

El papel de la Constitución en la defensa de la democracia frente al populismo

Esther Seijas Villadangos

Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de León. meseiv@unileon.es

Recibido
7 febrero 2021

Aceptado
15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Globalización;
Populismo;
Constitucionalismo;
Jurisprudencia de las consecuencias;
Revisión judicial débil.

KEYWORDS

Globalization;
Populism;
Constitutionalism;
Jurisprudence of Consequences; Weak Judicial Review.

Resumen

La defensa de la Constitución en el siglo XXI es sinónimo a la protección del Estado democrático de Derecho. Las coordenadas espacio temporales en las que se concibió la Constitución, como referente organizativo en abstracto de la mano de la Revolución francesa y como elemento clave para la democratización española, han cambiado de forma súbita en los últimos años, y particularmente en la última legislatura. En la reflexión que aquí se realiza se partirá de analizar tres categorías de conceptos: globalización, populismo y constitucionalismo, para asentar los pilares, de un análisis prospectivo, anclado en las referencias fácticas a supuestos que podemos catalogar de populistas. En el último estadio de este ensayo articularemos las estrategias a las que puede acudir el Derecho Constitucional para contrarrestar y para anticiparse a las desviaciones populistas. El papel de los Tribunales Constitucionales y su reacción frente a las corrientes que propugnan un weak judicial review será la clave.

The role of the Constitution in the defense of democracy against populism

Abstract

The defense of the Constitution in the 21st century is synonymous with the protection of the democratic rule of law. The space-temporal coordinates in which the Constitution was conceived, as an abstract organizational reference point in the hand of the French Revolution and as a key element for Spanish democratization, have changed suddenly in recent years, and particularly in the last Legislature. In the reflection carried out here, we will start by analyzing three categories of concepts: globalization, populism and constitutionalism, in order to lay the foundations of a prospective analysis, anchored in factual references to assumptions that we can classify as populist. In the last stage of this essay we will articulate the strategies to which Constitutional Law can resort to counteract and anticipate populist deviations. The role of the Constitutional Courts and their reaction to the currents that advocate a *weak judicial review* will be the key.

Introducción – I. Retrospectiva: globalización, populismo y constitucionalismo: I.1. Globalización: I.1.1. El *iter* de la globalización; I.1.2. Características de la globalización; I.1.3. Efectos y dimensiones de la globalización; I.1.4. Los límites de la globalización; I.2. Populismo: I.2.1. El contexto en el que surgen los populismos; I.2.2. Taxonomía del populismo: principales elementos de las prácticas populistas; I.2.3. Tipologías dicotómicas de los populismos; I.2.4. Estrategias del populismo; I.2.5. Legitimación desde la dogmática constitucional de los populismos; I.3. Constitucionalismo – II. Perspectiva actual – III. Prospectiva: anticipación a las derivas populistas desde la defensa de la Constitución – Bibliografía

“La democracia no puede ser solamente definida como un régimen fundado sobre el libre consentimiento de los ciudadanos; sino que debe ser simultáneamente entendida en términos tales que hagan imposible su apropiación por aquellos que tengan la pretensión de encarnar la comunidad total de ciudadanos”

Pierre Rosavallon

Le siècle du populisme. Histoire, théorie, critique, Seuil, Paris, 2020, p. 209.

INTRODUCCIÓN¹

Las cuatro lecturas y relecturas que acompañaron el final de un año desdichado y el comienzo de otro, 2021, que no promete grandes alegrías, aunque sí una esperanza comedida especialmente desde el prisma del populismo desde el que se escriben estas líneas, son el punto de arranque para la reflexión que se va a verter en este ensayo y de la que el lector puede participar, extrayendo sus propias consecuencias. Estos trabajos son: Ann Appelbuhn, *The twilight of Democracy*, New York, Doubleday, 2020; John Keane, *Life and Death of Democracy*, London, Simon & Schuster, 2009; Pierre Rosavallon, *El siglo del populismo. Historia, Teoría, Crítica*. Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2020 y Enrique Krauze, *El pueblo soy yo*. Barcelona, Debate, 2020. Sobre todos ellos se proyecta el libro de cabecera, *La defensa de la Constitución*, de Carl Schmitt, prologada magistralmente en España por Pedro de Vega².

La ordenación de esta reflexión va seguir un esquema diacrónico, expresado a modo de tríptico, protagonizado por tres grandes capítulos: retrospectiva, perspectiva actual y prospectiva. Desde cada uno de ellos buscaremos ahondar en ese inquieto maridaje entre populismo y constitucionalismo que nos ocupa y preocupa. En el primero de ellos, Análisis retrospectivo, trataremos de apuntalar conceptualmente los referentes necesarios para su comprensión, a modo de básico glosario. Así, hablaremos de constitucionalismo, globalización y populismo, todo ello desde una metodología deductiva en la priorizaremos postulados teóricos y que ordenaremos de modo que el resultado sea una presentación racional y académica de estas categorías. Cambiaremos la metodología, optando por un plano inductivo, en el segundo de los capítulos, Perspectiva actual de los populismos, para repasar alguno de los perfiles populistas más

¹ Trabajo enmarcado en el Proyecto del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades Programa: Derecho (JURI) Código oficial: PID2019-104414GB-C32. “Instrumentos contramayoritarios en el estado constitucional”.

² SCHMITT, C., *La Defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983. Publicada originalmente en 1929, con el título el castellano *El Tribunal del Reich como Guardián de la Constitución*.

relevantes que nos ofrece la realidad política de nuestros días. Finalmente, como capítulo final, Prospectiva del populismo y del constitucionalismo, buscaremos acotar en el campo del Derecho Constitucional cuáles son las principales derivas populistas que nos podemos encontrar. Particularmente, en el ámbito de los nuevos derechos que afloran y de cómo se plantean; en lo concerniente a la interpretación de las Constituciones y en un plano más amplio la concepción con tintes populistas de una nueva justicia constitucional, que vertebraremos sobre los conceptos de justicia constitucional dialogada o débil.

Tributarios del pesimismo constructivo vital que nos es propio, acabaremos este ensayo apelando a unas propuestas de solución con las que comprometeremos el quehacer constitucional, a los efectos de no olvidar su esencia, sus logros y también su versatilidad y dinamismo, siempre encauzado por unos procedimientos garantistas que son la clave de la conjunción entre democracia y Estado de Derecho.

I. RETROSPECTIVA: GLOBALIZACIÓN, POPULISMO Y CONSTITUCIONALISMO

Se procederá a iniciar el trabajo con una dosis de abstracción que valoraremos útil para comprender la casuística, siempre inabarcable, de experimentos populistas que jalonan la vida política actual. Para ello, los elegidos son globalización, populismo, y constitucionalismo, porque de su conjunción podremos extraer una comprensión más fiable de cómo interactúan estas fuerzas que plantean el pulso más arriesgado del constitucionalismo desde su consolidación.

I.1. Globalización

El presupuesto de partida es admitir, sin necesidad de solemnizar, algo que es obvio: estamos en un mundo global, y el hecho de que hasta el momento las manifestaciones más punteras de ese fenómeno se focalicen en los movimientos de capitales, el comercio internacional, la tecnología, liderada por internet, a lo que cabría agregar las pandemias, es solo una concepción limitada del alcance e implicaciones del fenómeno de la globalización. Otro dato de interés, que hemos de rechazar tajantemente, es la simplista asociación de la era de la globalización con un abanico de crisis, no en su propio sentido etimológico vinculado a la idea de cambio, sino en su acepción más coloquial de decadencia. Se habla así de que la globalización arrastra la crisis de los partidos políticos, en cuanto en el mundo actual los ciudadanos forman su opinión política a través de los medios de comunicación y redes sociales (*global mass-media*)³, relegándose la misión de los partidos políticos a un mero instrumento para hacer carrera política. Igualmente, no podemos ignorar todas aquellas voces que abogan por una incurable crisis del Estado y, sobre todo, por una crisis de la soberanía⁴.

³ *Sic.* Minc afirma que “hoy la dinámica más natural es que la herencia de la democracia representativa tienda a perpetuarse en la democracia de la opinión pública. En un universo cada vez más corporativista, lo único que hacen los partidos políticos, al intentar conservar el monopolio de la elección de los “candidatos”, es comportarse como un *lobby* más entre otros. Se agarran a este poder que genera, de rebote, ventajas adquiridas”. MINC, A., La borrachera democrática. El nuevo poder de la opinión pública, Madrid, Temas de Hoy, 1995, pp. 27-28).

