

Del constitucionalismo global a los nuevos autoritarismos. Desafíos para el derecho comparado**-***

From Global Constitutionalism to New Authoritarianisms. Challenges for Comparative Law

RESUMEN

El artículo cuestiona el papel del derecho comparado en la época actual, caracterizada por un retroceso de las democracias a favor de regímenes híbridos o autoritarios. De hecho, si bien las regresiones democráticas van acompañadas de un rechazo del constitucionalismo global, en nombre de las especificidades nacionales, esto no se traduce en una irrelevancia del derecho comparado. A menudo, los nuevos regímenes autoritarios justifican sus elecciones sobre la base de ejemplos extranjeros descontextualizados y manipulados, según una técnica que ha sido definida como “abusive constitutional borrowing”. Todo esto implica nuevos desafíos para los estudiosos del derecho comparado, quienes se encuentran llamados a cumplir una “función defensiva”, para desenmascarar el constitucionalismo abusivo y monitorear los cambios institucionales. Esta nueva tarea tiene un impacto en la selección de temas de investigación (que

* Catedrática de Derecho público en la Universidad de Siena, donde también enseña Derecho comparado. Ha dirigido y dirige proyectos de investigación nacionales e internacionales sobre justicia constitucional, democracia constitucional, diálogo entre tribunales, federalismo y autonomía local. Es experta del Consejo de Europa sobre democracia local. Ha participado en actividades de fortalecimiento institucional en Irak, República Democrática del Congo y Túnez. Ha sido letrada de la Corte Constitucional italiana. Contacto: tania.groppi@unisi.it ORCID ID: 0000-0003-2874-4936.

** Recibido el 16 de noviembre de 2022, aprobado el 22 de septiembre de 2023.

*** Este artículo, dedicado a los Escritos en honor a Giuseppe Franco Ferrari, forma parte del proyecto PRIN (Progetti di ricerca di Rilevante Interesse Nazionale), 2017, “Enmarcar y diagnosticar la degradación constitucional” (investigadora principal: profesora Tania Groppi). Ha sido publicado, en italiano, en la *Rivista AIC*, n. 4/2022. Agradezco a Fernando Gustavo Ruiz Dueñas, doctorando en la Universidad de Siena e investigador de la Academia Interamericana de Derechos Humanos (Saltillo, Coahuila, México), por la traducción.

Para citar el artículo: Groppi, T. “Del constitucionalismo global a los nuevos autoritarismos. Desafíos para el derecho comparado”, en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 58, enero-abril de 2024, 5-27.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n58.01>

deben centrarse sobre todo en las instituciones y los derechos atacados por las nuevas fuerzas iliberales); sobre la metodología de la investigación (que exige un diálogo con otras ciencias sociales que tiende a ir más allá de las normas jurídicas para evaluar su impacto y eficacia); sobre la difusión de los resultados de la investigación (esta debe dirigirse cada vez más a la opinión pública a través de los medios de comunicación y la divulgación académica).

PALABRAS CLAVE

Democracia, Estado de derecho, democracia constitucional, retroceso democrático, populismo

ABSTRACT

The article questions the role of comparative law in the era of democratic backsliding. Actually, although these phenomena are accompanied by a rejection of global constitutionalism, in the name of national specificities, this does not translate into an irrelevance of comparative law. Indeed, very often the new authoritarian regimes justify their choices based on foreign examples that are decontextualized and manipulated, according to a technique that has been defined as “abusive constitutional borrowing”. All this implies a renewed role for comparative law scholars, who are called to play a “defensive function”, unmasking the abusive constitutionalism, and monitoring institutional changes. This new task impacts on the selection of research subjects (which should be especially focused on the institutions and rights attacked by the new illiberal forces); on the methodology of the research (which requires a dialogue with the other social sciences, aimed at going beyond the legal norms, to assess their effectiveness); on the dissemination of the results (which must be addressed to the media and the public opinion).

KEYWORDS

Democracy, Rule of Law, constitutional democracy, democratic backsliding, populism

SUMARIO

1. Vuelcos. 2. Optimismo. 3. Pesimismo. 4. Causas. 5. Respuestas. Referencias

1. VUELCOS

La década de 1990 representó una época dorada para el derecho constitucional comparado. Los procesos de democratización lanzados en todo el mundo a

partir de 1989 pusieron en marcha una “migración de ideas constitucionales” con una dimensión sin precedentes¹. La redacción de nuevas constituciones, el establecimiento de tribunales constitucionales, así como la intensificación de la influencia de organizaciones y tribunales internacionales y supranacionales, dieron lugar a un gran florecimiento de los estudios comparados que, además, fue facilitado por el desarrollo de las tecnologías de la información². Las constituciones, así como las revisiones constitucionales, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, se convirtieron cada vez más accesibles a los estudiosos, lo cual permitió no sólo el conocimiento de sistemas hasta ahora considerados “exóticos”, sino también la investigación cuantitativa, que se basó en el uso de bases de datos numéricos y en la aplicación de métodos estadísticos. La creación de redes, revistas en línea y centros de investigación favoreció aún más la circulación de expertos, estudios y documentos.

Todo esto dio lugar a una convergencia de modelos constitucionales. Lo que Bruce Ackerman describió, ya en 1997, como “The Rise of World Constitutionalism”³. Otros autores han utilizado la expresión “constitucionalismo global”⁴ para enfatizar aún más la tendencia universal de la “democracia liberal”, calificada, de forma optimista, como una suerte de *Zeitgeist* político mundial, perspectiva que refleja la conocida visión de Francisco Fukuyama (y que luego fuera negada por el mismo autor) del “fin de la historia”.

Más de treinta años después, actualmente nos enfrentamos a una tendencia completamente diferente cuya dirección tiende hacia una “regresión democrática” (calificada, de vez en cuando, como “constitutional retrogression”, “constitutional capture”, “constitutional rot”, “abusive constitutionalism”, “constitutional crisis”, “democratic decay”, “democratic recession”, “democratic degradation”, “democratic erosion”, “democratic backsliding”, “democratic deconsolidation”, “democratic disconnect”, “democratic crisis”, “democracy in retreat”)⁵ en nuevas y viejas democracias. Esta situación ha provocado un deslizamiento de muchos sistemas hacia el autoritarismo⁶.

1 Así, Choudry, S. (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006. Sobre este tema y, especialmente, sobre el papel de los jueces, véase: Ferrari, G. F. (ed.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden-Boston, Brill- Nijhof, 2019.

