que las leyes legislativas aprobadas por las mayorías y los actos normativos de la autoridad sean conforme a los preceptos constitucionales, y ii) un catálogo de derechos orientado a proteger al individuo de los potenciales abusos que la autoridad —actuando en nombre de la mayoría— puede llegar a cometer en contra de los ciudadanos. Ambos ideales, el demócrata y el constitucional, se encuentran en fuerte tensión. Esto es porque el primero nos exige someter las cuestiones públicas de importancia al control de las decisiones mayoritarias, mientras el segundo fija estrictas condiciones orientadas a limitar el alcance legítimo de tales decisiones, condicionando estas al respeto de ciertos bienes y garantías que deben mantenerse intactas y fuera del alcance de lo que piensen o hagan las multitudes¹. El jurista Ernesto Garzón (1993) resumió célebremente esta idea, señalando que los derechos básicos retiran ciertos temas de la agenda política ordinaria para emplazarlos a la esfera intangible de lo que él denominaba *coto vedado*.

¹ Para un análisis a fondo sobre esta tensión, véase Curcó (2010).

Los argumentos a favor de los controles contramayoritarios

Una de las implicaciones que se siguen de lo anterior es que, si en democracia los controles contramayoritarios tienen como objetivo principal garantizar los derechos fundamentales y proteger a las minorías frente a posibles abusos de la mayoría, entonces —y como resulta obvio— tales controles no deben ser administrados por funcionarios electos, pues estos deben su mandato precisamente a las mayorías, con lo cual existe un claro conflicto de interés que limita su capacidad para actuar de manera imparcial frente a los intereses mayoritarios. La protección de las minorías y de los derechos fundamentales requiere decisiones basadas en principios constitucionales, no en las preferencias o demandas del electorado. Dado que los funcionarios electos tienden a priorizar tanto el cumplimiento de promesas electorales como las demandas de sus votantes, pueden llegar a ignorar la ley y la Constitución si esto contradice sus intereses. Un órgano independiente es, entonces, necesario para garantizar que las decisiones se ajusten a la Constitución, incluso cuando esto implique contradecir a la mayoría. Si el poder legislativo, que representa a la mayoría, gestiona también los mecanismos de control constitucional, eso elimina el contrapeso esencial que permitiría evitar, o al menos mitigar, el autoritarismo de las mayorías. Por eso la calidad de una democracia se mide ante todo por el nivel de protección que esta otorga a los derechos de sus minorías.

Tal fue, al menos en su origen, el razonamiento histórico que dio lugar al principio de control de constitucionalidad cuando en decisión histórica de la Corte Suprema de Estados Unidos (5 U.S. 137 1803), el juez *chief* Marshall determinó en *Marbury vs Madison* (1803) que —aun si la negativa de Madison como nuevo secretario de Estado durante el gobierno de Jefferson de entregar a Marbury la comisión de su nombramiento como juez era ilegal— la sección 13 de la Ley del Poder Judicial que el Congreso había aprobado para definir la jurisdicción de la Corte Suprema sobre tipo de casos como el de Marbury, era anticonstitucional, ya que la ley ampliaba indebidamente la jurisdicción de la Corte más allá de lo permitido



por la propia Constitución, con lo cual dicha sección 13 fue eliminada². Esto sentó las bases para determinar el carácter de la norma suprema y la salvaguarda del control de constitucionalidad por encima de las decisiones tomadas por mayoría en el Parlamento. De este modo, cuando un juez constitucional invalida decisiones de un legislador electo democráticamente, de ninguna manera ha de suponerse que con esto pretende imponer su propio criterio discrecional por encima del representante del pueblo, sino que más bien se limita a hacer valer frente a aquellas decisiones legislativas la más fundamental voluntad democrática del constituyente.

La lectura del profesor B. Ackerman (1991, 1988) sobre los textos de *El Federalista* (Hamilton, Madison y Jay, 1996) resulta de gran ayuda para entender la razón por la cual los controles constitucionales de tipo contramayoritario dirigidos a corregir (y en caso extremo, a revertir) decisiones legislativas mayoritarias que violentan preceptos y garantías constitucionales, lejos de representar un intromisión indebida en los procesos democráticos, constituyen, de hecho, la última capa de salvaguarda y defensa institucional a favor de la democracia misma. Desde esta concepción, se interpreta que los textos de *El Federalista* distinguen entre dos clases de actividad política: la *política normal* y la *política constitucional* (Ackerman, 1988, p. 173). La política constitucional ocurre en momentos históricos excepcionales en los que por distintas razones históricas y políticas la ciudadanía de una nación se moviliza, se *pone de pie*, y se involucra en un acentuado activismo. Se trata de periodos de intenso debate y deliberación social en los que el entorno se implica profundamente en los asuntos públicos. El alto nivel de involucramiento cívico hace que estos periodos resulten especialmente aptos para que en ellos se generen consensos amplios y profundos que permitan fijar y dejar asentados los principios normativos básicos que se desean impulsar, promover y asentar en la Constitución. Se trata, pues, de periodos *fundacionales* o *constituyentes*, es decir, periodos de decisión inicial en donde se

² Para una explicación amplia del caso *Marbury vs Madison*, que introdujo por vez primera el control de constitucionalidad, véase Carbonell (2006).

producen las condiciones idóneas para fijar las metanormas esenciales y el marco de derechos y restricciones fundamentales que durante los periodos normales deberán respetar gobiernos y mayorías legislativas. Es en estos periodos de exaltación cívica donde se justifica fijar tales límites, así como el alcance que tendrán los derechos en las etapas *normales*, pues existen buenas razones para suponer que las decisiones tomadas en tales momentos son especialmente meditadas y lúcidas. De ahí que también se justifique determinar entonces los derechos y límites cuya función central será la de impedir que las mayorías se *desboquen* o tomen decisiones que afecten las garantías básicas de individuos o minorías.

Sin embargo, un principio básico de economía cívica hace imposible que los ciudadanos estén implicados todo el tiempo en los asuntos políticos. Por tanto, tarde o temprano tendrá que haber momentos de actividad política *normal*. La *política normal* consiste en la situación más común en la práctica de la comunidad. Se caracteriza por un bajo nivel de involucramiento cívico en la toma de decisiones. En tales circunstancias *normales* la ciudadanía ya no participa de modo constante en los asuntos que le afectan, sino que delega esta función en representantes. Aquí la gente decide *retirarse* de la política con el fin de atender sus intereses cotidianos y monitorear esporádicamente las medidas tomadas por sus delegados a través de elecciones periódicas. Esta visión dualista de la actividad política tiene un correlato jurídico. En el nivel jurídico la actividad política normal se desarrolla en los cuerpos legislativos y da lugar a las leyes ordinarias, pero siempre reconociendo los límites fijados por la autoridad constitucional última en la acción de las tres ramas de gobierno, con su sistema de vetos respectivos y actuando siempre de modo coordinado con la ciudadanía. Si el accionar del supremo tribunal de justicia es requerido, este se justifica en tanto que protege los consensos políticos alcanzados por la comunidad cuando esta se hallaba movilizada y sus decisiones igualmente se hallaban acrisoladas por una intensa deliberación. En este sentido hemos de entender que tanto las



restricciones constitucionales como las leyes ordinarias son aprobadas por mayoría. Lo que sucede es que no todas las decisiones mayoritarias son de la misma naturaleza. No podemos poner en el mismo nivel decisiones aprobadas al calor del trabajo parlamentario (usualmente apuradas y motivadas por agendas que obedecen a intereses facciosos) y decisiones tomadas en momentos donde predominan convicciones que han sido ampliamente discutidas en medio de un clima reflexivo de deliberación y debate social.