⁴ *Vid.* B. BADIE, *Un monde sans souveraineté. Les États entre ruse et responsabilité*. Paris, Fayald, 1999. Este interesante trabajo, inicialmente descriptivo, comienza con un repaso del incierto concepto de soberanía, procediendo posteriormente a identificar los epifenómenos de su presunto declinar: la

Uno de los rasgos más singulares de este contexto es la cohabitación entre una tendencia centripeta homogeneizadora, de la mano de la mundialización y de la globalización, y una tendencia centrífuga, diversificadora, asociada a la idea de potenciación de los elementos diferenciales o asimétricos. La relación entre ambas podría desplegarse en torno a dos posturas.

Para una, defensora máxima de la faceta homogeneizadora y uniformizadora del proceso de la globalización, hablar de asimetrías en este contexto no es más que un contrasentido, en cuanto se trataría de una pequeña barca que nadaría contracorriente en un inmenso mar en el que sólo navegan grandes buques, y que por tanto su futuro sería efímero, abocado al hundimiento como consecuencia de la potencia del arrastre de las grandes naves globalizadoras, sin que nada ni nadie se percatase de ello. Para otra postura, que persigue agotar las consecuencias a que un modelo de configuración localista puede aspirar, el nuevo marco global es el contexto ideal en el que cabría retomar el impulso de sus reclamos, una vez que se ha obviado el escollo de su más inmediato elemento de contención, que es el Estado. De esta forma, la nueva sociedad global, tecnológicamente avanzada, abierta económicamente, puede convertirse en la incubadora de reacciones nacionalistas o asimétricas que quebrarían el escenario uniforme al que parece verse abocado el sistema global. Entre ambas tensiones el populismo ha encontrado un acomodo perfecto, fagocitándose con ambas corrientes. Hay populismos globales o de vocación global, populismos antiglobales y populismos nacionalistas, como veremos.

Un tratamiento ordenado de todas las cuestiones apuntadas podría partir de la propuesta de construir un puzzle, cuyas únicas tres piezas sean los conceptos hasta el momento utilizados: mundialización, globalización y localismos asimétricos. Respecto a todos ellos es necesario “desfacer el entuerto” de lo que en el mensaje que respectivamente respalda a cada uno hay de realidad, pero también de velo ideológico, parafraseando a Rawls.

La perspectiva metodológica más adecuada para afrontar esta tarea deconstructiva es la de tratar de delinear el *iter* diacrónico que ha marcado la gestación de estos fenómenos, mundialización, globalización y localismos asimétricos.

En el punto de partida se ha de situar el elemento de *mundialización*. La *mundialización*, en una acepción estricta de su significado, se ceñiría a las corrientes de interdependencia transnacional que, incluso remontando sus orígenes a finales del siglo XV, presentan en las

mundialización de lo local (pp. 168-174), la fiebre regional (pp. 175-192) y los nuevos avatares de la escena mundial (pp. 193-217). Complementando esta percepción descriptiva, el autor pasa a abordar lo apuntado en el subtítulo de su obra, *Los Estados entre la astucia y la responsabilidad*, señalando que si antiguamente el principio de soberanía dotaba a la escena internacional de la ilusión del orden y de la coherencia (p. 28), en la actualidad los Estados han de estar en una transacción permanente con los nuevos actores de la realidad internacional (p. 288). Para ello, su recomendación se condensa en la propuesta de afrontar una reconstrucción del contrato social, a partir de nuevas comunidades políticas que cesen en su reclamo de ostentar en exclusividad la facultad de conceder el *status* de ciudadanos y que acepten la nueva volatilidad identitaria que se inscribe banalmente en el proceso de mundialización. Para ello “han de cooperar y entrar en coalición con actores internacionales que no sean Estados; consentir unas actuaciones en espacios variables que no son fijados por una unidad territorial soberana; asumir los flujos transnacionales, cada vez más y más importantes, no sólo materialmente, sino también humanitariamente y adherirse a un espacio mundial que se encuentra estructurado según diferentes modalidades que obedecen a múltiples factores temporales” (pp. 298-299).

postrimerías del siglo XX sus manifestaciones más tangibles. Dichas exteriorizaciones del fenómeno de la mundialización se pueden constatar en diferentes ámbitos de la actividad humana, siendo los más punteros los referidos a la economía, la tecnología, la cultura o la sociedad. En tal sentido, la mundialización se comprende como un *prius*, eminentemente fáctico, con respecto al cual las reacciones posibles son de carácter antagónico, una la globalización, otra el localismo asimétrico.

Respecto a la primera de estas potenciales reacciones, la de cariz globalizador, su existencia, tributaria del marco ideológico neoliberal en el que se ha gestado, se presenta como el cumplimiento de una serie de proposiciones a las que instintivamente se conecta la modernidad, de conformidad con los ejes o pilares definidos en el período de la Ilustración europea como epifenómenos de dicho proceso. Así, en el terreno social se predicaría la posibilidad de una libre movilidad social basada exclusivamente en los méritos individuales; en el ámbito de las convicciones y de las creencias, la secularización se expandirá como fruto del predominio de la “lógica de la razón” en todos los ámbitos de la existencia humana; en la faceta cultural se procederá a una incorporación homogénea de todos los pueblos del mundo a un modelo de civilización superior, que vendría a coincidir con los paradigmas de la cultura occidental y, finalmente, la posibilidad de un crecimiento económico indefinido será la indefectible consecuencia a la que nos veamos abocados desde los avances científicos y técnicos que supuestamente llevan implícitos el progreso y el desarrollo (ALCINA, 1999).

Una definición de lo que cabría entender por *globalización* apunta al “avance hacia la instauración en el planeta de un único sistema en lo económico, lo político, lo cultural y lo comunicacional”⁵. La globalización se presentaría, así como la culminación del proceso de mundialización, identificado con una profundización de los nexos de interdependencia entre Estados. Los populismos se han acomodado a esa propagación global con gran maestría.

Finalmente, en lo que concierne a las reacciones de localismo asimétrico hemos de recuperar, básicamente, lo siguiente. La asimetría para el Derecho Constitucional supone una modalidad de estructuración estatal que presentan determinados Estados en los que los entes territoriales dotados de autonomía política que lo componen disfrutan de un trato constitucional diferenciado, legitimado en el reconocimiento positivo de disponer de singularidades de diversa índole (lingüísticas, culturales, jurídicas o financieras) con relación a los restantes componentes del Estado. En otros términos, se trataría de la interpretación de las consecuencias que derivan del reconocimiento constitucional de ciertas particularidades específicas o propias de determinados territorios. Una desviación de estas asimetrías, aliñadas con fuertes dosis de populismo, es la reivindicación de una autodeterminación.

1.1.1. El íter de la globalización

Los planteamientos globalizadores no son *stricto sensu* tan novedosos como a primera vista podría parecer. En 1795, Immanuel Kant escribe el opúsculo *La Paz Perpetua*, cuya línea argumental se integra en la serie de proyectos sobre la construcción de una organización internacional de alcance mundial que se han sucedido desde la baja Edad Media hasta nuestros

⁵ MORENO, I., “Mundialización, globalización y nacionalismos: la quiebra del modelo de Estado-Nación”, en CORCUERA ATIENZA, J. (Dir.), *Los nacionalismos: globalización y crisis del Estado-Nación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 17.

días. Así, con anterioridad a Kant, cabría destacar otras propuestas pseudoglobalizadores como las de Sully y Emeric Crucé, Will Penn, el Abate de Saint-Pierre o Bentham.

Respecto a todos ellos, el concepto kantiano de globalización es consciente y asume el presupuesto utópico sobre el que se construye, renunciando consecuentemente al mismo en favor de una opción más realista consistente en una “*federación* de Estados libres”. La permanencia de los cuerpos estatales en esa “República Mundial” que postula nos induce a pensar que realmente tal construcción está más próxima a nuestro concepto de confederación, que al de federación propiamente dicho.

Suscita un especial interés la conexión que a los ojos de Kant se traba entre mundialización y diferencialidad, razonamiento que se recupera en nuestro discurso como eslabón argumental a los efectos de introducir la otra reacción posible y probable a la mundialización, la consistente en ponderar el localismo, la heterogeneidad frente a la homogeneidad, la del populismo local asimétrico frente a la simetría globalizadora. Para el eminente profesor de la Universidad de Königsberg, dos tipos enfrentados de razones legitimadoras auspician respectivamente cada una de dichas tendencias, la globalizadora y la diferenciadora. Mientras la globalización se apoya en la razón de Estado, la localización diferenciadora esgrime argumentos enraizados en la propia “naturaleza”.

La referencia a una reciente irrupción de la globalización se aproxima más en el tiempo y se ubica a finales de los años 80 y comienzos de los 90 del siglo XX. Tres son los fenómenos con los que se asociaría la moderna acepción de globalización: la irrupción de un ciclo político económico en los países capitalistas marcado por una fuerte ampliación de la esfera económica privada tanto a nivel interior como a nivel internacional; el fin de los sistemas socialistas en la Europa oriental, particularmente de la Unión Soviética y, finalmente, el rápido crecimiento y difusión de las nuevas tecnologías informáticas aplicadas a las telecomunicaciones, a las actividades económicas y a la vida cotidiana de la mano de las redes sociales, de modo que se reduzca ostensiblemente el tiempo, los costes y otros obstáculos en las comunicaciones a grandes distancias.