2 Sobre este tema, y en relación con las nuevas tecnologías, véase: Hirshl, R., *Comparative Matters. The Renaissance of Constitutional Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

3 Ackerman, B. The Rise of World Constitutionalism, en *Virginia Law Review*, 4/1997, 771 ff.

4 Tushnet, M., The Inevitable Globalization of Constitutional Law, en *Virginia Journal of International Law*, 4/2009, 987 ff., que habla de la “globalización del derecho constitucional interno” para indicar que “la convergencia entre los sistemas constitucionales nacionales en sus estructuras y en la protección de los derechos humanos fundamentales”. Referencia también a T. Groppi, La Costituzione tunisina del 2014 nel quadro del “costituzionalismo globale”, en *DPCE*, 1/2015, 199 y ss.

5 Usaré aquí, por simplicidad, la expresión “regresión democrática”. Sobre los diferentes términos, véase Ginsburg, T., Huq, A., *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, The

El derecho constitucional comparado se ha visto fuertemente influenciado por estos acontecimientos.

Por un lado, en la mayoría de los países involucrados en estos fenómenos, se rechaza explícitamente el acervo del “constitucionalismo global” en nombre de una defensa de la soberanía frente a la injerencia externa. Esto se traduce en la invocación de “especificidades locales”, muchas veces disfrazadas bajo la etiqueta indefinida de “identidad constitucional”⁷: denominaré a este proceso como la “renacionalización” (del derecho constitucional).

A pesar de esto, la circulación del derecho y la interconexión horizontal y vertical entre ordenamientos jurídicos alcanzaron ya niveles de “no retorno”, y estos continúan aportando a la “inevitabilidad” del derecho comparado que ya emergía en la década de 1990⁸. Esto alienta formas de manipulación y descontextualización de modelos y experiencias ajenas, al servicio de la justificación de los nuevos regímenes antidemocráticos: llamaré a este proceso “comparación abusiva”, retomando la expresión acuñada por Rosalind Dixon y David Landau⁹.

Ambos movimientos, el de la “renacionalización” y el de la “comparación abusiva”, lejos de constituir un rechazo al derecho comparado, implican su uso e implementación.

En primer lugar, con el objetivo de identificar las especificidades nacionales, en comparación con otros sistemas o modelos abstractos, para diferenciarse de los demás países y del derecho global. En esta actividad, la comparación sincrónica está flanqueada por la comparación diacrónica, con particular énfasis en los estudios históricos, lo cual muchas veces se traduce en un uso instrumental de la memoria y los símbolos¹⁰. Además, la comparación se

University of Chicago Press, 2018.

6 Para obtener una descripción general, consulte Groppi, T.; Carlino, V., Milani, G. (eds.), *Framing and Diagnosing Constitutional Degradación. A Comparative Perspective*, Génova, 2022, <https://www.giurcost.org/COLLANA/ebook-TaniaGroppi.pdf> (último acceso: 23 de septiembre, 2022).

7 Emblemático en este sentido, como en muchos otros aspectos, es el caso húngaro, en el que se destaca la trascendencia de la noción de identidad constitucional por parte del Tribunal Constitucional, a través de la cita explícita de pasajes enteros de sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán; Chronowski, V. N., Vincze, A., *The Hungarian Constitutional Court and the Central European University Case: Justice Delayed is Justice Denied: Decision of the Hungarian Constitutional Court of 6 July 2021 and the Judgment of the ECJ of 6 October 2020, Case C-66/18*, en *European Constitutional Law Review*, 4/2021; véase también: Halmi, G., *The Hungarian Constitutional Court and Constitutional Identity*, en *VerfBlog*, 10 enero 2017, <https://verfassungsblog.de/the-hungarian-constitutional-court-and-constitutional-identity/> (último acceso: 23 de septiembre, 2022).

8 Como esto Tushnet, M., *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, cit.

9 Dixon, R., Landau, D., *Abusive Constitutional Borrowing. Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*, Oxford, Oxford Academic, 2021.

10 Sobre el uso instrumental de la memoria, véase: Rosenfeld, G. D., *The Rise of Illiberal Memory*, en *Memory Studies*, 2021, <https://doi.org/10.1177/1750698020988771> (último acceso:

utiliza para buscar (y utilizar) ejemplos extranjeros para apoyar soluciones normativas o jurisprudenciales funcionales a las regresiones democráticas. Se trata de una comparación selectiva, en forma de *cherry-picking*, que ignora los casos que no son funcionales a las soluciones elegidas y que extrapola los considerados útiles a partir de los contextos relativos¹¹.

La doctrina comparada asumió los desafíos planteados por la era de la “regresión democrática”. Lo anterior ayudó a identificar y analizar las características de estos procesos desde principios de la década de 2010¹².

En este contexto también se inscribe este trabajo que, tras describir brevemente el “producto” del constitucionalismo global, que llamaré “democracia constitucional” (apartado 2) y algunos rasgos de las regresiones democráticas (apartado 3), se centrará en las causas (apartados 3 y 4), para reflexionar sobre la contribución que el derecho, y en particular, el derecho comparado, puede hacer al fortalecimiento y protección de la democracia constitucional (apartado 5).

2. OPTIMISMO

La observación, compartida por la doctrina y basada en múltiples indicadores¹³, de la convergencia *post*-1989 hacia la “democracia liberal”, más allá de las causas¹⁴, deja abierta la pregunta definitiva: ¿de qué democracia estamos hablando? Las dificultades sobre este tema son bien conocidas y pareciera que pueden no tener una solución clara¹⁵. Basta con decir que se

23 de septiembre, 2022).

11 Véanse los numerosos ejemplos contenidos en el volumen citado de Dixon, R., Landau, D., *Abusive Constitutional Borrowing*, cit., especialmente 23 ss.

12 Véase ya Landau, D., *Abusive Constitutionalism*, en *University of California Davis Law Review*, 1/2013, 89 ss. Entre las publicaciones de Giuseppe Franco Ferrari, me gustaría mencionar aquí en particular Ferrari, G. F. (ed.), *La nuova legge fondamentale ungherese*, Torino, Giappichelli, 2012.

13 Véase el texto paradigmático de Law, D. S., Versteeg, M., *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, en *California Law Review*, 5/2011, 1162 ss.

14 Además de la “inevitabilidad” del derecho comparado y la influencia del derecho internacional, que inciden en la “voluntary constitutional borrowing”, también es necesario recordar los procesos constituyentes heterodirigidos, a través de formas más o menos fuertes de condicionalidad. Sobre estos aspectos, S. Cassese, *Global Standards for National Democracies?*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/2011, 701 ss.; Chang, W.-C., Yeh, J.-R., *Internazionalization of Constitutional Law*, en Rosenfeld, M., Sajò, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 1165 ss.