Esto significa, en resumen, que desde la concepción dualista de la democracia el actuar de los jueces constitucionales, lejos de oponer diques a la voluntad democrática de la ciudadanía, lo que hace es encargarse de asegurar que las decisiones tomadas por los representantes en momentos de *política normal* no contravengan lo expresado por el pueblo en los momentos de *política constitucional*. Desde esta perspectiva no existe tensión entre derechos, mecanismos contramayoritarios y el actuar de las mayorías legislativas, sino tensión entre dos momentos de decisión colectiva diferente: uno ordinario e improvisado al tenor de las coyunturas (*política normal*), y otro movilizador y depurado en la reflexión que propicia la más alta calidad de consenso (*política excepcional* o *constitucional*). De esta suerte, cuando la Corte decide actuar en contra de mayorías transitorias cada vez que estas amenazan con socavar el consenso estipulado en la *política constitucional*, en modo alguno significa que con tal actuación el máximo tribunal revele su naturaleza contramayoritaria, sino que sus decisiones defienden lo acordado democráticamente por la soberanía popular y mayoritaria en los momentos que esta alcanzaba su máximo nivel de legitimidad debido —recordémoslo— a la amplia movilización y profundo consenso precedidos por el amplio debate que, precisamente, caracteriza tales periodos excepcionales.

En las últimas décadas la historia de la teoría constitucional es, en buena medida, la reiteración de estos argumentos y de las diversas formas en que se ha intentado refutarlos. Dentro de estas críticas, las más virulentas y erosivas para la democracia han sido, sin duda, aquellas que provienen de la literatura canónica

que nutre al llamado *constitucionalismo populista*. De tales críticas nos ocuparemos enseguida.

El constitucionalismo populista y las críticas al constitucionalismo liberal

Las críticas más lúcidas y mejor elaboradas a los razonamientos que brevemente he expuesto en defensa de los controles contramayoritarios, son aquellas que el profesor Jeremy Waldron ha venido exponiendo a partir de la última década del siglo pasado y hasta la actualidad. Waldron considera problemático el control judicial de constitucionalidad (*judicial review*), argumentando que este mecanismo otorga a los jueces un poder excesivo sobre cuestiones fundamentales que en realidad deberían ser decididas por representantes democráticamente electos. Según él, esta práctica socava la igualdad política ya que, en sociedades profundamente marcadas por la existencia de desacuerdos, permite que un grupo reducido de jueces, que no son elegidos por el pueblo ni directamente responsables ante él, tengan la última palabra sobre temas de gran importancia y/o controversia social. De ahí que este profesor de la Universidad de Nueva York (NYU) defienda la capacidad de los cuerpos legislativos democráticos para deliberar y resolver estos problemas complejos. Bajo su perspectiva, las democracias *maduras* poseen mecanismos suficientes para debatir y corregir injusticias sin necesidad de recurrir a la intervención judicial. Esto es así porque, a su juicio, las instituciones democráticas están mejor posicionadas para reflejar las preferencias y valores colectivos de la sociedad. Los controles contramayoritarios, como los que imponen los tribunales constitucionales, suelen justificar su existencia en la necesidad de afianzar derechos fundamentales que protejan a individuos y minorías de los potenciales abusos que puedan generarles mayorías *desbocadas*. Sin embargo, Waldron cuestiona la idea de que estos órganos sean inherentemente más aptos para proteger los derechos que los parlamentos democráticos. No hay garantía de superioridad moral o epistémica de los jueces sobre los legisladores. Por ello, la democracia debe priorizar



el respeto por la igualdad en la toma de decisiones políticas, permitiendo que todos los ciudadanos participen en el proceso de decisión, incluso cuando surgen conflictos de derechos.

Aquí Waldron advierte algo importante. Una de las muchas cosas que hacen necesario acudir a elecciones, incluso para definir el catálogo de derechos fundamentales, es el hecho de que no podemos dar por sentado que exista un consenso respecto a cuál debe ser el contenido y, sobre todo, el alcance de los derechos mismos. Pensemos, por ejemplo, en el derecho fundamental a la vida. En países como los Estados Unidos semejante derecho está consagrado, y sin embargo aún persisten leyes federales y estatales que imponen pena de muerte a criminales para cierta clase de delitos. Todos los países que se arrojan la prerrogativa de declarar la guerra envían a sus ciudadanos a matar y a morir. Así, pues, ¿cuál es el alcance de este derecho? ¿Dónde termina y dónde empieza? Un problema similar se presenta a la hora de tratar de delimitar la cesta de garantías básicas: ¿el derecho a la religión debe ser un derecho humano básico? ¿Y qué hay de los derechos de los animales o de la Inteligencia Artificial (IA)? Así, las decisiones sobre cómo equilibrar los derechos y determinar su alcance y contenido deberían, de acuerdo a lo defendido por Waldron, ser tomadas en foros abiertos de debate público (como los parlamentos), en lugar de ser monopolizadas por cortes que operan en un entorno más cerrado y elitista³.

Quienes se hacen eco de estos argumentos suelen invocar en su defensa evidencia constitucional comparada. Por ejemplo, frente al tipo de *constitucionalismo fuerte* que incorpora catálogo de derechos, principios intangibles y control rígido de constitucionalidad (es decir, el tipo de constitucionalismo que impera en naciones como España, Alemania, Estados Unidos o la mayoría de países en América Latina), los críticos de los controles contramayoritarios suelen invocar la experiencia de sistemas político-jurídicos como los de Australia (con una constitución rígida que no incluye declaración de derechos), Nueva Zelanda (dotada del

³ Puede hallarse el desarrollo completo de estos razonamientos en textos como Waldron (1998, 1999 y 2006).

Bill of Rights, pero con un régimen de constitución ampliamente flexible), Holanda (con una declaración de derechos incorporada a una constitución rígida pero sin control jurisdiccional de constitucionalidad) o Canadá, donde, como es bien sabido, el legislador ordinario —respetando ciertas condiciones procedimentales de las que en seguida hablaré— puede hacer valer cualquier ley aprobada por mayoría en el Parlamento aun si la Corte Suprema la declara contraria a la Constitución. Nadie podrá decir —termina por concluir la objeción populista— que en países como Holanda o Canadá, donde el control de constitucionalidad es inexistente o muy débil, se observe alguna tendencia de las mayorías a conculcar derechos, abusar o someter a las minorías; al menos, no más de lo que esta tendencia puede observarse en países donde semejante clase de controles sí forma parte del sistema jurídico.