I.1.2. Características de la globalización

Un intento de desgranar el conjunto de los atributos que se han prodigado sobre el fenómeno de la globalización y que contribuirá, previsiblemente, a aprehender mejor ese concepto nos lleva a recuperar los siguientes calificativos que resultan de evidenciar algunas tensiones inherentes al proceso globalizador:

- En primer lugar, estamos ante un fenómeno *transversal* que se manifiesta en múltiples y diversos ámbitos: económicos, sociológicos, políticos, jurídicos, informativos, sanitarios... Esa dimensión transversal de la globalización se va a evidenciar con meridiana claridad en una proyección multifacética en diferentes dimensiones como trataremos de describir en el siguiente epígrafe. Sin embargo, pese a esa dimensión poliédrica de la globalización, un potente contenido económico va a monopolizar la mayoría de los discursos globalizadores.
- En segundo lugar, estamos ante un fenómeno *irreversible e imparable*. Si podemos periodificar su evolución, a partir de unos orígenes más o menos definidos e inmediatos, finales del siglo XX, se nos antoja imposible el intento de prever el final de la globalización.

Igualmente, no se concibe un retroceso o una renuncia a los avances, especialmente, en el ámbito tecnológico que ha conllevado la globalización. La tensión ahí se evidencia entre el *status quo* y el impulso globalizador. La incorporación a alguna de las manifestaciones de la globalización se manifiesta como un pasaporte imprescindible para adentrarse en los nuevos tiempos. El ritmo vertiginoso de esos cambios incluye el riesgo de la inadaptación y la exclusión.

- En tercer lugar, es un fenómeno *heterogéneo*. Básicamente esa heterogeneidad la podemos asimilar a desigualdad o a desequilibrio con el que los efectos de la globalización se han extendido. Podríamos hablar de los grados de la globalización, disociando zonas del planeta donde esa globalización se ha sentido con más intensidad de otras donde sus efectos han pasado prácticamente desapercibidos. En ese sentido la globalización ha contribuido a ahondar las desigualdades entre seres humanos, en contra de lo que formalmente puede hacernos creer que la globalización armoniza y homogeniza.

I.1.3. Efectos y dimensiones de la globalización

Los presupuestos reales del fenómeno de la globalización pueden desglosarse, a efectos expositivos, en tres grandes dimensiones: la económica, la cultural y la política. Económicamente, la globalización se reifica en los procesos de transnacionalización y fusión del capital, en el redimensionamiento del mercado de las nuevas tecnologías, de la mayor parte de las materias primas y de las mercancías manufacturadas. Una de las manifestaciones más comunes de ese proceso económico global es la deslocalización de los procesos productivos, cuyo principal resultado se traduce en la imposibilidad de la construcción y del mantenimiento de economías productivas sobre estructuras exclusivamente estatales.

La dimensión cultural apunta hacia el papel protagonista de los medios de comunicación, las nuevas tecnologías, los programas informáticos, las inclinaciones estilísticas, culinarias o musicales. Estos diferentes motores impulsan la consolidación en todos los ámbitos de la “aldea global” (MACLUHAN, 1990) de la que hablara refiriéndose al ámbito de los medios de comunicación, y que estaría protagonizada por una inevitable homogeneización social. El ritmo vertiginoso de los nuevos cauces de comunicación, especialmente las redes sociales, consigue movilizaciones impredecibles. Finalmente, la esfera política evidencia el crecimiento de instituciones y organismos supraestatales que, a nivel mundial o en amplias áreas económico-políticas, ejecutan actividades pertenecientes hasta hace muy poco a la exclusiva esfera soberana de los Estados. Igualmente, la generalización de la democracia, al margen de sus puntuales implementaciones, refuerza esa dimensión política de la realidad que incorpora la globalización.

Sobre este substrato fáctico, real, de la globalización se proyecta su faceta ideológica. Esta circunstancia nos hace plantearnos si en realidad nos encontramos ante un proceso de globalización, inicialmente conectado a todas y cada una de las dimensiones citadas, o si por el contrario la globalización no es más que una máscara ideológica, otro opio del pueblo al decir de Marx, que responde exclusivamente a los intereses del pensamiento neoliberal en el que se ha incubado (TOURAINÉ, 1996).

La mundialización y las dimensiones fácticas de la globalización son reales, existen objetivamente y se traducen en un incremento verdadero de la interdependencia. Empero, tal

interdependencia no se basa en la reciprocidad, el equilibrio y la igualdad con que el modelo se asocia utópicamente, sino que, por el contrario, es fuertemente desigualitaria y desequilibrada.

Entre las falacias⁶ que engrosan el discurso globalizador es destacable la ruptura que este supone con respecto a las categorías espacio-temporales hasta ahora manejadas, circunstancia que tiene una fuerte influencia en el Derecho, especialmente en el Derecho Constitucional. La sustitución de la idea tradicional de espacio utilizada en el orden jurídico por una nueva dimensión difusa y etérea que se extiende a la totalidad del orbe terrestre arrastra consigo la subsiguiente desaparición de la principal estructura política con base territorial existente, la organización estatal. El declinar de uno de sus elementos, el territorio, proyecta sus efectos sobre la esencia y la naturaleza estatal, así como sobre su principal atributo, la soberanía. Idéntico porvenir es el que cabe deparar a otro de los pilares claves del sistema jurídico-político vigente, el elemento tiempo y la concepción histórica que lo desarrolla. La volatilización en el plano político de la historia presenta como detonante la ponderación de la momentaneidad. El concepto de “tiempo mundial” o “tiempo global”, auspiciados por la celeridad con que los distintos acontecimientos tienen lugar y por la inmediatez con que se procede a su difusión, se erige como su principal sustituto.

1.1.4. Los límites de la globalización

El carácter multidimensional de la globalización dificulta la tarea de habilitar unos límites a su expansión. Sin embargo, no debemos renunciar a dicho reto.

Los límites a la globalización son difíciles de establecer, con la salvedad de aquellos que vienen impuestos por la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad... como fundamento del orden político y de la paz social, recurriendo a la literalidad del artículo 10.1 de la Constitución española. El complejo fenómeno de la globalización implica un desfase entre el proceso de representación política, que continúa siendo de cariz tradicional-estatal y el espacio de decisión política, que trasciende al mismo, ubicándose en un marco que ficticiamente podríamos designar como estado red. La traducción de ese desequilibrio a nivel individual, en nuestro status de ciudadanos, se concreta en nuestra obligada conversión en ciudadanos del mundo, a la que por exigencias del mercado nos vemos sometidos, lo que lleva aparejado renunciar a alguno de los atributos que comporta la pertenencia a la nación estatal, donde lo primero que nos singulariza es ser portador de derechos, que podemos hacer valer ante las instituciones estatales. El problema radica en la dificultad de identificar esos auténticos poderes en un mundo globalizado (De Vega, 1998:17).

⁶ Una condensación telegráfica de dichas “falacias del globalismo” es expuesta por el sociólogo alemán Ulrich Beck, pudiendo resumirse en la siguiente reflexión: “El globalismo reduce la nueva complejidad de la globalidad y de la globalización a un aspecto –el económico–, el cual además sólo se concibe *linealmente*, como una ampliación constante de los condicionamientos impuestos por el mercado mundial. Todos los demás aspectos –globalización ecológica, globalización cultural, política policéntrica, surgimiento de espacios e identidades transnacionales– sólo se consideran de modo subordinado a la globalización económica. De este modo la sociedad mundial se reduce y falsea en términos de sociedad mundial *de mercado*” (BECK, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 164).

Otro importante límite al proceso globalizador viene determinado por uno de sus principales efectos, la pérdida de poder de los Estados. La globalización necesita de la supervivencia de los Estados para que actúen como válvula de transmisión de las pautas globales, si bien conlleva que esos Estados subsistentes sean cada vez más débiles. En este límite hallamos otra de las paradojas más determinantes del proceso globalizador y el mejor caldo de cultivo para la proliferación de los populismos.