15 Para un resumen de los principales problemas de definición, en la doctrina italiana véase Pegoraro, L., *Costituzioni e democrazia: riflessioni critiche su definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo*, en *Rassegna parlamentare*, 2/2014, 249 ss., y especialmente 298, en donde se hace referencia expresa a “metodologías taxonómicas débiles” (“fuzzy sets Theory”).

han contabilizado 500 adjetivos utilizados para indicar los diferentes tipos de democracia¹⁶.

Sin embargo, parece posible identificar la tendencia de las “nuevas democracias”, en sus diversas “oleadas”, a adoptar constituciones escritas y rígidas, con algunas características de contenido comunes, atribuibles a lo que, en particular en las publicaciones italianas y alemanas, se califica como un “estado constitucional” (o democracia constitucional)¹⁷.

Esta forma de Estado se extendió a partir de algunas experiencias europeas¹⁸ posteriores a la Segunda Guerra Mundial, de la mano de la intensificación de la protección, a nivel internacional, de los derechos humanos¹⁹, hasta el punto de que también se ha definido como “postwar constitutional paradigm”²⁰.

Se enraízan en el tronco del Estado liberal de derecho continental europeo, algunos elementos del constitucionalismo norteamericano²¹ que tienden a garantizar los derechos y libertades hacia las mayorías políticas democráticas, a través de su principal expresión jurídica: el derecho. Todo esto para responder al carácter pluralista de la sociedad de referencia: el objetivo de esta forma de Estado es precisamente el mantenimiento de la paz, la cohesión social, la estabilidad, la unidad en las sociedades pluralistas, sin por ello negar o simplificar artificialmente la complejidad y la diferencias²².

Para lograr lo anterior, la rígida Constitución prevé un conjunto de mecanismos institucionales que pretenden mantener separados los circuitos de decisión: aquel donde opera la soberanía popular (y el principio representativo)

16 Como esto Ginsburg, T., *Democracies and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, 20 y obras en ella citadas.

17 Nos referimos a esta noción tal como la elabora la doctrina italiana y alemana: v. especialmente Häberle, P., *Lo Stato costituzionale*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2005; Id., voce *Stato costituzionale*, I, *Principi generali*, en *Enciclopedia giuridica*, Roma, 2000. Y también: Zagrebelsky, G., *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2006; Cheli, E., *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2006.

18 En la conciencia de que, incluso en Europa, existe una variedad de constitucionalismos. Véase, por ejemplo, S. Rehling Larsen, *Varieties of Constitutionalism in the European Union*, en *Modern Law Review*, 3/2021, 477 ss.

19 Bien se destaca esta “circularidad” entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que las constituciones de la inmediata posguerra influyeron en las cartas internacionales de derechos, que a su vez influyeron en la redacción de las nuevas constituciones; véase: De Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, Bolonia, Il Mulino, 1998, 13.

20 Weinrib, L., *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, en Choudhry, S. (eds.) *The Migration of Constitutional Ideas*, cit., 89; Ead., *Constitutional Conceptions and Constitutional Comparativism*, en Jackson, V. C., Tushnet, M. (eds.), *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, Londres, Praeger Pub Text, 2002, 15.

21 Así Cheli, E., *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, cit., 14.

22 Además de las constituciones nacionales, esta visión está respaldada por los Tratados fundacionales de la Unión Europea y por varios documentos de las Naciones Unidas, incluidos los Sustainable Developments Goals, adoptados solemnemente por la Asamblea General en septiembre de 2015.

y aquel donde operan las instituciones de garantía (principalmente la justicia constitucional, que se convierte en una institución necesaria en esta forma de Estado)²³.

El “postwar paradigm” de origen europeo²⁴ se enriquece, frente al modelo estadounidense²⁵, con más contenido. En particular, se garantizan los derechos económicos y sociales, colocados como garantía de igualdad sustancial (estado de bienestar) y se debilita la soberanía externa, con apertura al derecho internacional, acompañada de sistemas multinivel para la adopción de decisiones políticas (Estado de derecho abierto)²⁶.

En síntesis, podríamos decir que el Estado de derecho en su versión más completa se caracteriza por (1) un proceso constituyente democrático, del tipo del pacto, mediante el que los diversos componentes de la sociedad pluralista se ponen de acuerdo sobre la base de su convivencia; (2) la presencia de una Constitución entendida como norma fundamental, puesta en la base del ordenamiento jurídico y garantizada por su rigidez (es decir, obligatoria para todos los poderes del Estado, incluido el legislativo); (3) la garantía constitucional de los derechos y libertades, incluidos los económicos y sociales; (4) la garantía constitucional de la separación de poderes, entendida como la separación entre el circuito de decisión política y el circuito de garantías (judicial y justicia constitucional); (5) la democracia electoral, o la celebración de elecciones libres para la elección de los titulares del poder de decisión política; (6) apertura a la dimensión universal de los derechos humanos, a través de disposiciones constitucionales que otorgan especial fuerza jurídica a los tratados y convenciones internacionales; y (7) la descentralización territorial del poder²⁷.

A través de la convergencia hacia este modelo, o al menos hacia la mayoría de sus características, las constituciones se han transformado de una expresión de identidad nacional en signos de pertenencia a una comunidad global, que

23 Los dos circuitos se remontan a los dos principios que la doctrina anglosajona califica, respectivamente, como *democracia* y *liberalismo*.

24 Con esta expresión me refiero al Estado de derecho tal como se define más arriba, consciente de que, incluso en Europa, existe una variedad de constitucionalismos. Véase, por ejemplo, Rehling Larsen, S., *Varieties of Constitutionalism in the European Union*, cit.

25 Sobre esto, véase Sitaraman, G., *The Crisis of The Middle-Class Constitution: Why Economic Inequality Threatens Our Republic*, New York, Knopf, 2017. Para una comparación entre Europa y Estados Unidos, véase. Nolte, G. (ed.), *European and US Constitutionalism*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

26 Estas características se están extendiendo especialmente en el “global South”, a partir de la Constitución sudafricana de 1996 para llegar al constitucionalismo latinoamericano. Véase, por ejemplo, Von Bogdandy, A.; Ferrer Mac-Gregor, E.; Morales Antoniazzi, M.; Piovesan, F. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

27 Esta es una definición “thick” de democracia, mucho más exigente que la adoptada por Tom Ginsburg, quien se define a sí mismo como “thin”. Sobre esto véase: Ginsburg, T., *Democracies and International Law*, cit., 20 ss.

comparte valores similares, principalmente los derechos humanos y la dignidad de la persona, y utiliza, para garantizarlos, instrumentos e instituciones legales similares, también introducidos gracias al uso de la comparación y, a menudo, a la participación directa de expertos en el “constitution-making”.