Con todo, esta última observación resulta altamente sesgada, omite datos obvios, no resiste el peso de un análisis medianamente serio y, además, parte de una lectura muy superficial de Waldron, ya que es el propio Waldron quien advierte que únicamente democracias *maduras* (como precisamente la holandesa o canadiense) son capaces de operar sin controles contramayoritarios o de constitucionalidad. En efecto, democracias robustas y consolidadas pueden no requerir de controles constitucionales porque están provistas de sólidos anticuerpos sociales e institucionales que, claramente, mitigan o moderan el actuar de las mayorías legislativas en el parlamento. Ejemplo de lo primero (anticuerpos sociales) son las que Levitsky y Ziblatt (2018) denominan *reglas de autocontención*⁴. Las *reglas de autocontención* (o autocontrol) son normas informales que actores políticos hegemónicos internalizan y siguen voluntariamente con el fin de mantener la estabilidad y la funcionalidad del sistema democrático, incluso cuando no están obligados legalmente a hacerlo. Estas reglas son cruciales porque ayudan a moderar el ejercicio del poder y a preservar la legitimidad del sistema político. Entre tal clase de reglas sobresalen aquellas de *contención institucional*, es decir, hábitos asumidos por los actores políticos hegemónicos que los llevan a autorregularse en el uso

⁴ Véase en particular el capítulo 5: "Subverting Democracy".



de los poderes formales que la constitución o el sistema político les otorgan en tanto mayorías. Así, y aun cuando ninguna norma legal lo impida, en una cultura verdaderamente democrática los líderes políticos de los grupos legislativos mayoritarios se abstienen de llevar a cabo ciertas acciones que pueden dañar o erosionar dramáticamente el sistema democrático, como sería, por ejemplo, deslegitimar las instituciones clave (los tribunales electorales o el Tribunal Supremo), o bien, emplear desde el poder un lenguaje excesivamente divisivo con el fin de acorralar a críticos o descalificar a los oponentes, transformándolos en delincuentes o traidores al país. Otros casos que ejemplifican esta falta de contención tan lesiva para la democracia serían —en opinión de Levitsky y Ziblatt— prácticas tales como el *filibusterismo* o el llamado *gerrymandering* (denominado así a raíz de que Elbridge Gerry, quinto vicepresidente de Estados Unidos, redibujó un distrito electoral con forma de salamandra para favorecer el triunfo electoral de la facción política a la que él pertenecía).

Así, Levitsky y Ziblatt destacan que las democracias no dependen solo de leyes, sino también de las normas informales que promueven la tolerancia mutua y la contención en el uso del poder.

Pero además de anticuerpos sociales, las democracias maduras poseen anticuerpos institucionales. Ejemplo de ello son las cláusulas *Notwithstanding* y *Override*, incorporadas en la célebre sección 33 de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá que forma parte de la Constitución desde 1982. Estas cláusulas permiten a legislaturas locales o federales implementar leyes aun si la Corte Suprema las ha declarado anticonstitucionales. En específico, el término *Notwithstanding Clause* (también conocida como *Sección 33* de la Carta) permite que un gobierno federal o provincial apruebe una ley incluso si esta contraviene ciertos derechos y libertades fundamentales garantizados en la Carta, pues básicamente otorga al legislador la capacidad de hacer caso omiso de ciertos derechos constitucionales y del control de constitucionalidad (literalmente, *Notwithstanding* significa que la ley permanece *no obstante* ser contraria a la Constitución o haber sido anulada —*override*— por el poder judicial). Sin embargo, dicha cláusula no puede emplearse

para eliminar ciertos derechos (como los derechos lingüísticos o el derecho fundamental a elecciones libres) y además tiene una duración máxima de cinco años desde su promulgación, al final de los cuales debe ser renovada explícitamente para permanecer en vigor. Dado que en Canadá las legislaturas suelen renovarse cada cuatro años, esto asegura que, para no ser revocadas, las leyes que la Corte ha declarado inconstitucionales deben enfren-
tar el escrutinio público y ser renovadas al menos en dos ciclos electorales consecutivos y por dos legislaturas diferentes. De este modo, la cláusula *Notwithstanding* representa un equilibrio entre la supremacía judicial, garantizada por la Carta de Derechos y Libertades, y la soberanía legislativa de los gobiernos federales y provinciales.

Todo esto permite ver cómo es que la objeción populista a los controles contramayoritarios parte de una premisa falsa. Porque, a la luz de lo anterior, si algo puede probarse es que el fortalecimiento de los controles exógenos a la regla de mayoría (controles constitucionales) no necesariamente ha de traducirse en un debilitamiento de la soberanía popular y el accionar de las mayorías. Si algo muestra el mecanismo que acabamos de describir, es que los controles democráticos y los controles constitucionales no tienen por qué guardar una relación de juego de suma cero entre sí (en donde fortalecer a uno necesariamente requiera o implique debilitar al otro). En democracias tan débiles como la mexicana, donde las mayorías carecen de reglas de autocontención que les impidan abstenerse de capturar a los árbitros electorales o rediseñar las reglas del juego democrático para que estas sistemáticamente les favorezcan, los controles exógenos —muy especialmente los ejercidos por la Corte Suprema— resultan fundamentales: si fallan, todo el sistema institucional tiende a fallar. Pero en democracias robustas como la canadiense, restar poder a la Corte no implica un riesgo para la democracia en la medida en que el régimen democrático dispone de anticuerpos sociales e institucionales que refrenan el accionar de las mayorías. Bajo tales circunstancias, más que darse un enfrentamiento entre los poderes legislativo y judicial (donde la fuerza que gana un poder lo pierde el otro), lo que en todo caso prevalece es



un modelo dialógico en donde la última palabra respecto a la interpretación de la constitución no reside ni en el Parlamento ni en la Corte, sino en la interacción dialógica que ambos poderes mantienen entre sí.

El constitucionalismo populista frente al argumento de las precondiciones de la democracia

El constitucionalismo populista no sólo ha sido defendido por Jeremy Waldron, sino también por autores como Larry Kramer, Akhil Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker o Mark Tushnet. Todos ellos plantean una visión de la interpretación constitucional en la que el poder reside principalmente en el pueblo y no en los jueces. Comparten, pues, una común desconfianza frente al elitismo que distingue a la reflexión jurídica contemporánea (Gargarella, 2008). Desde su perspectiva, la constitución pertenece al pueblo y su interpretación y aplicación deben, por tanto, reflejar la voluntad mayoritaria de la ciudadanía, pues las instituciones representativas (como el Congreso o las legislaturas) tienen mayor legitimidad para interpretar la constitución que los tribunales que no han sido directamente elegidos por la ciudadanía. Mark Tushnet (1999), por ejemplo, en su texto *Constitucionalismo sin tribunales*, cuestiona el rol tradicionalmente dominante de los tribunales constitucionales en el control de la constitucionalidad y propone modelos alternativos que dan mayor protagonismo a las decisiones democráticas y a la acción política. Por su parte, Larry Kramer (2004) destaca la importancia de la *constitucionalización desde abajo*, en la que los ciudadanos y los movimientos sociales juegan un papel clave en dar forma a la constitución. Sanford Levinson (1988), por último, critica la rigidez de las estructuras constitucionales y aboga por procesos más accesibles para la reforma constitucional, permitiendo que el pueblo ejerza un control directo sobre las reglas fundamentales. En definitiva, todos ellos proponen mecanismos para ampliar la participación ciudadana en asuntos constitucionales, como referendos, enmiendas populares o una interpretación constitucional basada en el consenso social.

Estas perspectivas, sin embargo, adolecen de un mismo defecto: omiten percatarse de que derechos básicos como la libertad de expresión, igualdad ante la ley, libertad de culto y derechos de las minorías étnicas, religiosas o de género no pueden estar sujetos a votación o a las preferencias cambiantes de una mayoría circunstancial, ya que, sin límites, la mayoría podría legislar en contra de todos estos derechos esenciales. En otras palabras, y para decirlo claramente: la democracia moderna no es un sistema puramente mayoritario, sino que esencialmente está basada en valores constitucionales que deben ser protegidos contra mayorías momentáneas. El respeto por los derechos humanos y el estado de derecho son pilares aún más importantes que el principio de mayoría pues, sin ellos, el principio de mayoría ni siquiera resultaría posible o viable. Sin duda, ha sido el profesor Jon Hart Ely quien mejor ha sabido explicar esto.