I.2. Populismo

Un invitado, no esperado, empieza a tomar un protagonismo inquietante en el diseño y concepción de los Estados constitucionales: el populismo. Al populismo nos acercaremos con una advertencia, es un concepto trampa, por lo que buscaremos huir de demonizarlo o de canonizarlo, intentando solo conocerlo para tratar de adelantarnos a sus consecuencias sobre el Estado constitucional. El acercamiento al populismo puede ser desde dos aproximaciones: una casuística-personalista y otra académica. La primera, más coloquial y divulgativa, propia de los medios de comunicación, se aplica a regímenes con líderes carismáticos, que se identifican con una retórica en la que se erigen como la voz del pueblo, frente a unas élites a las que presumen de haber derrotado o que prevén derrotar. La aproximación académica, busca un objetivo más técnico y definitorio, partiendo de la constatación de una dicotomía social, antagónica, entre el pueblo y una élite. Una descripción inicial, prolegómeno de un análisis más detallado con el que luego la iremos matizando, nos lleva a identificarlo como “un movimiento político marcado por el antielitismo, antipluralismo y una apelación moralmente acentuada para conocer o personificar los intereses del pueblo verdadero, del auténtico pueblo”⁷.

I.2.1. El contexto en el que surgen los populismos

Asumiendo que cada referencia a populismo que podamos realizar tiene unas connotaciones específicas y no trasladables a otra realidad, no obstante, hemos de convenir que hay unos factores contextualizadores⁸ que evidencian unas circunstancias proclives o compartidas en la gestación de movimientos populistas o pseudo-populistas.

El primero de ellos es la polarización. La fragmentación y radicalización del espacio público dificulta, cuando no resulta absolutamente impeditivo, la realización de la función constitucional de ordenación global de la sociedad y la articulación de los espacios necesarios para el consenso.

Una segunda coordenada en la concienciación de que nos hallamos en un nuevo escenario para el Derecho Constitucional, marcado por un tiempo que se mide en zeptosegundos, la unidad de tiempo más corta jamás registrada, y que nos lleva a hablar de la necesidad de un Derecho supersónico. Su singularidad es que necesitamos normas sincrónicas a la generación de los conflictos jurídicos, porque en otro supuesto devienen en regulación extemporáneas, carentes de eficacia y sobre todo de respaldo social. Si la coordenada tiempo se ha acelerado, la coordenada espacio se ha multiplicado y ha borrado sus fronteras. El Derecho Constitucional de nuestros días es un derecho de espacios múltiples e interconectados entre

⁷ MÜLLER, J.-W., *What is populism?*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2016, p. 33.

⁸ BALAGUER CALLEJÓN, F., “Interpretación constitucional y populismo”, *ReDCE*, n.º 33, enero-junio, pp. 4-5.

sí. Los atributos de la realidad a regular son la impaciencia y la ubicuidad. Un Derecho Constitucional aferrado a los espacios y tiempos en los que se ha gestado en las Revoluciones liberales va a mostrar todas sus flaquezas, a la par que todas las amenazas al mismo, particularmente las populistas, se van a ver empoderadas.

La irrupción del ciberconstitucionalismo⁹. Impulsado por manifestaciones imposibles de controlar, a veces veraces o distanciadas de esa verdad, de la mano de *fake news* y postverdades presentes en incluso en los podcasting, donde la información o afirmaciones sustentadas en datos objetivos tienen menos importancia que las opiniones y emociones que suscitan. Es el desplazamiento de la razón constitucional, por la emoción política o psicológica, que tan bien cultivará el populismo. En este nuevo contexto emocional y sentimental ha surgido una corriente importante que bajo la difusa etiqueta del negacionismo se convierte en un ancla involutiva y reaccionaria, frente a los avances o progresos que la ciencia y el derecho realizan.

La incorporación de nuevos actores al escenario público-constitucional. No solo estamos pensando en los actores privados, sino en aquellos que se mueven entre los públicos y los privados, entre lo estatal y lo global, cuyo hábitat natural no son los espacios físicos, a los que acuden puntualmente como reclamo o como demostración empírica de su fortaleza, sino los espacios virtuales, especialmente los de las redes sociales.

Reaccionarismo como reclamo. Podemos percibir una reacción directa entre quienes se consideran perjudicados por la globalización y una paralela predisposición a arrojar a los brazos de los populismos. Igualmente, ese desencanto frente a lo que se considera un fracaso de las élites constitucionales a nivel internacional en su compromiso de alcanzar unas cotas de bienestar social, amparadas en la generalización y ampliación de los derechos socio-económicos. Esta situación se ha descrito como un colapso, “gridlock”, por el que se entiende una especie de connivencia de las élites nacionales con las consecuencias de la globalización, especialmente a nivel económico, social y ahora podríamos agregar que sanitario, que no parecen hacer demasiado por frenar esas consecuencias o que adoptan políticas de austeridad que ahondan la desigualdad interna en los Estados¹⁰.

Finalmente, otro dato constatable y asociado a una propensión populista es la deriva en el reparto de funciones tradicional en el diseño constitucional de la forma de gobierno hacia una preeminencia del ejecutivo, sobre los legislativos. Esa circunstancia se ha acentuado en los momentos de pandemia, donde los legislativos –estatales y autonómicos– se han visto totalmente relegados a un hiperprotagonismo de los ejecutivos, que han descubierto los encantos de gobernar sin el estrecho marcaje de los parlamentos. Igualmente, tiene una clara repercusión en la ordenación y relevancia de las fuentes del derecho, especialmente en el Derecho Constitucional.

⁹ ÁLVAREZ ROBLES Tamara: “Derechos digitales: especial interés en los derechos de acceso a Internet y a la Ciberseguridad como derechos constitucionales sustantivos”, en *Juventud y Constitución. Un estudio de la Constitución española por los jóvenes en su cuarenta aniversario*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2019, pp. 135-158. De la misma autora, “Título X. Garantía de los derechos digitales”, en VV.AA., *Comentarios a la nueva Ley de Protección de Datos*, Madrid, Dilex, 2020, pp. 287-327.

¹⁰ TUSHNET, M., “Varieties of populism”, *German Law Journal*, n.º 20, 2019, pp. 384.

I.2.2. Taxonomía del populismo: Principales elementos de las prácticas populistas

Aunque, a priori, las manifestaciones de populismo puedan presentarse como movimientos espontáneos y casuísticos, en su análisis se puede identificar una serie de elementos, que no tienen que producirse en su totalidad o cuyo peso varía de uno a otro supuesto. Si bien es cierto, que son componentes de gran relevancia y que facultan la comprensión y la previsión de las derivas populistas. Estos elementos se desgranarían del modo siguiente:

La concepción monista del pueblo¹¹. Se considera que el pueblo es homogéneo y que no existe una pluralidad. Esa unicidad no se vincula a un factor, étnico, cultural, lingüístico, sino que se abstrae en función de su representatividad, que se concentra y se unifica en una sola persona o en un solo partido político.

El recurso a la democracia directa, o semi-directa con la institución del referéndum, como principal cauce de expresión de la voluntad política de los ciudadanos. Parece recuperarse la doctrina de Bentham de la soberanía del cuerpo electoral que se expresa directamente, instada por el ejecutivo, que se convierte en motor e intérprete exclusivo de la voluntad de los ciudadanos.

No podemos soslayar que hay una incuestionable desviación de género. Los principales líderes populistas son líderes hombres. Cabría buscar excepciones, que vendrían a confirmar esa regla (ej. pensemos en Francia y Marine Le Pen, que se trata de un atributo más bien heredado, que ideado originalmente por su actividad), pero la realidad es que las experiencias populistas más relevantes que se han estudiado son lideradas por hombres.

Otro elemento clave es la importancia que tiene en la construcción ideológica que sustenta el populismo el factor sentimental y emotivo, con el paralelo alejamiento de la razón. Se apela a todo aquello que sea susceptible de sentimentalizarse y que se pueda expresarse vehementemente.

La fortaleza de un enemigo externo que afianza el poder de lo “anti”. Los populismos necesitan un objeto contra el que pronunciarse. Más allá de buscar un argumento sustantivo, es esa dimensión reflectante la que les dota de cohesión y de poder. En la expresión de esos rechazos acuden a una iconicidad que les representa y que se retroalimenta, que les identifica y que capta más adeptos.

Por último, cabe ponderar el elemento político, frente al elemento jurídico de sus consignas. En esa preeminente politización de los populismos es importante verificar cómo se proyecta en determinados ámbitos sensibles de la realidad como la economía o la sanidad. También un factor a desentrañar es que detrás de esas políticas populistas, y de esas libertades populistas, hay una combinación de intereses económicos, que se vinculan a movimientos empresariales, de los que suele beneficiarse la élite populista y las redes clientelares en las que se sustentan.

¹¹ ROSANVALLON, P., *El siglo del populismo. Historia, Teoría, Crítica*. Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2020, p. 4.

I.2.3. Tipologías dicotómicas de los populismos

El populismo se presenta como un continente que puede llenarse de contenido al gusto, una especie de traje que se adapta a todos los cuerpos. Esa circunstancia se explicaría porque el populismo se ha desplegado como un “modus de activismo político”, carente *per se* de un contenido sustantivo. Esa dotación material puede tener su origen en el neoliberalismo, en el nacionalismo o en diferencias en el desfasado espectro ideológico izquierda-derecha. Lo importante es tener ese elemento reactivo, anti-, frente al que se retroalimenta y fortalece.