3. PESIMISMO

Si desde hace algunas décadas se celebra el éxito de la democracia constitucional, al menos desde 2006 los indicadores de los principales institutos de investigación empiezan a contar una historia distinta²⁸.

¿Qué sucedió? Si siempre han existido zonas de resistencia a la difusión del “constitucionalismo global” (empezando por algunos países comunistas, como China o Cuba, para pasar a los estados islámicos, hasta el debate sobre los “valores asiáticos”)²⁹, en la década de los 2000 las bondades de la democracia constitucional han sido cuestionadas por formas de Estado antidemocráticas, cuyos líderes no dudan en proponer modelos alternativos, alardeando de sus éxitos económicos, la rapidez y eficiencia de los procesos de toma de decisiones y la estabilidad de sus regímenes³⁰. Una tendencia, iniciada en la década de 1990 por el fundador del Estado de Singapur, Lee Kuan Yew, que posteriormente se enriqueció y desarrolló especialmente a través de las intervenciones del primer ministro húngaro Viktor Orbán, en el poder desde 2010, del presidente turco Recep Tayyip Erdoğan, en el poder desde 2003, y por el líder ruso Vladimir Putin, en el poder, en distintos mandatos, desde 1999.

Como muestran en Europa las experiencias de Polonia y Hungría, nuevas democracias que desde hace algunos años van por el camino de la regresión democrática, esta transformación no se está dando con la técnica clásica de los golpes de estado, en decadencia en casi todas partes³¹, sino a través de procesos

28 Véanse los indicadores desarrollados por Freedom House (“Freedom in the World”), Bertelsmann Stiftung (“Bertelsmann Transformation Index”), the World Bank (“Worldwide Governance Indicators”), the World Justice Project (“Rule of Law Index”), V-Democracy (V-Index), Economist Intelligence Unit (“Democracy Index”).

29 Me refiero a la “Declaración de Bangkok”, adoptada en 1993 por representantes de treinta y cuatro países en preparación para la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, publicada en Tang, J. T. H. (ed.), *Human Rights and International Relations in the Asia-Pacific Region*, Londres, Pinter Publishers, 1995, 204 ss.

30 Véase, por ejemplo, Bell, D., *Il modello Cina. Meritocrazia politica e limiti della democrazia* (2017), Roma, Luiss University Press, 2019.

31 Según Lührmann, A., Lindberg, S. I., A New Way of Measuring Shifts Toward Autocracy, en *Post-Cold War Democratic Declines: The Third Wave of Autocratization*, Carnegie Europe 1, June 27, 2019, <https://carnegieeurope.eu/2019/06/27/post-cold-war-democratic-declines-third-wave-of-autocratization-pub-79378> (último acceso: 23 de septiembre, 2022), “instead of coups conducted by military officers, democratically elected incumbents have been responsible for more than two-thirds of all episodes of contemporary autocratization”.

de un nuevo tipo, una especie de “transiciones inversas” que implican un cambio gradual hacia regímenes antidemocráticos³².

En estas áreas, los aspectos “universales” de las constituciones, o derechos fundamentales, no son atacados directamente³³, lo cual demuestra lo importantes que son las constituciones de fachada y la omnipresencia de la retórica de los derechos humanos también en los regímenes autoritarios³⁴. En cambio, se apunta a la parte institucional de la Constitución, es decir, a los “checks and balances” en la forma de gobierno y la independencia de los órganos de garantía, elementos clave del estado de derecho desde su origen decimonónico y retomados por la democracia constitucional en la forma del “rule of law” constitucional.

Las regresiones democráticas se materializan a través de una secuencia de cambios institucionales que, tomados uno por uno, no parecen peligrosos, pero considerados en su conjunto ponen en crisis los elementos estructurales de la democracia constitucional, lo cual resulta en ataques a la independencia del poder judicial, en el “captura” de los tribunales constitucionales y órganos independientes por mayorías políticas, en el control de los medios de comunicación, en la limitación de la libertad de enseñanza y asociación, y en la reducción de la autonomía local, entre otros. Estos procesos están orientados a una concentración de poderes en manos de los gobiernos, muchas veces apoyados por amplias y duraderas mayorías electorales. Y aquí surgen movimientos políticos, liderados por líderes carismáticos, que pretenden hablar en nombre del pueblo, como si el pueblo fuera uno y tuviera una sola voz³⁵. Este reclamo implica la negación de la mediación y el compromiso, características de la democracia representativa, y la solicitud de que el pueblo se exprese directamente (preferiblemente con un sí o un no, sobre preguntas o personas). De ahí la definición, ahora en lenguaje común, de “populismo”³⁶.

32 Entre los primeros en definir las características de la “constitutional retrogression”, véase: Lane Scheppelle, K., *The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work*, en *Governance*, 4/2013, 559 ss.

33 Como muestra claramente la experiencia de Turquía, véase: Kaboğlu, I. Ö., Sales, E., *Le droit constitutionnel turc*, Paris, L'Harmattan, 2015, 199 ss.

34 Sobre el papel de la Constitución en los estados autoritarios, véase Ginsburg, T., Simpser, A. (eds.), *Constitutions en Authoritarian Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; Alviar García, H., Frankenberg, G. (eds.), *Authoritarian Constitutionalism. Comparative Analysis and Critique*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019; véase también: Groppi, T., *Tra costituzionalismo globale ed eccezionalismo: diritti e libertà nel sistema costituzionale cinese nel XXI secolo*, en *Federalismi*, 1/2015.

35 Según esta definición, Müller, J. W., *Cos'è il populismo?*, Milano, Università Bocconi Editore, 2017.

36 Sobre los distintos tipos de populismo, *vid.* Castellà, J. M., Simonelli, M. A. (eds.), *Populism and Contemporary Democracy*, Londres, Palgrave Macmillan, 2022.