En su influyente obra *Democracy and distrust: A theory of judicial review* (1980), Ely presenta una defensa del control judicial como una herramienta crucial para proteger la democracia. Ely sugiere no ver a los jueces como intérpretes finales de los valores constitucionales, sino como guardianes del proceso democrático, cuya principal tarea es garantizar que las reglas del juego democrático sean justas y accesibles para todos. Debido a que las mayorías pueden utilizar el proceso político para perpetuarse en el poder o para marginar o excluir a ciertas minorías, los jueces deben intervenir para garantizar que todos los grupos tengan una voz efectiva en el proceso político. Si bien los tribunales no deben reemplazar el papel del pueblo, estos resultan indispensables para garantizar que el proceso democrático sea inclusivo y justo. En ese sentido, su principal tarea es garantizar que las reglas necesarias para que el juego democrático pueda llevarse a cabo no sean subvertidas o eliminadas. El argumento de Ely me parece incontestable para cualquier persona que se considere demócrata. Si consideramos que la regla de decisión por mayoría posee una calidad moral especial que amerita ser protegida, entonces —según vimos antes— hemos de interpretarla como una regla cerrada al cambio, esto es, como una regla que no puede ser abolida o modificada por



ninguna mayoría. De ser así, es necesario proteger no sólo el procedimiento democrático, sino todas las condiciones que lo hacen posible. En otras palabras, la toma de decisiones por mayoría en una democracia exige —como condición de posibilidad— que el conjunto de principios y procedimientos fundamentales que garanticen que el sistema democrático funcione de manera justa, inclusiva y representativa, esté garantizado y protegido más allá de toda duda. Estas reglas no se centran en resultados específicos de políticas, sino en asegurar que todos los actores políticos y ciudadanos tengan igualdad de oportunidades para participar en un proceso equitativo. Ello implica algo tan obvio como garantizar que todos los ciudadanos tengan el derecho al sufragio y que no existan barreras arbitrarias o discriminatorias para ejercerlo: protecciones contra la exclusión sistemática (evitar, por ejemplo, que los grupos sean marginados o que comunicadores y periodistas sean constantemente acosados y agredidos para evitar que cumplan la vital función de cuestionar y criticar al poder). De igual modo, es necesario impedir prácticas como la captura institucional de los árbitros judiciales y electorales, la manipulación de distritos electorales (*gerrymandering*) o cambios en las reglas que sistemáticamente favorezcan a ciertos grupos políticos en detrimento de otros, así como proteger los derechos de los ciudadanos y grupos para expresarse, reunirse y organizarse políticamente, asegurando un debate libre y competitivo de ideas. Todas estas medidas se dirigen a proteger a la democracia de lo que es una de las más serias amenazas para su funcionamiento: la omnipotencia de la mayoría. De ahí que sea pertinente decir que el fundamento de la limitación del poder de la mayoría se halla inscrito en la misma lógica democrática y, por tanto, no sólo no habría ninguna verdadera tensión que resolver entre constitucionalismo y democracia, sino que el Estado constitucional no es otra cosa que la juridificación de la propia democracia.

El *constitucionalismo populista*, por tanto, se equivoca de raíz al asimilar indebidamente la democracia al simple mayoritarismo. Se equivoca aún más al considerar que las mayorías deben administrar los controles que las limitan. Un árbitro, por

definición, es un actor exógeno que dirime controversias entre actores que suelen mantener relaciones asimétricas de poder. Dado que la democracia confiere todo el poder de decisión a las mayorías, resulta absurdo pensar que los actores responsables de velar por que estas no abusen o eliminen los derechos de las minorías sean árbitros —precisamente— electos por mayoría. Las mayorías no sujetas a algún control exógeno (es decir, no sujetas a algún control que no sea administrado por las mayorías mismas), inevitablemente se decantarán por eliminar las reglas que hacen posible el juego democrático. Esta clase de juego no puede funcionar si las mayorías son al mismo tiempo juez y parte (algo análogamente absurdo ocurriría si en una disputa obreiro-patronal fuese sólo el patrón el responsable de dirimir todas las controversias).

Todo esto muestra la necesidad de reservar a un órgano no electo por mayoría y distinto al que crea y aplica las normas jurídicas vigentes, el cuidado de las condiciones que hacen posible la democracia. Esta es otra manera de decir que deben existir guardianes externos al proceso de toma de decisiones democráticos encargados de asegurar la supervivencia de dicho proceso democrático. Por supuesto, el hecho de que sean los jueces quienes se hagan cargo de esta tarea de custodia no implica asumir que ellos gocen de capacidades intelectuales diferentes o superiores, o bien que posean un carácter incorruptible. Los jueces son como cualquier otro ciudadano, la única diferencia que los separa de los demás es el lugar institucional que ocupan. Hay que decir que su función, al igual que la de los legisladores, es corrompible y vulnerable a la cooptación. Sin embargo, eso no es argumento válido para sugerir su desaparición (no más de lo que sería invocar este riesgo para proponer la necesidad de suprimir el Parlamento). Como hemos dicho antes, cuanto más carece una democracia de anticuerpos sociales o institucionales, más necesario se hace robustecer los mecanismos constitucionales que ayudan a superar la vulnerabilidad de sus órganos administrativos y jurisdiccionales.



Nada de lo anterior implica que Ely sugiera concebir la democracia en términos meramente formales o procedimentales. En su opinión, los requisitos y cláusulas que hacen posible la democracia no atañen exclusivamente al procedimiento de decisión (la regla de mayoría), sino que también implican una serie de requisitos sustanciales, mínimos e indispensables, sin los cuales resultaría ridículo calificar una decisión mayoritaria como democrática. Entre tales condiciones sustantivas se encuentran que las preferencias hayan podido formarse de modo verdaderamente autónomo o que nadie se vea obligado a vender su voto por razón de desamparo o extrema necesidad económica. Esto es otra manera de decir que, para realizar sus valores efectivos, la democracia necesita garantizar condiciones materiales y económicas medianamente dignas para toda la población (lo que los principios de la jurisprudencia constitucional de Colombia definen como *mínimo vital* de servicios o recursos que resultan indispensables para el logro de una vida digna) (sentencia T01 de 1998, SU-995 de 1999, sentencias confirmadoras T-394 de 2001 y T-205 de 2010). Tal y como veremos al final, esto resultará importante para entender la razón por la cual los controles de constitucionalidad han de proceder no sólo contra violaciones procedimentales, sino también sustantivas.

La evidencia contra el constitucionalismo populista: el caso de Bolivia

Aun cuando en países como Estados Unidos, Suiza o Japón algunos jueces de tribunales locales o de primera instancia son electos por sufragio universal y directo, el único país del mundo donde los ministros del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) son electos por voto popular es Bolivia; si bien, a partir del segundo semestre de 2025 México se convertirá en la segunda nación que implementará semejante medida.

Frente a esto, lo primero que hay que decir es que el sistema de elección popular de magistrados, establecido por vez primera en Bolivia a partir de la Constitución de 2009, ha derivado en un completo desastre. A la hora de evaluar el resultado de este

experimento, no existe especialista que no coincida en señalar el colapso que la implementación del constitucionalismo populista ha significado para la vida institucional de dicha nación. Probarlo no requiere más que un breve recuento.