Así, podemos hablar de un populismo verdadero *versus* un populismo falso¹². El populismo verdadero se construye sobre el respeto a la igualdad entre todos los ciudadanos y un modelo político que respeta la libertad en el ejercicio de la autoridad. Por el contrario, un populismo falso se erige sobre la movilización de determinados sentimientos, como la hostilidad hacia el capitalismo, hacia los extranjeros, hacia los judíos, redireccionados hacia finalidades no democráticas.

Rodrik también introduce una clasificación binaria similar, diferenciando entre populismo económico y populismo político. Los populistas políticos aborrecen uno de los elementos tradicionales del constitucionalismo, como es el control de la actuación del ejecutivo por el legislativo, lo que a priori es una alerta sobre la peligrosa situación en la que se ubican a las minorías. El populismo económico sería aquel que rechaza las restricciones en la gestión de la política económica, lo que ante los ojos de Rodrik no es necesariamente perjudicial, y que puede llevar una reconciliación de economía y democracia, como acaeció con el *New Deal* de Roosevelt¹³.

La antítesis populismos de derecha y de izquierda se ha compartido por varios teóricos, aunque con diferentes matices. Tushnet describe el populismo de izquierda al vincularlo a la defensa de la restricción a los movimientos de capitales y mercancías, con un cierto retorno al proteccionismo económico. El populismo de derecha sería más proclive a la restricción del movimiento de personas, recurriendo a un discurso anticosmopolita y etnonacionalista¹⁴. Pierre Rosanvallon conecta el populismo de derechas al nacionalismo al correlativo ataque a los no nacionales, inmigrantes, mientras que al populismo de izquierdas, que ilustra con Syriza en Grecia, Podemos en España o con la figura del demócrata estadounidense Bernie Sanders, lo asocia a una defensa de los menos favorecidos económicamente, lo que activa sus ataques a los ricos, los burgueses, los bancos, la casta¹⁵.

Esta visión partidista se subsume con otro dilema populista que enfrenta a los populismos globalistas y cosmopolitas *versus* los populismos localistas y nacionalistas (SCHEPPELE, 2018), centrados respectivamente en ensalzar los valores de la internacionalización o de los territorios más cercanos al ciudadano, con el consiguiente rechazo de la otra dimensión social

¹² BERLIN, I., “To Define Populism”, en *THE ISAIAH BERLIN VIRTUAL LIBRARY* 6 (1968), pp.10-12. <http://berlin.wolf.ox.ac.uk/lists/bibliography/bib111bLSE.pdf>

¹³ RODRIK, D., “Is Populism Necessarily Bad Economics?”, 108 *AEA Papers and Proceedings* (2018), pp. 198.

¹⁴ TUSHNET, M., “Varieties of populism”, *op. cit.*, p. 386.

¹⁵ ROSANVALLON, P., *op. cit.*, p. 20.

que se excluye como incompatible con esa fijación en su objetivo inmediato, especialmente fanático en los componentes nacionalistas.

Finalmente, podríamos aludir a la dicotomía no excluyente de populismos gobernantes y populismo de oposición. La estrategia populista no es un monopolio de quien gobierna, sino que quien aspira a ello, o simplemente, se resigna a su status de opositor, adopta formatos populistas que le habilitarían a consolidar y reforzar su posición.

I.2.4. Estrategias del populismo

En los distintos supuestos que podemos adscribir a populismo se han detectado una serie de prácticas a través de las cuales se tratan de utilizar mecanismos y resortes ofrecidos por el Derecho Constitucional, para legitimar y afianzar la perpetuación en el poder, que es el objetivo final de los gobiernos populistas.

En relación con la Constitución, la propuesta que suele formularse es la de proceder a su reforma. En el contenido de dichas reformas lo que se busca es, o bien, blindar instituciones clave, como el órgano de gobierno de los jueces o el Tribunal Constitucional, de modo que se inactive cualquier resorte que pueda frenar su proyecto político o regular de un modo diferente la aplicación de los derechos, especialmente los derechos de libertad de prensa, libertad de opinión o reunión y manifestación. En estas estrategias populistas relacionadas con la Constitución cabe destacar una tendencia mucho más ambiciosa que es la remoción constitucional y la sustitución por otra mucho más adecuada al perfil populista. Es el diseño del zapato que se adaptará a la perfección de la cenicienta populista.

Interesante es la relación que mantienen con las instituciones democráticas y constitucionales. Suelen ser atacadas por la demagogia populista, pero ese cuestionamiento no solo se focaliza en las instituciones estatales, sino que se acentúa sobre las instituciones internacionales, a las que consideran una amenaza para su propia soberanía.

Uno de los aspectos que parece preocupar a los regímenes populistas es la legitimación de su posición gubernamental. Para ello se desarrollan estrategias especiales para canalizar la participación ciudadana que podíamos resumir en torno a las siguientes: la adecuación de las circunscripciones electorales a las previsiones de resultados esperados. Esta técnica, descrita como gerrymandering, permite potenciar la representación en aquellas circunscripciones donde hay más adeptos, en consecuencia, acomodar el resultado, mediando un diseño del procedimiento electoral. Otra estrategia afín a los postulados populistas es la de priorizar la posición de las mayorías, en lo que podemos describir como constitucionalismo abusivo. Uno de los avances de la democracia es la integración de las minorías en las decisiones de las mayorías mediante, fundamentalmente, el respeto a su existencia y a su posición. Un estado democrático avanzado permite la expresión de esas opiniones discordantes o disidentes. Dice el Tribunal Constitucional al respecto que en la Constitución “caben cuantas ideas quieran defenderse sin recurrir a la infracción de los procedimientos” (STC 31/2010, FJ 12).

Es preciso realizar una mención especial al uso que los populismos hacen del referéndum. Para que un referéndum tenga un pleno sentido democrático hay que valorar muchas circunstancias: el contexto en el que se plantea; el contenido de la pregunta; el protagonismo del gobierno en la campaña; el porcentaje de participación y dentro de él el porcentaje de

votos favorables necesarios para que prospere. Todas estas pequeñas variables no quedar al hacer en un referéndum de tintes populistas. El impulso gubernamental a una cuestión, con un resultado en el que no se requiera un mínimo de participación y se extrapolen los resultados a la totalidad de la población, puede conducir a que la propuesta sometida a referéndum se imponga con un mínimo apoyo popular. Sin olvidar que, dentro de las bondades del referéndum, no se halla la de propiciar el debate o el consenso, sino el del radicalismo, un radicalismo al que se suele arengar a los ciudadanos en un entorno populista.

Finalmente, una estrategia a seguir es la que implica el ataque a los órganos constitucionales que garantizan los derechos. En un eventual conflicto entre la expresión de la voluntad del pueblo y su impedimento por la existencia de derechos fundamentales y por los mecanismos que los protegen, queda resuelto por la primacía que se confiere a la protección de esa voluntad pura de los ciudadanos.

I.2.5. Legitimación desde la dogmática constitucional de los populismos

La imprimación populista en el constitucionalismo está alcanzando unas cotas relevantes que llegan a su cénit de la mano de distintas posiciones que sostienen una teorización constitucional implícita en el populismo que estaría integrada, al menos, por los siguientes elementos:

- El alcance de la soberanía popular. La soberanía popular se enfrenta a la Constitución, sobre la que pretende prevalecer. La fundamentación de la soberanía en el pueblo es un principio que alcanza la máxima expresión por los populismos, sin embargo, lleva implícito un trampantojo. Ese pueblo es solo una parte del mismo, enfrentado a otros ciudadanos que configuran también el pueblo y a los que no solo no representan, sino a los que declaran sus enemigos. Así, esa soberanía popular se desvirtúa en una incoherente soberanía fragmentada y excluyente. Además, en el ejercicio de dicha soberanía se busca desvirtuar a las instituciones, a las no controladas y a las que no son electivas, buscando un monopolio soberanista, disfrazado del velo del constitucionalismo.
- La naturaleza del poder constituyente. El poder constituyente agota su eficacia en el momento en el que se promulga y entra en vigor la Constitución. El populismo aspira a un poder constituyente sempiternamente activo y abierto, que en cualquier momento puede desplazar a los poderes constituidos y que no se encuentra sometido ni a los propios procedimientos de la Constitución.
- Identidad constitucional. Se produce una redefinición de los conceptos esenciales del constitucionalismo adaptados a los intereses populistas. El populismo es esencialmente pragmatismo y carece de un fundamento doctrinal propio, por lo que no duda en utilizar las categorías del constitucionalismo clásico, alterándolas y adaptándoles a sus objetivos políticos. Otra consecuencia es la alteración de las fuentes y de los poderes estatales, que lleva a priorizar al ejecutivo sobre el legislativo y a los Decretos presidenciales y órdenes ministeriales, frente a las leyes. Esto se produce, bien por la inacción del poder legislativo que no produce normas o bien, porque esas normas resultan inaplicadas de facto por las decisiones gubernamentales. En esta afectación de la identidad constitucional se produce el asalto a la interpretación constitucional que se desvirtúa, en una mutación *contra constitutione*. La interpretación constitucional se convierte en un cauce más para imponer el programa político populista, frente a la Constitución.