El resultado son regímenes que los politólogos definen como “híbridos”³⁷: de hecho, no tienen todas las características tradicionales de los regímenes autoritarios, ya que los derechos de libertad no están totalmente suprimidos y se hace poco uso de las leyes penales, mientras que las elecciones siguen teniendo un carácter competitivo (de ahí la denominación de *competitive authoritarianism*). La coexistencia de unos elementos democráticos con otros autoritarios está también en el origen de la definición de *illiberal democracy*, que a los líderes de estos nuevos regímenes les encanta alardear para demostrar que sus regímenes sí son una democracia, y no un régimen autoritario, y se distancian en el fondo, al mismo tiempo, por la aborrecida *liberal democracy*, considerada ineficiente y decadente.

Estos fenómenos son más frecuentes en las nuevas democracias, donde la prisa por adoptar constituciones similares a las de los estados de origen liberal no siempre ha coincidido con la afirmación de sistemas plenamente democráticos. En muchos casos los textos constitucionales, formalmente atribuibles, en todo o en parte, al modelo de Estado constitucional, no se han implementado en la realidad, lo cual convierte a estos documentos en carentes de eficacia³⁸. La distancia entre la Constitución “in the books” y “in the facts” tiende a acentuarse más en contextos culturales en los que el constitucionalismo, que se entiende como programa de limitación del poder y garantía de derechos a través de normas jurídicas, no encuentra raíces indígenas. Esto sucede no sólo en los procesos constituyentes fuertemente heterodirigidos, incluso fruto de la “exportación de la democracia por las armas” (como en Afganistán o Irak), sino también donde, como en las experiencias de la llamada “primavera árabe”, las nuevas constituciones democráticas no logran suplir la falta de actores políticos que se hagan portadores³⁹. En el caso de las “constituciones

37 Se utilizan diferentes expresiones: *hybrid regimes* (Tushnet, M., *Authoritarian Constitutionalism*, en *Cornell Law Review*, 2/2015, 391 ss.); *competitive authoritarianism* (Levitsky, S., Way, L., *The Myth of Democratic Recession*, en *Journal of Democracy*, 1/2015, 45 ss.); *illiberal democracy* (Zakaria, F., *The Rise of Illiberal Democracies*, en *Foreign Affairs*, 6/1997, 22 ss.).

38 Al respecto, véase Grimm, D., *Types of Constitution*, en Rosenfeld, M., Sajò, A. (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, cit., 98 ss., especialmente 107. Hablamos de “sham constitutions” para indicar los casos en que la distancia entre el texto constitucional y la realidad del país es particularmente amplia: Law, D., Vertseeg, M., *Sham Constitutions*, en *California Law Review*, 4/2013, 863 ss. Pero véase Loewenstein, K., *Political Power and the Governmental Process*, Chicago, University of Chicago Press, 1957, 147 ss.; así como Sartori, G., *Constitutionalism: A Preliminary Discussion*, en *American Political Science Review*, 4/1962, 867 ss.

39 Nos parece que el asunto constitucional tunecino que vio primero la no implementación, luego la suspensión y finalmente, en 2022, la sustitución de la Constitución de 2014, que se remonta al modelo de “constitucionalismo global”, como se establece en el trabajo citado en la nota 4. Sobre el “democratic backsliding” de Túnez, J. I. Hernández G., *Constitutional Authoritarian Populism in Tunisia*, en *iconnectblog.com*, sept. 9, 2022, <http://www.iconnectblog.com/2022/09/constitutional-authoritarian-populism-in-tunisia/> (último acceso: 23 de septiembre, 2022).

sin constitucionalismo”⁴⁰, es altamente probable el advenimiento, independientemente de lo que establezcan los textos constitucionales, de regímenes autoritarios o, en todo caso, no plenamente democráticos.

Pero incluso en las llamadas “democracias consolidadas” asistimos al nacimiento y éxito de movimientos políticos que se inspiran en experiencias históricas antidemocráticas o, en todo caso, rechazan más o menos explícitamente los principios de la democracia constitucional. En general, en la percepción de la opinión pública surge una desconfianza hacia los procesos democráticos y especialmente hacia la democracia representativa: así lo demuestran las encuestas, que muchas veces colocan en los últimos puestos no sólo a los principales actores de la vida política democrática: los partidos políticos; sino también a muchas instituciones representativas. También es significativa la baja participación en la votación, más o menos en caída libre por doquier⁴¹.

4. CAUSAS

Encontrar las causas de esta situación es una tarea compleja. Independientemente de los contextos nacionales o regionales específicos, es posible observar algunos aspectos comunes⁴².

Un primer elemento es el declive del concepto de la soberanía “westfaliana”, consecuencia de la globalización económica y financiera, como sucedió después del final de la Guerra Fría: cada vez con más frecuencia, las decisiones relevantes para la vida de una comunidad política estatal se toman fuera del territorio del Estado, muy a menudo por parte de actores económicos y financieros externos. Emerge, entonces, una discrepancia entre aquello en lo que los ciudadanos pueden participar (a través de sus representantes) y los lugares donde realmente se toman las decisiones, que trascienden las fronteras geográficas. En 1989, más que un éxito de la democracia constitucional, que habría representado el éxito del capitalismo financiero global, dispuesto a jugar a la baja en la protección de los trabajadores y los derechos sociales; al alza, sin embargo, en el enriquecimiento de gestores o propietarios de grandes fortunas⁴³. Ante estos acontecimientos, y una vez que transcurrió un periodo de tiempo considerable, y en conjunción con la crisis económica mundial de 2008, se habría puesto en marcha una reacción defensiva de las sociedades occidentales, aunque algo ambigua y confusa (basta pensar en la

40 Groppi, T., *Costituzioni senza costituzionalismo? La codificazione dei diritti in Asia agli inizi del XXI secolo*, en *Politica del diritto*, 2/2006, 187 ss.

41 Foa, R., Mounk, Y., *The Danger of Deconsolidation: The Democratic Disconnect*, en *Journal of Democracy*, 3/2016, 5 ss.

42 Graber, M. A., Levinson, S., Tushnet, M. (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

43 Gallino, L., *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro en crisi*, Torino, Einaudi, 2011, 296.

dificultad, para todas las fuerzas políticas, de apoyar políticas económicas distintas al puro productivismo y consumismo). Reafirmar la soberanía de los estados es la solución que buscan las nuevas fuerzas políticas emergentes que dicen querer devolverle el “cetro de poder” al pueblo, y obviamente pueden hacerlo, y construir sobre esto su éxito electoral, sólo en el ámbito interno. Esto coincide con el relanzamiento del estado nacional “cerrado”, que da lugar a una relación bidireccional entre soberanía y populismo que empuja en dirección a una “renacionalización” de las constituciones.