En 2009 el presidente Evo Morales tocaba el fin de su primer mandato presidencial. Gozando de amplia popularidad y con el fin de eliminar los obstáculos judiciales que le impedían optar por una reelección, impulsó entonces un proyecto de nueva constitución que introdujo la reelección por dos periodos consecutivos. El proyecto también contemplaba la elección mediante voto popular de los integrantes del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP). Gracias a esta reforma, y pese a que había ya gobernado entre 2005 y 2009, Evo Morales logró reelegirse por dos periodos más: 2009-2014, y 2014-2019. Asimismo, su partido Movimiento al Socialismo (MAS) obtuvo la victoria que le permitió garantizar que todos los miembros del máximo órgano jurisdiccional fueran leales vasallos al servicio de la facción mayoritaria. Con todo, nada de esto alcanzó a satisfacer las ambiciones del dirigente, por lo que a mitad de su tercer periodo y con la intención de seguir prolongando indefinidamente su mandato, organizó en 2016 un referéndum para someter a consulta popular la posibilidad de una reelección indefinida. Impredeciblemente, empero, algo ocurrió: para sorpresa y disgusto del gobernante, el pueblo votó por no permitir la reelección.

Podría suponerse que todo habría terminado ahí, pero no fue así. El Tribunal Constitucional, capturado y controlado por el partido mayoritario al servicio del presidente, determinó que poner límites a la reelección indefinida de Evo Morales era un atentado a sus derechos humanos, por lo que la Corte avaló pasar por encima de la letra constitucional. Y no únicamente eso: también declaró ilegal la determinación del referéndum que había retirado su apoyo al dirigente; así que, yendo en contra de lo establecido no solamente por la propia constitución sino también por la voluntad democrática del electorado, el Tribunal Constitucional populista al servicio del gobierno permitió que Evo Morales se presentara para una cuarta reelección.



Con semejante decisión se desconoció también al Tribunal Electoral (que había avalado el resultado de la consulta), provocando la renuncia de la mayoría de sus integrantes. Al romperse de este modo todos los equilibrios institucionales, sobrevino la peor crisis política que, desde la independencia, esta nación ha enfrentado a lo largo de su historia. Durante las elecciones de 2019, el Tribunal Electoral (cuyos miembros fueron reemplazados por funcionarios pertenecientes al grupo mayoritario) interrumpió el cómputo de votos en primera vuelta al ver que Evo Morales no obtendría el 50% de votos que eran necesarios para poder proclamarse vencedor de la contienda. El resto de la historia es bien conocido: en medio de un clima de enfrentamiento y conflicto civil, Morales se vio entonces obligado a huir del país y exiliarse en México. Su posterior retorno a Bolivia en 2024, y el consiguiente enfrentamiento con el presidente Luis Arce, dio lugar a una fallida intentona de golpe de Estado. Para la fecha en que se escriben estas líneas, persiste una seria amenaza de que vuelva a detonarse un nuevo conflicto civil, ya que Evo Morales ha expresado su determinación de optar por una quinta reelección, a pesar de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó en 2023 que impedir la reelección indefinida de un autócrata de ninguna manera puede considerarse una violación a sus derechos humanos.

El fracaso institucional provocado en Bolivia por esta (y otras) reformas constitucionales populistas ha alcanzado absurdos inimaginables. Dado que, tal y como a partir del segundo semestre de 2025 sucederá en México, los candidatos a magistrados y ministros en Bolivia deben ser preseleccionados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, durante los primeros años del constitucionalismo populista los electores percibieron este ejercicio como una simple farsa destinada a romper los equilibrios institucionales a favor del autoritarismo mayoritario. Prueba de ello es que, a pesar de que en Bolivia el voto es obligatorio, en las elecciones judiciales de 2011 y 2017 los niveles de abstención, votos nulos y votos en blanco fueron alarmantes (en 2011 más del 57% de los votos emitidos resultaron

nulos o en blanco, y el porcentaje se elevó a 65% en 2017, lo cual reflejó con claridad el descontento y desencanto de la gente con ese proceso). Por si todo esto fuera poco, y en el colmo de las paradojas, hay que mencionar que la reforma populista que en Bolivia pretendía implementar la elección periódica de los ministros, al final culminó con una prolongación indefinida del mandato judicial de los mismos!

En efecto, las divisiones internas del MAS y la falta de acuerdos con la oposición imposibilitaron que se concretaran las listas de candidatos que debían aprobarse por mayoría calificada en la Asamblea Legislativa Plurinacional. A raíz de esto, la organización de elecciones judiciales oportunas y transparentes dejaron de llevarse a cabo. Así, el 12 de diciembre de 2023 el Tribunal Constitucional Plurinacional aprobó una sentencia que dispuso la prórroga indefinida del mandato de las autoridades judiciales actuales, incluyendo a los magistrados del TCP. Esta decisión se tomó debido al retraso en la realización de los comicios. En principio, la prórroga se estableció hasta que se eligiera y posesionara a las nuevas autoridades judiciales, algo que, sin embargo, no sucedió, pues el propio TCP no dejó de emitir resoluciones que afectaron la programación de las elecciones judiciales (como la declaración de inconstitucionalidad de leyes aprobadas por el Parlamento para convocar a las elecciones), todo lo cual derivó en el retraso y suspensión indefinida del proceso. Si la idea inicial era democratizar el acceso a la justicia y fortalecer la legitimidad de las autoridades judiciales, lo cierto es que en la práctica el resultado provocado fue la captura partidista del poder judicial, la parálisis e inmovilidad del mismo y un vacío en el sistema judicial donde sus miembros han superado ampliamente el periodo del mandato para el que originariamente fueron electos. Inclusive, se atrajo la condena de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH).

Finalmente, y con más de un año de retraso, en diciembre de 2024 Bolivia celebró los pospuestos comicios judiciales en medio de un caos de confusiones y lagunas legales. Cuando el proceso estaba ya en curso, el Tribunal Constitucional Plurinacional declaró



desierta la convocatoria para dos organismos en cinco de los nueve departamentos del país, por lo que siete jueces afines al oficialismo que debían terminar sus periodos no fueron relevados (cinco del TCP y dos del Tribunal Supremo de Justicia). Dicha disposición estuvo además firmada por los propios magistrados que se vieron beneficiados por la medida.

La evidencia contra el constitucionalismo populista: el caso de México

Durante la Asamblea Constituyente de 1917 en México se debatió la posibilidad de elegir a los ministros de la Suprema Corte de Justicia (scj) mediante sufragio popular. Esta propuesta enfrentó, empero, una inmediata y significativa oposición basada en contundentes argumentos en contra. Entre los diputados que se pronunciaron renuentes a esta medida destacaron al menos dos: Francisco J. Múgica e Hilario Medina. Este último se opuso especialmente a semejante idea, argumentando que la naturaleza de la función judicial es distinta a la de los cargos políticos electos. Según Medina, un magistrado debe actuar con independencia y basarse en su propio criterio jurídico, sin estar sujeto a las presiones o expectativas de los electores. Su postura enfatizaba que la justicia requiere imparcialidad y autonomía, características que podrían verse comprometidas si los jueces fueran elegidos mediante sufragio popular. Según consta en el *Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917*, a lo largo de la sesión del 20 de enero de 1917, Medina expresó en su discurso:

El sistema de elección popular de jueces ha sido una innovación introducida por las democracias más excitadas [sin embargo] la soberanía popular no es la soberanía de la multitud, sino la soberanía de la razón, de la justicia, de la equidad, de la moralidad; y el magistrado, que es el intérprete de la ley, debe ser el primero en no dejarse arrastrar por las pasiones populares [...] por lo que es su institución, la elección popular tiene radicalmente vicios fundamentales. En primer lugar, el magistrado no es igual al diputado o al senador: el magistrado es radicalmente distinto; él no va en el ejercicio de sus funciones a representar a la opinión; no va a representar a nadie; no lleva el criterio del elector, sino

que lleva el suyo propio basado en la ley; simplemente se le elige como persona en la cual se cree que se reúnen ciertos requisitos indispensables para llenar una función social; él tiene que obrar en su función precisa, obrar quizá hasta contra la opinión de los electores. Si un magistrado electo popularmente siente que mañana rugen las multitudes y le piden sentencia en un sentido, el magistrado está en obligación de desoír a las multitudes y de ir contra la opinión de quienes lo eligieron [...] por este motivo la esencia misma de la magistratura es muy distinta de la función social que ejerce el representante político. (1917, p. 123)

Esta cita refleja la preocupación de Medina por mantener la independencia del Poder Judicial y evitar su politización a través de la elección popular de sus miembros, sosteniendo que la elección mediante voto universal y directo de los ministros podría alterar el equilibrio entre los poderes, haciendo que el Poder Judicial estuviera subordinado indirectamente al Legislativo o al Ejecutivo, debido a la influencia que estos podrían tener en los procesos electorales. Los críticos a su postura señalaron que los ministros de la Suprema Corte deben ser seleccionados por su capacidad técnica, experiencia y conocimiento de la ley, no por su popularidad entre el electorado, ya que la elección universal y directa podría favorecer candidatos más enfocados en campañas políticas que en su preparación jurídica.

Además de Múgica y Medina, se unieron a esta postura diputados como Luis Manuel Rojas y Heriberto Jara, quienes coincidieron en que la independencia judicial era esencial para el nuevo régimen constitucional, ya que un sistema de elecciones populares podría desvirtuar la función del tribunal supremo. Finalmente, y en medio de un consenso prácticamente unánime, la Asamblea Constituyente optó por un sistema de designación indirecta. El artículo 96 del texto promulgado el 5 de febrero de 1917 decía: “los miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación serán electos por el Congreso de la Unión [y] los candidatos serán previamente propuestos, uno por cada legislatura de los estados”⁵. Fue en 1928 que el artículo 96 fue modificado para

⁵ Véase la versión original del *Diario Oficial* (1917, p. 156).



adquirir la forma que conservó hasta antes de la reforma llevada a cabo en 2024, estableciendo que el nombramiento de los integrantes del máximo tribunal sería aprobado por el Senado de entre aquellos candidatos definidos por el presidente.

Este consenso histórico fue borrado y desconocido en 2024, sin convocatoria a un nuevo constituyente y sin búsqueda alguna de acuerdos, por una facción parlamentaria que en conjunto alcanzó poco más de la mitad de los votos del electorado para la cámara de diputados. En efecto, durante las elecciones concurrentes en México de 2024, el partido Movimiento de Regeneración Nacional (Morena) y sus aliados obtuvieron un porcentaje aproximado de del 54.1% en la votación. Pese a que la Constitución mexicana establece que ningún partido político puede obtener una sobrerrepresentación mayor al 8% en la Cámara de Diputados, una interpretación abusiva y poco autocontenida de la ley permitió al partido Morena y sus aliados alcanzar con esa votación una representación del 74.4% en la Cámara, lo que en la práctica significó un 20.3% de sobrerrepresentación. Con base en esa sobrerrepresentación y en el uso del poder político extorsivo en contra de al menos dos senadores sobre los que pesaban voluminosos expedientes judiciales (Flores, 2024), el oficialismo y sus aliados lograron cometer fraude contra la Constitución y el voto popular, para implementar una serie de reformas judiciales dirigidas a romper el amplio consenso que en el Constituyente de 1917 habíase ya se había expresado en contra del constitucionalismo populista y en contra de la elección de jueces, magistrados y ministros. Haciendo uso de una mayoría calificada de dos terceras partes que no correspondía a los votos obtenidos en las urnas, la coalición mayoritaria reformó así los artículos 94, 96 y 97 constitucionales, junto a la Ley Orgánica del Poder Judicial, La ley de Carrera Judicial y la Ley de Responsabilidades Administrativas. Esto le permitió implementar la elección por sufragio universal y directo de los nueve ministros que tendrá la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), los 464 cargos de magistrados de tribunales de circuito, 386 jueces de distrito, 5 magistrados

del Tribunal de Disciplina Judicial, y las magistraturas de la Sala Superior del Tribunal Electoral (TSEPJF). Cincuenta mil aspirantes se inscribieron para participar en ese proceso, de los cuales los Comités de evaluación de los poderes Judicial, Legislativo y Ejecutivo (bajo control del oficialismo) pudieron depurar la lista de candidatos garantizando perfiles idóneos y afines al gobierno. Una vez depuradas estas listas, una selección mediante el proceso de insaculación por tómbola terminó por definir el total de candidatos. Al final, cada ciudadano tendrá que enfrentarse el día de la elección a una lista de aproximadamente seis mil aspirantes a ocupar diversos cargos judiciales. Esto hace inviable esperar que en el día de la elección los ciudadanos vayan a poder saber qué están haciendo o por quién están votando, pues no habrá campañas y no existe modo alguno en que una persona normal esté en condiciones de acceder a la información básica que le aproxime, así sea del modo más superficial, a los perfiles o trayectorias de los más de 8 mil candidatos que contendrán para ocupar los puestos; por consiguiente, la gente que asista a votar lo hará completamente a ciegas, o bien, obedeciendo las consignas del grupo en el poder,

Lo más grave de todo es que para evitar que esta reforma fuese impugnada por el poder judicial el oficialismo decidió cercenar y reducir los derechos de los ciudadanos. La reforma de los artículos 1, 41, 103, 105 y 133 constitucionales no sólo recortó, sino que también lesionó de manera dramática los derechos ciudadanos de las y los mexicanos, ya que: (i) eliminó el principio *pro homine* que obligaba a favorecer la interpretación más expansiva en materia de derechos en favor siempre del individuo, (ii) estableció la improcedencia del juicio de amparo y/o el control de constitucionalidad respecto a reformas constitucionales (aun si estas resultan atentatorias de derechos humanos básicos consagrados en tratados internacionales) y (iii) eliminó el control de convencionalidad que permitía invalidar preceptos o cambios constitucionales violatorios de principios básicos del derecho internacional (Tabla 1).