Estas actuaciones encaminadas a diseñar un constitucionalismo populista han cuajado con la formulación de nuevos términos, muchos de ellos creativos oxímorons, de los que podemos destacar los siguientes: democracia iliberal –gobiernos elegidos democráticamente, incluso reelegidos o consolidados mediante referéndums que ignoran los límites constitucionales y no respetan las libertades individuales de los ciudadanos¹⁶); Populismo difuso –ejercido por quienes aparentan ser defensores de la democracia, pero desempeñan comportamientos incompatibles con sus principios, como el pluralismo– (ROSANVALLON, 2020) o Democratura –Sistema híbrido con mezcla de elementos democráticos y dictatoriales o autoritarios– (ROSANVALLON, 2020). Auténticos troyanos que tratan fagocitar los principios fundamentales del constitucionalismo.

I.3. Constitucionalismo

No se trata en las siguientes líneas de glosar toda la evolución del constitucionalismo, sí aquellas tendencias que han marcado su trayectoria en las últimas décadas, precisamente en las que se han forjado los principales retos a los que ha de atender: la globalización y el populismo. La historia de las instituciones políticas (Sabine y Touchard) experimentó una revolución profunda con la eclosión del constitucionalismo. La normalización del mismo ha ido pareja a su generalización. De los casi dos centenares de Estados reconocidos, solo unos pocos no presentan una Constitución formal, si bien tienen normas que operan como tales y se estructuran sobre principios constitucionales o inspiradores de Constituciones. Estamos pensando en Gran Bretaña, Israel o Nueva Zelanda. Pese a creer que este estado de generalización y normalización es paralelo a una incuestionable consolidación, de modo parejo a ese auge formal, materialmente el constitucionalismo está experimentando, como otros tantos conceptos y rutinas vitales, un momento de crisis, que ha llevado a plantear si estamos ante el ocaso del constitucionalismo¹⁷. En ese marco de reflexión, hemos de reparar en los dos elementos esenciales del constitucionalismo: el elemento democrático y el elemento de Estado de derecho, coincidentes con los principios constitucionales clave. Esos dos componentes constitucionales han contribuido a la integración de las sociedades, de los pueblos, en torno a una norma jurídica suprema, reflejo de la voluntad de los ciudadanos, norma reflexiva, al operar sobre algunas precondiciones: un Estado que regular cuyo poder no se cuestionaba ni *ad intra*, ni *ad extra*. Pero esas circunstancias han cambiado.

Dos fronteras, presupuestos constitucionales, han empezado a erosionarse. Por un lado, en el interior del Estado nos encontramos con cuestionamientos de la unidad estatal, de la mano de aspiraciones soberanistas con vocación de microestados que demandan una Constitución propia, enfrentada y diferenciada de la Constitución estatal a la que renuncian. Por otro, *ad extra*, la diferencia entre lo exterior y lo interior, alcanzada de modo involuntario como consecuencia de un proceso de difícil trazabilidad como es la globalización –al que nos hemos aproximado en las líneas precedentes de este trabajo– o, en otros casos, resultado voluntario de una decisión estatal que se puede datar, de integrarse formalmente en una organización supraestatal a la que deriva facultades que tradicionalmente había desempeñado como atributos propios de la soberanía estatal. Sobre esa crisis vertical del Estado, se

¹⁶ ZAKARIA, F., “The Rise of Illiberal Democracy”, November/December 1997, p. 22.

¹⁷ DOBNER, P. y LOUGHLIN, M., *The twilight of constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

superpone una horizontal, más bien transversal, basada en la ruptura de la tradicional separación entre lo público y lo privado. Las decisiones que tradicionalmente se adoptaban por parte de órganos públicos se deslocalizan hacia actores privados, en ocasiones de difícil ubicación física, presumiblemente lejos del Estado en el que inciden y de sus instituciones representativas. Aquí, dos conceptos clave en la lógica constitucional también aparecen afectados: la legitimidad y la responsabilidad. El origen de las decisiones se aparta de las instituciones que representan a los ciudadanos y la imputación de las consecuencias y explicaciones de las decisiones adoptadas se diluye en las presiones sufridas por quienes son titulares de los órganos de gobierno, lo que incide en su capacidad de respuesta y en la asunción de responsabilidades por las decisiones tomadas.

Ante ese declive de la acepción tradicional del constitucionalismo, las alternativas conceptuales parecen no querer abandonar ese término, buscando probablemente beneficiarse del prestigio que lleva aparejado dicho significante, pero se alejan de su significado en cuanto adjetivan al constitucionalismo de modo dispar. Así, bajo el paraguas de un “Nuevo Constitucionalismo”¹⁸ podemos citar manifestaciones diversas como el constitucionalismo societal, el constitucionalismo global, el constitucionalismo multinivel, el constitucionalismo 3D o el neoconstitucionalismo.

El constitucionalismo societal¹⁹ es el resultado de un largo proceso evolutivo, ajeno a un momento constituyente puntual, y cuyo propósito es cubrir el espacio y el entramado funcional de las Constituciones en una sociedad civil global, protagonizada por actores globales privados. No se trataría de un único texto legal, incluso la positivación puede excepcionarse de su redacción, sino de una ordenación de subsistemas autónomos de la sociedad, cuya validez global se limita a dichos sectores de la sociedad (*lex mercatoria* para el comercio internacional o *lex digitalis* para internet). La fragilidad de este formato constitucional ha sido ya evidenciada. Si se desea conservar la denominación como Constitución, el derecho societal debería incorporar más allá del significante, algunos elementos estructurales de las Constituciones estatales: las constituciones societales deberían funcionar como un derecho supremo que regule la elaboración del derecho ordinario; tendrían que incluir límites a las actuaciones de sus titulares, actores privados globales, una *pseudo* parte dogmática; los aspectos procesales y organizativos tendrían que aparecer delimitados y, finalmente, deberían proveer unos mecanismos de control similares a los constitucionales para garantizar su aplicación. Su presentación rudimentaria actual, en consecuencia, no faculta para hablar de constitucionalismo.

Desde unos parámetros similares se alza la propuesta de “Constitucionalismo en 3D”, focalizada en los procesos de necesidad de regeneración de los pilares constitucionales, en particular de la democracia. Con esa denominación, Joseph Corkin²⁰ (2013:636), ha ideado

¹⁸ ELKIN, S. y SOLTAN, K., *New Constitutionalism. Designing Political Institutions for a Good Society*, Chicago, University of Chicago Press, 1993. Ese ideal de buena sociedad se ilustra con el ideal de Estado que “logre agregar las preferencias de todos los votantes” (S. ELKIN, “Constitutionalism. Old and New”, p. 29).

¹⁹ TEUBNER, G., *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, trad. G. Nordury, Oxford, Oxford University Press, 2012.

²⁰ CORKIN, J., “Constitutionalism in 3D: Mapping and legitimating our lawmaking underworld”, *European Law Journal*, Vol. 19, No. 5, September 2013, pp. 636-661.

un método para conceptualizar la forma de legislar (underworld, inframundo) partiendo de la premisa de que el complejo parlamentario-gubernamental de carácter estatal ha menguado en aras a tres presiones, a tres ejes que inciden en ese formato tradicional: horizontalmente, por el peso de la burocratización y el tecnicismo de quienes no han sido electos; verticalmente, por los procesos de globalización y europeización y, lateralmente, por el peso de actores privados que claman por una autorregulación en un contexto de crisis y de recuperación del protagonismo a partir de planteamientos neoliberales.

Esta innovación de carácter eminentemente descriptivo, en el análisis de los procesos decisivos medulares en los Estados constitucionales, culmina en un reto normativo: tratar de hallar nuevas fórmulas para legitimar esta situación, más allá de los métodos constitucionalizados (disolución previa de las Cámaras, moción de censura, cuestión de confianza) y de los procesos electorales, en una redefinición del derecho Constitucional coherente con el constitucionalismo clásico.