Pero, además de los factores exógenos, es necesario reflexionar sobre los factores endógenos, intrínsecos a la democracia constitucional. En primer lugar, debemos de pensar en la dificultad de la democracia representativa (también sobre la base de los sistemas electorales y de la forma de gobierno) de dar una voz a los diversos componentes de la sociedad. De hecho, no es raro que el carácter inclusivo original de la democracia constitucional sea, en la realidad, una simple aspiración, mientras que las palancas del poder y los centros de toma de decisiones han sido preservados por élites económicas y culturales restringidas⁴⁴. Lo anterior, hasta el punto de que, en muchos ordenamientos jurídicos, sobre todo en el “constitucionalismo transformador” latinoamericano, la implementación de las promesas constitucionales estuvo a cargo, principalmente, de los jueces, quienes se convirtieron en los destinatarios de las cuestiones sociales no resueltas. Así, los tribunales, de ser instituciones contramayoritarias (con la tarea de limitar los excesos de las mayorías políticas), se convirtieron en protagonistas de políticas constitucionales, llamadas a implementar demandas mayoritarias (entre la población), pero no compartidas por las élites políticas⁴⁵.

La comprensión excesiva del peso de la decisión popular en el sistema democrático puede favorecer a la ideología populista. Este sería el síntoma (como una fiebre) de una enfermedad (la falta de democracia): la expresión de una democracia que sufre por la acumulación de preguntas que no han sido escuchadas⁴⁶.

La desconfianza en los procesos democráticos de toma de decisiones es amplificada por las redes sociales, generando un efecto multiplicador, muy dañino para la democracia constitucional. La revolución digital, de hecho, aparentemente pone el mundo en manos de los individuos, contribuyendo al declive de las estructuras reguladoras basadas en la autoridad y las instancias

44 Este aspecto se ha destacado en escritos de Roberto Gargarella; véase: Gargarella, R., *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2021.

45 Sobre este papel de los jueces, véase: Roa Roa, J. E., El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano, en *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law Research Paper*, 11/2020.

46 Este diagnóstico ya estaba contenido en un volumen de hace más de veinte años: Mény, Y., Surel, Y., *Populismo e democrazia* (2000), Bolonia, Il Mulino, 2001; y más reciente: Mény, Y., *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, Bolonia, Il Mulino, 2019.

de mediación⁴⁷. Básicamente, es a menudo a través de las redes sociales que todos expresan su propia visión del mundo, a través de elecciones realizadas fuera de los contextos relacionales y necesariamente simplificadas. Estos métodos de comunicación favorecen, por medio de algoritmos, creando “echo chambers” que no se comunican entre sí y, en consecuencia, crean “gated communities”, grupos cerrados que permiten a quienes tienen ciertas preferencias virtualmente “encontrarse” solo con sus propios pares, fomentando así la polarización y la fragmentación. Se destaca ahora las consecuencias sobre la democracia pluralista que, por el contrario, se alimenta de “encuentros no planificados”, que implican la posibilidad de exponerse a situaciones y opiniones no escogidas previamente, y de “experiencias compartidas”, que constituyen una suerte de pegamento social, sin el que las personas podrían incluso, en algún momento, encontrar difícil el entendimiento mutuo⁴⁸.

Además de esto, hay una causa más, que pocas veces se enfatiza, precisamente en estos años en los que se multiplican los estudios sobre las desigualdades. Es decir que las desigualdades en sí mismas y más aún su crecimiento —en países donde, en el siglo xx, se habían reducido significativamente— tienen consecuencias sobre el funcionamiento de la democracia⁴⁹.

De hecho, el aumento de las desigualdades, con la creciente distancia entre individuos y grupos, debilita la cohesión social y el sentido de identidad. Aristóteles ya había destacado, en su *Retórica*, los límites cronológicos y geográficos de la compasión y la envidia⁵⁰: una consideración que ha acompañado a lo largo de los siglos a la reflexión sobre la relación entre el derecho escrito y los principios morales y que encontramos bien resumida por Diderot, cuando señala que los seres humanos dejan de sentir compasión a medida que crece la distancia o la estrechez de los objetos, al punto que dice “no tengo ninguna duda de que, si no fuera por el miedo al castigo, muchos estarían más dispuestos a matar a un hombre de una distancia que lo hizo parecer tan grande como una golondrina, que degollar a un buey con sus propias manos. Si nos compadecemos de un caballo en pena, y aplastamos a una hormiga sin escrúpulos, ¿no será porque nos mueve el mismo principio?”⁵¹.

Podríamos decir que la distancia, llevada al extremo, genera falta de compasión hacia los demás seres humanos. La pérdida de una pertenencia

47 Nichols, V. T., *La conoscenza e i suoi nemici* (2017), Roma, Luiss University Press, 2018.

48 Véase el esclarecedor volumen de Sunstein, C. R., *Republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna, Il Mulino, 2017.

49 Sitaraman, G., Economic Inequality and Constitutional Democracy, en Graber, M. A., Levinson, S., Tushnet, M. (eds.), *Constitutional Democracy en Crisis?*, cit., 536; Piketty, T., *Il capitale nel XXI secolo*, Milano, Bompiani, 2014, 402; Stiglitz, J. E., *Il prezzo della disegualianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Torino, Einaudi, 2013.

50 Aristóteles, *Retórica*, 1386 y 1388a.

51 Ginzburg, C., Uccidere un mandarino cinese, en Id., *Occhiacci di legno. Dieci riflessioni sulla distanza*, Macerata, Quodlibet, 2019, 227 ss., en particular 232, donde se informa el pasaje de Diderot, contenido en *Lettera sui ciechi, ad uso di quelli che vedono*.

común socava, a su vez, el mismo vínculo comunitario, favoreciendo la división y la polarización⁵².

La gestión de los espacios urbanos también contribuye a crear distancias, lo cual se ha trasladado, en muchos países, a los barrios cercados, “gated communities” *en* sentido propio, encomendadas a la vigilancia de empresas de seguridad privada⁵³, donde los ricos se han auto encerrado para buscar recrear artificialmente la tranquilidad y seguridad que se pierden en la violencia de las grandes ciudades, muchas veces parecidas a verdaderas “junglas urbanas”. Si bien el uso del espacio urbano con fines políticos y sociales se remonta, después de todo, al París del barón de Haussmann, en la época del Segundo Imperio, que respondía a una lógica similar, recién en las últimas décadas la separación de los espacios sociales se ha tornado una constante en muchos países.