Tabla 1. Comparación de la reforma judicial de México 2024

Artículo	Antes de la reforma	Modificación
1º	Establecía la obligación de todas las autoridades de respetar y garantizar los derechos humanos, así como la posibilidad de impugnar actos que los vulneren. Además, consagraba la supremacía de los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales.	Se introdujo una disposición que aclara que los derechos humanos reconocidos en la Constitución prevalecen sobre los tratados internacionales en caso de conflicto. También se eliminó la posibilidad de usar el principio <i>pro persona</i> (dar preferencia a la norma que más proteja) contra disposiciones constitucionales.
41	Señalaba que el poder se ejerce bajo el principio de soberanía popular a través de los poderes de la Unión y de los Estados.	Se incluyó que el Congreso, al reformar la Constitución, actúa como expresión directa de la soberanía del pueblo, y que tales reformas no pueden ser sometidas a control judicial.
103	Regulaba las competencias del juicio de amparo, permitiendo impugnar actos de cualquier autoridad que violaran derechos humanos.	Se especificó que no procede el juicio de amparo contra reformas constitucionales, dejando fuera cualquier análisis de su constitucionalidad o convencionalidad.
105	Permitía a la Suprema Corte de Justicia resolver acciones de inconstitucionalidad sobre leyes o tratados internacionales contrarios a la Constitución.	Se añadió que no procede la acción de inconstitucionalidad ni controversias constitucionales contra reformas o adiciones a la Constitución.
133	Consagraba la supremacía constitucional y reconocía los tratados internacionales como parte del marco jurídico nacional.	Se reafirmó la supremacía absoluta de la Constitución, dejando claro que ninguna disposición internacional puede ser utilizada para invalidar una reforma constitucional.

Fuente: Elaboración propia.

Estas medidas, junto a otras de corte claramente autoritario, lejos de empoderar a la ciudadanía, la someten. Es el caso de la introducción de un Consejo de Disciplina Judicial cuya estructura y mecanismos de nombramiento de sus integrantes se hallan bajo control pleno del oficialismo, y entre cuyas funciones está la de remover de sus cargos a jueces que emitan fallos contrarios a los intereses del Gobierno (o la de *pasar vista* al Ministerio Público para que este inicie proceso penal en contra de funcionarios judiciales que apliquen criterios independientes al oficialismo). De hecho, frente a cualquier reforma de carácter supuestamente democratizador, la pregunta que siempre deberíamos plantearnos es: ¿qué instrumentos nuevos de desafío, impugnación o interpelación a la autoridad, ofrece esta reforma a las personas? En el caso de la reforma judicial

en México la respuesta es clara: absolutamente ninguno; más bien se despoja al ciudadano de los pocos que antes tenía (con el añadido de que ahora si un juez comete cualquier tipo de atrocidad judicial nadie podrá impugnarlo, pues su actuar estará respaldado por los votos que respaldan al oficialismo). En específico, frente a una mayoría legislativa que, por ejemplo, acordase una reforma constitucional dirigida a negar el derecho de sufragio a la población, o bien implementara un régimen de partido único de Estado, no existe ya recurso judicial alguno a disposición del ciudadano (como antaño lo era el juicio de amparo o el control de convencionalidad) que le permita acudir al poder judicial en búsqueda de protección a sus derechos (los cuales, por cierto, han quedado reducidos a aquellos que menciona la Constitución, en lugar de a aquellos que, además de ser nombrados por la Constitución, están reconocidos o respaldados por el derecho y los tratados internacionales).

Por si todo esto fuera poco, es insoslayable mencionar que el Estado mexicano es un narcoestado en el que el crimen organizado ejerce control y autoridad en todos los poderes y niveles de gobierno. Basta recordar que las últimas elecciones celebradas en el país, en el año de 2024, han sido las más violentas en la historia moderna de la nación. Más de 67 actores políticos fueron asesinados en 18 entidades del país (La Prensa, 2004), hubo más de 130 actos violentos contra candidatos y cuando menos 37 de estos candidatos fueron asesinados (Díaz, 2024). En este contexto de terror y *narcoelecciones*, resulta inconcebible que la reforma judicial que en México introduce la elección por sufragio directo de jueces, magistrados y ministros no contemple un solo mecanismo o instrumento de control o monitoreo que asegure que el dinero del crimen organizado no llegue a las candidaturas. Absolutamente nada impedirá, por tanto, que el crimen organizado promueva sus propias listas de candidatos a ocupar puestos judiciales. Así lo ha alertado en diversas ocasiones Margaret Satterth Waite, relatora especial de la ONU sobre la independencia de jueces y abogados (Díaz, 2024).

Esto encendió una alarma unánime entre todos los expertos y especialistas del mundo. En octubre de 2024, un grupo de más



de 50 juristas y especialistas del ámbito nacional e internacional presentaron un *amicus curiae* a la SCJN de México (contexto de controversia constitucional 286/2024, acción de inconstitucionalidad 164/2024 y consultas a trámite 4, 5 y 6, todas de 2024). En él enfatizan la existencia de una muy abundante práctica constitucional comparada por la cual los tribunales tienden a examinar cada vez más la validez de las reformas constitucionales. Tal y como ya anticipábamos en el tercer apartado de este texto al retomar los argumentos de Ely a favor del control constitucional, dicha práctica internacional comparada admite que la revisión puede obedecer tanto a motivos de forma (o procesales) como a motivos de fondo (o sustantivos), lo cual es así tanto en países con regímenes constitucionales rígidos como flexibles.

La idea básica en estos desarrollos, nos dicen los especialistas, consiste en distinguir los ejercicios regulares de reforma constitucional de los ejercicios abusivos o espurios. Los ejercicios regulares de reforma son aquellos llevados a cabo por un poder constituido (en el caso de México ese poder lo constituyen las dos terceras partes de ambas cámaras y 51% de los congresos locales), el cual está explícita y constitucionalmente habilitado para cambiar la Constitución siempre y cuando siga las reglas de competencia y procedimiento establecidos en la propia norma suprema. De manera significativa, la práctica constitucional comparada establece, empero, que este poder de reforma goza de competencia para reformar la constitución, pero no para reemplazarla por otra distinta (lo cual sólo puede hacer una asamblea *constituyente* y no órganos *constituidos* como los poderes legislativos y/o ejecutivos). Específicamente, cuando ciertos cambios de contenido alteran elementos básicos o fundamentales de la arquitectura constitucional preexistente (sería, por ejemplo, el caso de una reforma que transformara el tipo de régimen republicano en una monarquía, o que trastocara la dimensión orgánica que establece cuál ha de ser la naturaleza de los poderes y la forma en que éstos habrán de conformarse), el control judicial de regularidad procedimental y sustantivo se vuelve especialmente preceptivo, pues en tal caso

no se está modificando la ingeniería constitucional, sino que espuriamente se le está sustituyendo por otra distinta

Esto es de extrema relevancia, pues supongamos que un órgano reformador constituido introdujera una reforma constitucional que transformara una república democrática en una dictadura unipersonal. En tal caso, el control judicial debe traducirse en la aplicación de una presunción de inconstitucionalidad que haga especialmente estrictas las exigencias en la deliberación y la justificación por parte de aquellos que quieren llevar a cabo semejante cambio; por ejemplo, forzando el diálogo entre las distintas ramas de poder, incorporando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para consultar la convencionalidad de los cambios pretendidos y, en última instancia, consultando en referéndum a la ciudadanía.

Existen buenas razones para afirmar que los cambios introducidos por la facción mayoritaria en México son de tal alcance y calado que, de hecho, modifican la naturaleza orgánica misma que define la organización de los poderes y la relación de estos con la ciudadanía, de manera que lo que falsamente se ha presentado como una reforma, en realidad debería ser considerado como la sustitución espuria de una constitución por otra, algo que un órgano constituido no está autorizado a hacer. Esto sería un claro ejemplo de lo que anteriormente catalogué como uno de los mayores riesgos para la democracia: la falta de contención de las mayorías cuando éstas hacen un uso abusivo de su autoridad o poder.