En esa carrera por innovar surgen múltiples denominaciones que pugnan por ser a cuál más ingeniosa: multinivel (PERNICE, 2002), networked (trabajo en red), Estados postregulatorios, New-ish Governance (gobernar sin leyes o gobernar sin gobiernos) o constitucionalismo policéntrico. El reto del nuevo constitucionalismo es identificar la variedad de actores implicados y la intensidad de sus actuaciones. Por otro lado, un reto es el de legislar en una especie de flujo vertiginoso, “fotónico” para responder a las expectativas de los ciudadanos. En ese constitucionalismo global se daría cabida a la inserción de principios constitucionales sobre cuya específica importancia ha reflexionado la última de las corrientes que traeremos a colación en este apartado de contextualización de los nuevos principios constitucionales, el neoconstitucionalismo (FERRAJOLI, 2012).

El neoconstitucionalismo alude a una concepción del constitucionalismo como superación del derecho positivismo, en un sentido iusnaturalista. Se vincula a un constitucionalismo principalista o argumentativo, que incide en una debilidad normativa de la parte dogmática de las Constituciones, en particular de los derechos fundamentales que se presentarían como valores o principios morales y cuya herramienta procesal sería la ponderación legislativa y judicial. Desde la óptica de los principios resulta un tanto contradictorio esa ponderación de los principios, que se encumbran a la identificación de la corriente, para luego apuntar una degradación de su efectividad. Ese constitucionalismo principalista, denostado por Ferrajoli que apuesta por un constitucionalismo garantista, sustentado sobre principios imperativos o regulativos que introducen límites y garantías a su diseño y que prevendrían inclinaciones anticonstitucionales, encuentra un espacio de gran potencial en el nuevo constitucionalismo por las razones que indica Ruiz Manero: busca un “consenso básico de la comunidad política”, si nos movemos en torno a unos actores constitucionales globales la esencialidad de los consensos va a moverse en mínimos, recordando que en los tiempos globales los acuerdos aspiran a suplir a las normas, y una Constitución “así diseñada mantiene abierto el proceso deliberativo”²¹, evitando tiranías intergeneracionales reprochables a un constitucionalismo rígido y garantista.

²¹ FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, en L. FERRAJOLI, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 362.

II. PERSPECTIVA ACTUAL

La emergencia de los populismos en Europa se manifiesta de forma predominante de la mano de un populismo autoritario, proclive a la proclamación de la democracia directa. FIDESZ de Viktor Orban en Hungría o la Autocracia plebiscitaria de Jaroslaw Kaczynski en Polonia y su evolución posterior son ejemplos relevantes de estas prácticas populistas.

Polonia. Bajo la expresión “polonización”, definida por el Premier polaco Morawiecki, se pretende controlar desde el gobierno las grandes empresas instaladas en Polonia, especialmente las vinculadas a la libertad de prensa. Así bajo el paradigma del “patriotismo económico” o de la “restitución del honor”, se trata de revertir el proceso democrático en el terreno económico que afrontó Polonia desde 1989. Orlen, la empresa estatal de energía ha comprado 20 de los 24 diarios regionales del Estado, 120 semanarios y 500 web dedicadas a la información, así como las acciones de Ruch la principal distribuidora de prensa en Polonia. Es un estadio más de la política del PiS, partido gubernamental que lleva inyectando dinero público en los medios (Sieci, Gazeta Polska, Do Rzeczy) y en la televisión, apodada “tele Korea”, por la activa posición progubernamental que desempeña. La estatalización bancaria y un proyecto de ley en ciernes, en virtud del cual se podría expropiar los bienes de las empresas cuyos socios fueran acusados de algún delito²². El rechazo del Convenio de Estambul, tratado internacional de prevención y lucha contra la violencia doméstica y hacia la mujer, suscrito en 2015 por la Unión Europea y otros 44 países, que pretenden abandonar.

Hungría. En 2010, Orban expulsó a su predecesor en un referéndum popular y cuando accedió al gobierno, lo primero que hizo fue endurecer las condiciones para superar una consulta referendaria, elevando la participación para dotarle de validez de un 25% a un 50%. Orban se aseguró una mayoría de 2/3 en el Parlamento, tanto en 2014, como en 2018, con un 45% y un 49% de los votos respectivamente. Previamente, había reformado la ley electoral haciendo una astuta aplicación de la redefinición de circunscripciones (Gerrymandering). Se cambió el sistema electoral hacia un sistema mayoritario, incrementando la proporción de aquellas circunscripciones que eran uninominales, eliminando la segunda vuelta, optando por un sistema de mayoría relativa, en lugar de mayoría absoluta, e introduciendo una compensación al ganador.

En el continente americano las experiencias populistas se han prologado a uno y otro lado del Ecuador. En el norte, el ya expresidente Donald Trump pasará a los anales de la historia por haber degradado con más intensidad los logros del constitucionalismo más longevo, todo ello con el apoyo enfervorizado de un grupo numeroso de ciudadanos, que llegaron a asaltar el Capitolio. AMLO, acrónimo con el que se conoce a Antonio Manuel López Obrador, también merece un capítulo detallado en el trabajo *el Pueblo soy yo*²³. Su prueba de fuego fue la gestión de la pandemia de la mano de los negacionistas, corriente a la que sin ningún pudor se adscribió el presidente brasileño Bolsonaro.

El populismo en Estados Unidos ha llegado a su cénit, hasta el momento actual, con la figura de Donal Trump y su slogan “make America Great Again”, pero no podemos ignorar

²² GAYO MACÍAS, M., “Repolonización”: el patriotismo económico polaco que lo quiere nacionalizar todo”, *El Confidencial*, 30 de enero de 2021.

²³ KRAUZE, Enrique, *El pueblo soy yo*. Barcelona, Debate, 2020, pp. 203-210.

precedentes relevantes como la popularización por Nixon del término “silent majority”, a la que apelaría en 1969, “I ask for your support” o diferentes manifestaciones como el movimiento ocupad Wall Street o el Tea Party, dentro del partido Republicano.

Francia. Desde Pierre Pujade, a mitad del pasado siglo, a Jean Marie Le Pen, que consolida de la mano de su hija una siempre inquietante amenaza al resto de fuerzas políticas por sus posibilidades de victoria en las elecciones presidenciales.

Estos ejemplos no se agotan, pudiendo citar al Partido de la Independencia del Reino Unido (UKIP), respecto a la Unión Europea, a Amanecer Dorado en Grecia, que sería considerada una organización criminal. En el libro de Krauze se puede rastrear la senda del populismo en la Cuba castrista, la Venezuela chavista o el Méjico de AMLO.

III. PROSPECTIVA: ANTICIPACIÓN A LAS DERIVAS POPULISTAS DESDE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

El estudio de los populismos desde el Derecho Constitucional tiene como principal cometido estimular una cierta anticipación que permita controlar los efectos y las estrategias que desarrollan dichos populismos, desde la reivindicación de las funciones esenciales del constitucionalismo: la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos, el funcionamiento de las instituciones y, esencialmente, de los controles sobre ellas y entre dichas instituciones. A ello cabe agregar, la reivindicación de la necesaria resolución de los conflictos político-sociales-culturales a través del Derecho Constitucional. Es así, que las derivas populistas se conciben como una involución constitucional y el reto a futuro es adelantarnos a sus movimientos, conociendo cómo han operado hasta el momento.

Una de las prácticas habituales del populismo es la tendencia a la confusión de poderes, con una preeminencia del ejecutivo. La alternativa a esa confusión que se ha articulado, se denomina “jurisprudencia de las consecuencias”. Este modelo de justicia debería centrarse en verificar si las leyes a cuya elaboración obliga la Constitución dotan de eficacia a ese objeto constitucional²⁴. Para ello es preciso verificar que se haya cumplido la obligación positiva de legislar en pro de una implementación progresiva de un derecho, en definitiva, de la aplicación de la Constitución. Esta verificación debe asentarse en el principio de razonabilidad, que supone la adecuación de las medidas adoptadas dentro de las limitaciones presupuestarias que conllevan los derechos socioeconómicos. Sin embargo, no podemos ignorar los riesgos de esta opción que vienen vinculados a diferentes desviaciones derivadas de aproximaciones de legitimidad, al margen de la legalidad, y de una recaída, aún más peligrosa, en dicha mezcla de poderes e instituciones. El denominador común a todos ellos es que son un filtro idóneo para una revisión populista de las constituciones. La denominada revisión judicial policéntrica –“A type of judicial review because it involves a sharing of interpretative authority with the legislative and executive branches”²⁵ o revisión

²⁴ HERSHKOFF, H. “Positive Rights and State Constitutions: The Limits of Federal Rationality Review”, Vol. 112, n.º 6, HARV. L. REV. (1999), pp. 1183-1184.