El viajero europeo sigue impresionado mientras deambula entre las alambradas y las barreras que rodean los centros comerciales y las zonas residenciales, en los barrios acomodados de Ciudad de México, Santiago de Chile o Johannesburgo. Pero esta realidad también se extiende a los países ricos, donde se tiende a sacar a los pobres de las zonas centrales y encerrarlos en guetos urbanos, perdidos en suburbios remotos. El resultado es que la organización de la vida social se reduce cada vez más a los espacios privados, y esto hace que las diferentes personas ni siquiera se reúnan. Por esto, el sentido de pertenencia debe ser creado artificialmente. Por ejemplo, a través de la aparición o el retorno de formas de “nacionalismo tribal”⁵⁴ (alimentado por un armamento simbólico complejo), que buscan suplir la ausencia de una base “real” para compartir⁵⁵.

El desvanecimiento de la perspectiva de mejorar la situación económica propia o de los hijos, las dificultades de la vida cotidiana derivadas del recorte del gasto público, las incertidumbres de un futuro que parece depender de variables incontrolables; todo esto genera, en las multitudes de ciudadanos de sociedades democráticas de Occidente, una multiplicidad de emociones negativas: resentimiento, envidia, desconfianza, inseguridad, miedo e incluso ira. En una época de escasos recursos, en la que son pocos los puestos de trabajo atractivos y se reducen incluso los menos cualificados, es fácil que prevalezcan el desánimo y la sensación de abandono, terreno fértil para la lucha de los últimos, tal como está ocurriendo contra los migrantes y personas

52 Este tema ya fue claramente destacado en Dahrendorf, R. *Quadrare il cerchio. Benessere economico, coesione sociale e libertà politica*, Bari-Roma, Laterza, 1995, specie 39 ss.

53 Judt, T. *Guasto è il mondo*, 2011, Bari-Roma, Laterza, 94.

54 En el sentido indicado por Arendt, H., *Le origini del totalitarismo* (1948) Torino, Einaudi, 2009, 317 ss.

55 Ciertamente, esto no es nuevo, por ejemplo: Hobsbawm, E., Ranger, T. *L'invenzione della tradizione* (1983), Torino, Einaudi, 2002.

extranjeras pobres. Es una situación que, a su vez, se presta a ser explotada con fines electorales por políticos sin escrúpulos.

En resumen: en un mundo que parece haber reducido, e incluso eliminado, las distancias espaciales, reaparece la eterna, gran dicotomía, alto y bajo, arriba y abajo, con su corolario de distancias, divisiones y sufrimiento humano⁵⁶.

5. RESPUESTAS

En este escenario, ¿cuál es el papel del derecho, y en particular del derecho constitucional comparado?

Para responder, necesitamos aclarar algunas premisas: (a) que la democracia constitucional es una “cosa buena”, es decir, que es al menos el “menos peor” entre los regímenes políticos disponibles hoy en la historia de la humanidad⁵⁷; (b) que, aunque la ley no lo es todo, tampoco es nada⁵⁸; (c) que exista un espacio, en el ámbito nacional, para las respuestas institucionales, encaminadas al fortalecimiento y la defensa de la democracia constitucional.

Este último elemento está lejos de ser obvio, ya que aspectos decisivos, como la regulación de las grandes potencias privadas, o los derechos de los trabajadores, o los mercados financieros, o la inteligencia artificial, o los factores que inciden en el calentamiento climático, implican respuestas en los órdenes supranacional y global, lo cual a su vez implica la creación de un sistema representativo y de toma de decisiones a escala global, una verdadera “Constitución de la Tierra”, para usar las palabras de Luigi Ferrajoli⁵⁹. ¿Utopía? Más bien diría la visión profética kantiana de la historia, respecto de la cual el espacio de intervención de los juristas sigue siendo mínimo, si no disfrazado, más que como estudiosos, como activistas, militantes de una idea, que se basa en principios morales, convicciones y sobre la experiencia de cada uno, y sobre los procesos de memoria y compromiso cívico que todo ello genera⁶⁰.

Sin embargo, no se puede descartar todavía el papel que desempeñan los estados en su capacidad interna como protagonistas del sistema internacional.

56 Este tema lo desarrollé en Groppi, T., *Oltre le gerarchie. en difesa del costituzionalismo sociale*, Bari-Roma, Laterza, 2021, 81 ss. Sobre la noción de “alto y bajo” aplicada a la actividad del jurista, véase: Zagrebelsky, G., *Diritti per forza*, Torino, Einaudi, 2017, 11.

57 Según lo que ya he argumentado en Groppi, T., *Menopoggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Bolonia, Il Mulino, 2020. En el mismo sentido, la democracia como “the least bad option”, véase: Ginsburg, T., *Democracies and International Law*, cit., 292.

58 Mackinnon, C. A., *Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, en *Signs*, 1983, trad. it., Ead., *Le donne sono umane?*, Bari-Roma, Laterza, 2012, 93.

59 Ferrajoli, L., *Per una costituzione della terra*, Milano, Feltrinelli, 2022.

60 Estas son tareas que los académicos están llamados a realizar en su calidad de activistas. Sobre la delicada coexistencia de los dos roles, y sobre la necesidad de evitar que el activismo de los estudiosos, legítimo en sí mismo, sin embargo, afecte las metodologías utilizadas en la investigación, véase: Khaitan, T., *On Scholactivism in Constitutional Studies: Skeptical Thoughts*, en *1-CON. International Journal of Constitutional Law*, 2022, 1 ss.

Es precisamente en el ámbito nacional –y, especialmente en el espacio europeo, tan fuertemente integrado, incluso a nivel regional– donde se abren escenarios de reflexión no utópicos, respecto de los cuales el derecho comparado, también como herramienta para apoyar a las instituciones de garantía, nacionales y supranacionales⁶¹, puede desempeñar una doble función, que yo definiría respectivamente como “proactiva” y “defensiva”.