La doctrina constitucional sobre regularidad procedimental y sustantiva de Colombia resulta especialmente ilustrativa para clarificar lo que aquí estoy sosteniendo⁶. La Corte Constitucional de ese país ha desarrollado una modalidad de control de regularidad basado en el llamado *test de sustitución*. La base de este test se haya formulado en el artículo 374 de la Constitución de la República de Colombia de 1991 que, a la letra, dice: “la constitución podrá ser reformada”, otorgando, por consiguiente, al Congreso la competencia para *reformular* la Constitución vigente, más no para *sustituirla* o *reemplazarla*. Los artículos 375 a 378 contemplan las distintas vías de reforma y los requisitos que han de cumplirse en cada una de ellas,

⁶ Véase Richard, Zaiden y Bernal (2019).



mientras que el artículo 241 confía a la Corte Constitucional competencia para decidir sobre las demandas de constitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra actos reformativos de la norma suprema. En este sentido, la Corte Constitucional colombiana ha precisado que una reforma da lugar a una sustitución indebida cuando el cambio constitucional es de “tal magnitud y trascendencia material que transforma la Constitución modificada en una Constitución completamente distinta” donde lo que está ya en juego “no es la contradicción entre una norma y otra, sino la transformación de una forma de organización política en otra opuesta” (Corte Constitucional de Colombia, C-97072024. FJ 3.2.2). Como ya señalé antes, esto suele implicar un trastocamiento de la estructura política: por ejemplo, si se cambia el Estado de derecho por una dictadura se elimina la independencia judicial; o se somete un poder al control de los otros se reducen y conculcan derechos; lo mismo cuando se anulan mecanismos de protección jurídica fundamentales.

El *test de sustitución* obliga, por tanto, a definir cuáles son los elementos centrales que dotan de identidad a la estructura constitucional (por ejemplo, la definición del régimen político, las protecciones a las garantías y derechos, el modo de integrar y organizar los poderes públicos), atendiendo al hecho —fundamental, desde mi punto de vista— de que estos elementos no pueden identificarse de cualquier manera ni de forma discrecional, sino siempre atendiendo a cargas deliberativas y argumentativas que, además, analicen el acto reformativo para determinar su alcance jurídico y las implicaciones sociales del mismo (como, por ejemplo, determinar el alcance social implicado en eliminar de tajo el servicio civil de carrera para jueces, magistrados y ministros). Todo orientado, finalmente, a determinar si la reforma introducida por una mayoría democrática excede o no las competencias de reforma adscrita a los poderes constituidos.

Nada de lo anterior supone una tarea fácil y el diseño de los distintos ponderadores que han de emplearse en esta labor ha dado lugar a abundante literatura técnica. Lo indudable es que en estos casos el control judicial no puede ser descalificado

como *contramayoritario* o *antidemocrático*, pues más bien supone un *reforzamiento* democrático que, en realidad, sugiere un actuar moderado de la Corte frente a decisiones políticas sustantivas mayoritarias, tanto como una postura muy activa y restrictiva frente a decisiones que amenazan con socavar las condiciones que posibilitan y favorecen la continuidad de la democracia constitucional. De todo esto se desprende, como conclusión, que tal y como lo dejó establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2021: “[el] mayor peligro actual para las democracias de la región no es un rompimiento abrupto del orden constitucional, sino una erosión paulatina de las salvaguardas democráticas que puedan conducir a un régimen autoritario, incluso si este es electo mediante comicios populares” (2021, párr. 145).

Referencias bibliográficas

- Ackerman, B. (1991). *We the people: Foundations*. Harvard University Press.
- . (1988). Neo-federalism? En J. Elster y R. Slagstad (Comps.), *Constitutionalism and democracy* (pp. 153-194). Cambridge University Press.
- Carbonell, M. (2006). Marbury vs Madison: Regreso a la leyenda. *Revista Mexicana de Derecho Procesal*, (5), 289-300.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021, 7 de junio). *Opinión consultiva OC-28/2921*.
- Curcó, F. (2010). Derechos, constitucionalismo y democracia. En P. Dieterlen (Comp.), *Los derechos económicos y sociales* (pp. 61-91). Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM.
- Díaz, L. (2024, 31 de mayo). *Mexican candidate assassinations hit grim record ahead of Sunday's election*. Reuters. <https://www.reuters.com/world/americas/mexican-candidate-assassinations-hit-grim-record-ahead-sundays-election-2024-06-01/>
- Diario de los debates del Congreso Constituyente (1916-1917)* (Tomo III). (1917). Imprenta del Gobierno Federal. <https://www.inehrm.gob.mx/recursos/Libros/Diariodelosdebatestomo3.pdf>
- Diario Oficial. Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana* (Tomo V). (1917, 5 de febrero). 4a época, 30, 149-161. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf
- Ely, J. H. (1980). *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. Harvard University Press.
- Flores, M. (2024, 11 de septiembre). *Por qué Morena tuvo acciones similares a las de un cártel para aprobar la reforma judicial, según Loret de Mola*. Infobae. <https://www.infobae.com/mexico/2024/09/11/por-que-morena-tuvo-acciones-similares-a-las-de-un-cartel-para-aprobar-la-reforma-judicial-segun-loret-de-mola/>



- Gargarella, R. (2008). El nacimiento del constitucionalismo popular. En *Teoría y crítica del derecho constitucional* (Tomo 1). Abeledo-Perrot.
- Garzón Valdés, E. (1993). Representación y democracia. En E. Garzón, *Derecho, ética y política* (pp. 631-650). Centro de Estudios Constitucionales
- Hamilton, A., Madison, J., y Jay, J. (1996 [1788]). *El Federalista* (G. R. Velasco, Trad.). Fondo de Cultura Económica.
- Kramer, L. (2004). *The people themselves: Popular constitutionalism and judicial review*. Oxford University Press.
- La Prensa. (2024, 11 de julio). *Proceso electoral 2024: ¿Cuántos candidatos políticos fueron asesinados en México?* OEM. <https://oem.com.mx/la-prensa/metropoli/proceso-electoral-2024-cuantos-candidatos-politicos-fueron-asesinados-en-mexico-13077432>
- Levinson, S. (1988). *Constitutional faith*. Princeton University Press.
- Levitsky, S., y Ziblatt, D. (2018). *How democracies die*. Crown Publishing Group.
- Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).
- Przeworski, A. (2010). *Democracy and the limits of self-government*. Cambridge University Press.
- Richard, A., Zaiden, J., y Bernal Pulido, C. (Eds.). (2019). *Constitutional change and transformation in Latin America*. Hart.
- Tushnet, M. (1999). *Taking the constitution away from the courts*. Princeton University Press.
- Waldron, J. (2006). The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, 115(6), 1346-1406. <https://doi.org/10.2307/20455656>
- _____. (1999). *Law and disagreement*. Oxford University Press.
- _____. (1998). Judicial review and the conditions of democracy. *Journal of Political Philosophy*, 6(4), 335-355.
- Wollheim, R. (1969). A paradox in theory of democracy. En P. Laslett y W. G. Runciman (Comps.), *Philosophy, politics and society* (pp. 71-87). Basil Blackwell.



Para citar este ensayo:

Curcó Cobos, F. (2025). Constitucionalismo contramayoritario y constitucionalismo populista: Un debate en torno a la democracia liberal. *Electorema*, 1(2), pp. 119-151. <https://doi.org/10.70341/ieeg.electorema02.2025e5>

Declaración de no conflicto de interés

Quien presenta el trabajo, Felipe Curcó Cobos, hace constar que no tiene ningún conflicto de intereses en la participación e involucramiento de intereses privados en la investigación y en el proceso editorial de la revista.