²⁵ RAY, B., “Policentrism, Political Mobilization, and the Promise of Socioeconomic Rights”, 45 STAN. J. INT’L LAW (2009), 153-154.

judicial dialogada— “healthy partnerships between courts and governments”²⁶ que se caracteriza por implicar un reparto de la autoridad interpretativa de las Constituciones y de los derechos en ellas regulados entre el poder judicial, el poder legislativo y ejecutivo, son dos referentes a considerar. Esa interpretación y aplicación dialógica de los derechos, se considera —en su versión más benévola— especialmente idónea para los derechos económicos y sociales, al reforzar la legitimidad democrática y la robustez de su aplicación, aspirando a implicar en mayor grado a la sociedad civil. Sin embargo, no puede desplazar el papel garantista de los tribunales sometidos a la regulación vigente, en este caso la constitucional, ni a convertir a los tribunales en legislador constituyente permanente.

Con todo, una de las consecuencias más temidas de la impregnación populista de las instituciones constitucionales y que se vincula a estas propuestas de revisión judicial comentada es lo que autores como Tushnet²⁷ o Waldron²⁸ (2006: 1354) han descrito como “revisión judicial débil”. Estos se complementan con un modelo designado como “Commonwealth Judicial Review”²⁹, donde el legislativo tendría la potestad de anular o ignorar las decisiones judiciales. Un alumno ejemplar de esta teoría ha sido el Parlament catalán. En la STC 114/2017, de 17 de octubre, FJ 7, el Tribunal Constitucional declaró “que subsiste el deber de esas autoridades y cargos públicos, expresado en la providencia de 7 de septiembre de 2017 (antecedente segundo de esta Sentencia), referido ahora, a impedir o paralizar cualquier iniciativa que pudiera suponer *ignorar o eludir el fallo* de esta Sentencia”. Con ello se aleja de esta propuesta que legitimaría tal desobediencia, a la que los desafíos populistas pueden derivar. El cuestionamiento de la legitimidad democrática de los jueces para desplazar o anular sus decisiones por las adoptadas en los parlamentos o por los ciudadanos en un referéndum, es una involución en el Estado de Derecho. Por su parte, la posición de la revisión judicial ante derivas populistas exige la constatación de la vulneración de los procesos. Es el símil de la intervención del árbitro. El árbitro está legitimado a intervenir porque se han roto las reglas del juego, pero no porque ha vencido el equipo equivocado.

Entre las soluciones propuestas es preciso destacar la necesidad de ahondar la democracia. Esta profundización democrática tiene que mantener su esencia, es decir fundamentarse en el respeto al pluralismo y a los derechos y libertades, pero tiene que incorporar nuevos rasgos. Ha de ser una democracia participada, donde los ciudadanos puedan implicarse más activamente no solo en el período en el que son llamados a ejercer un derecho de sufragio activo, a la vez ha de ser una democracia monitorizada (KEANE, 2009), liderada por partidos políticos y por los representantes adscritos a estos elegidos para formar parte de las instituciones, representantes en los que hay que confiar, democracia de confianza. Seguimos necesitando élites en la forma de gobierno representativa, pero debemos de poder confiar en su integridad y en las cualidades personales de los gobernantes. Eso supone la inviabilidad de aplicar el reduccionismo metodológico de la navaja de Ockham, las fórmulas más sencillas

²⁶ ROACH, K. “The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-Economic Rights”. In M. Langford (Ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press (2009), p. 52.

²⁷ TUSHNET, M., “Alternative Forms of Judicial Review”, 101 *MICHIGAN L. REV.* (2003), p. 2781.

²⁸ WALDRON, J., “The Core of the Case Against Judicial Review”, 115 *YALE L. J.* (2006), p. 1354.

²⁹ GARDBAUM, S., *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 74.

no son las más operativas en la democracia actual, es necesario hacer más compleja nuestra democracia, porque nuestras sociedades también lo son.

Otro factor importante y que requiere un compromiso más activo es el papel de las élites tradicionales, incluyendo los juristas, y en particular los constitucionalistas, en desarrollar un activismo constructivo, tratando de enfatizar las ventajas de los sistemas democráticos liberales, frente a cualquier otra alternativa con tintes populistas.

Como reflexión final de este trabajo, un énfasis en su finalidad “al abordar el desafío populista los tribunales pueden, en principio, intentar ir un paso por delante para anticiparse y, cuando puedan, frenar la degradación de la democracia. y, por tanto, ayudar a prevenirla”³⁰.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcina, J. (Ed.): *Hacia una ideología para el siglo XXI. Ante la crisis civilizatoria de nuestro tiempo*, Madrid, Akal, 1999.
- Álvarez Robles, T.: “Derechos digitales: especial interés en los derechos de acceso a Internet y a la Ciberseguridad como derechos constitucionales sustantivos”, en *Juventud y Constitución. Un estudio de la Constitución española por los jóvenes en su cuarenta aniversario*. Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2019, pp. 135-158.
- Álvarez Robles, T.: “Título X. Garantía de los derechos digitales”, en VV.AA., *Comentarios a la nueva Ley de Protección de Datos*, Madrid, Dilex, 2020, pp. 287-327.
- Badie, B.: *Un monde sans souveraineté. Les États entre ruse et responsabilité*, Paris, Fayard, 1999.
- Balaguer Callejón, F.: “Interpretación constitucional y populismo”, *ReDCE*, n.º 33, enero-junio, pp.1-30.
- Beck, U.: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1998.
- Berlin, I.: “To Define Populism”, en The Isaiah Berlin Virtual Library, 6, 1968, <http://berlin.wolf.ox.ac.uk/lists/bibliography/bib111bLSE.pdf>
- Corkin, J.: “Constitutionalism in 3D: Mapping and legitimating our lawmaking underworld”, *European Law Journal*, vol. 19, n.º 5, September 2013, pp. 636-661.
- De Vega, P.: “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 100, abril-junio, 1998, pp. 13-56.
- Dobner, P. y Loughlin, M.: *The twilight of constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Elkin, S. y Soltan, K.: *New Constitutionalism. Designing Political Institutions for a Good Society*, Chicago, University of Chicago Press, 1993. Ese ideal de buena sociedad se ilustra con el ideal de Estado que “logre agregar las preferencias de todos los votantes” (S. Elkin, “Constitutionalism. Old and New”, p. 29).
- Ferrajoli, L.: “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, en L. Ferrajoli, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

³⁰ PRENDERGAST, D., “The Judicial Role in Protecting Democracy from Populism”, *German Law Journal* (2019), 20, p. 245.

- Gardbaum, S.: *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Gayo Macías, M.: “Repolonización: el patriotismo económico polaco que lo quiere nacionalizar todo”, *El Confidencial*, 30 de enero de 2021.
- Hershkoff, H.: “Positive Rights and State Constitutions: The Limits of Federal Rationality Review”, *HARV. L. REV.*, vol. 112, nº 6, 1999, pp: 1131-1194.
- Macluhan, M. y Powers, B.: *La aldea global. Transformaciones en la vida y los medios de comunicación mundiales en el siglo XXI*, 1ª ed., Barcelona, Gedisa, 1990.
- Minc, A.: *La borrachera democrática. El nuevo poder de la opinión pública*, Madrid, Temas de Hoy, 1995.
- Moreno, I.: “Mundialización, globalización y nacionalismos: la quiebra del modelo de Estado-Nación”, en J. Corcuera Atienza (Dir.), *Los nacionalismos: globalización y crisis del Estado-Nación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- Müller, J.-W.: *What is populism?*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2016.
- Pernice, I.: “El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea”, *European Law Review*, nº 5, 2002, pp. 511-529. (En castellano http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/17_PERNICE.htm).
- Prendergast, D.: “The Judicial Role in Protecting Democracy from Populism”, *German Law Journal*, 20, 2019, pp. 245–262.
- Ray, B.: “Policentrism, Political Mobilization, and the Promise of Socioeconomic Rights”, 45 *Stan. J. Int'l Law*, 2009, pp. 151-201.
- Roach, K.: “The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-Economic Rights”. In M. Langford (Ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (pp. 46-58). Cambridge: Cambridge University Press, 2009. doi:10.1017/CBO9780511815485.004
- Rodrik, D.: “Is Populism Necessarily Bad Economics?”, 108 *AEA Papers and Proceedings*, 2018, pp. 196-199.
- Rosanvallón, P.: *El siglo del populismo. Historia, Teoría, Crítica*. Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2020.
- Teubner, G.: *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, trad. G. Nordury, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Touraine, A.: “La globalización como ideología”, en *El País*, 29 de septiembre de 1996.
- Tushnet, M.: “Alternative Forms of Judicial Review”, 101 *Michigan L. Rev.*, pp. 2781-2802, 2003.
- Tushnet, M.: “Varieties of populism”, *German Law Journal*, nº 20, 2019, pp. 382-289.
- Waldron, J.: “The Core of the Case Against Judicial Review”, 115 *Yale L. J.*, pp. 1348-1406, 2006.
- Zakaria, F.: “The Rise of Illiberal Democracy”, November/December 1997, pp. 22-43.