La función “proposicional” está ligada, aunque en un marco muy modificado, a los inicios mismos de la disciplina, creada para dotar al legislador, o al constituyente, de soluciones e ideas a imitar o trasplantar. Aún hoy, se trata de explorar, y presentar en su complejidad, posibles gamas de soluciones para enfrentar las debilidades intrínsecas de la democracia constitucional. Un ejemplo de esto es lo siguiente: para limitarnos a la cuestión que parecen más urgentes, la crisis de la democracia representativa y las posibles alternativas, las experiencias comparadas muestran que las modalidades de decisión no acompañadas de procesos deliberativos pueden conducir, más que a un fortalecimiento, a una disolución de la democracia pluralista, ya que estimulan la polarización, el dualismo y, en última instancia, el conflicto y la confrontación⁶². De hecho, en los sistemas democráticos consolidados el papel de la democracia directa es limitado, especialmente a nivel de los estados nación, con la única excepción de Suiza, donde, sin embargo, se es parte de una tradición que tiene muchos rasgos peculiares, desde la forma de gobierno a la estructura típicamente federal. Y muy a menudo, incluso en este país, los referéndums se utilizan como un arma contra las minorías y no como instituciones participativas eficaces. Así, la búsqueda de nuevas soluciones requiere, para no causar más mal que bien, un conocimiento profundo y contextualizado de múltiples experiencias, a primera vista también muy lejanas y variadas: pensemos, por ejemplo, respecto de la democracia participativa, presupuesto participativo, al “débat public”, o a la “Irish Citizens’ Assembly”⁶³.

La clásica función proposicional del derecho comparado se acompaña de una nueva, de tipo defensivo.

Considerando el carácter sofisticado de los regímenes “híbridos” y el papel que desempeña la ley en el progresivo deslizamiento hacia el autoritarismo (hasta el punto de que *los* “autocratic legalism”)⁶⁴, la supervisión de los cambios institucionales asume un papel decisivo.

61 Empezando por la Comisión de Venecia, que realiza una importante labor de derecho comparado. Véase, por ejemplo: Bartole, S., *The Internationalisation of Constitutional Law. A View from the Venice Commission*, London, Bloomsbury, 2020.

62 En esta perspectiva, “el referéndum es una institución falsamente participativa”: así Sunstein, C., *A cosa servono le Costituzioni? Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, Il Mulino, 2009, 9 ss.

63 Bagni, S., *Il popolo legislatore*, Bologna, Bologna University Press, 2017.

64 Esta es la expresión de Lane Scheppelle, K., Autocratic Legalism, en *University of Chicago Law Review*, 2/2018, 545 ss.

Esto implica, en primer lugar, una selección de temas de estudio e investigación. No sólo el poder judicial y la justicia constitucional, sino también el papel de la oposición, los sistemas electorales (incluidas las circunscripciones electorales: piense en el “gerrymandering”), la información y la desinformación, la administración pública (también la local), las autoridades independientes, para limitarnos a algunas macrocategorías⁶⁵. Es importante subrayar la necesidad de ir más allá de la visión tradicional del “rule of law”, para considerar también los aspectos institucionales de la democracia representativa: los dos elementos (“rule of law” y democracia), que son pilares de la democracia constitucional, se apoyan mutuamente y requieren una lectura holística. El “rule of law” es, en sí mismo, un producto de la alternancia democrática. Si las mayorías gobernantes no tienen la perspectiva de perder las elecciones y encontrarse en la oposición, es inevitable que acaben despreciando la separación de poderes y la independencia del poder judicial. Este es un aspecto que a menudo se subestima. Por ejemplo, el énfasis en una concepción circunscrita del “rule of law”, que no incluye la responsabilidad democrática, es uno de los problemas del mecanismo de la Unión Europea para la protección del Estado de derecho⁶⁶.

Esto no significa que cualquier intervención sobre estos sectores del sistema legal conduzca necesariamente a una regresión democrática, sino que son, al menos, “categorías sospechosas”, que deben ser monitoreadas con especial atención, también a través de un uso contextualizado y no-comparación contextual contaminado por actitudes partidistas.

Sin embargo, si las tensiones de las sociedades pluralistas acaban descargándose en las estructuras institucionales, lo hacen sobre la base de los derechos, o más bien en torno a los principios que deben orientar la convivencia entre los diferentes componentes de la sociedad pluralista.

Aquí, como hemos mencionado, se están produciendo varios fenómenos. En los procesos de regresión democrática que desembocan en regímenes híbridos o nuevos autoritarismos, suele ocurrir que, aunque el catálogo de derechos se mantiene formalmente inalterado y sigue correspondiendo a los principales documentos y declaraciones internacionales, el vaciado del sistema de garantías transforma estos listados en meros textos de

65 Jakab, A., *What Can Constitutional Law Do Against the Erosion of Democracy and the Rule of Law? On the Interconnectedness of the Protection of Democracy and the Rule of Law*, MPIL Working Paper, 2019/15, 7 s.

66 Jakab, A., Three Misconceptions about the EU Rule of Law Crisis, en *VerfBlog*, 2022/10/17, <https://verfassungsblog.de/misconceptions-rol/> (último acceso: 3 de noviembre, 2022). En este sentido, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, parece más avanzado, como demuestran las opiniones consultivas que introdujeron el llamado “Test democrático interamericano”. Binder, V. C., Morales Antoniazzi, M., Towards Institutional Guarantees for Democratic Rotation: The Inter-American Court’s Advisory Opinion OC-28/21 en *Presidential Re-election*, *VerfBlog*, 2021/10/06, <https://verfassungsblog.de/towards-institutional-guarantees-for-democratic-rotation/> (último acceso: 3 de noviembre, 2022).

fachada. Incluso en las democracias establecidas, la cuestión central es cada vez más la de la eficacia. Son las “promesas rotas de la democracia”⁶⁷, o la percepción más o menos distorsionada de tales vacíos para generar desafección y desconfianza, emociones negativas en las que prosperan los movimientos populistas⁶⁸.

En esencia, es necesario contribuir a develar no sólo los giros de las instituciones de la democracia constitucional que pueden poner en marcha procesos de retroceso democrático⁶⁹, sino también el estado de implementación (no necesariamente en el sentido de ineficacia) de las normas constitucionales sobre derechos, que salpican las constituciones a partir de la Segunda Guerra Mundial.

A nivel metodológico, esto implica un renovado énfasis en los estudios empíricos, que combinan el método jurídico con los de otras disciplinas sociales, y permiten verificar, con la máxima objetividad, el impacto de las normas sobre la realidad⁷⁰. Este último aspecto es particularmente significativo también en lo que respecta a las estructuras institucionales. De hecho, muchos cambios que son parte de el “democratic backsliding” suceden, como no se cansa de señalar Wojciech Sadurski, “sin una modificación formal de instituciones y procedimientos, de modo que sean invisibles a una reconstrucción puramente jurídica”⁷¹ y requieren la consideración de situaciones de hecho, a partir de aquellas que determinan las convenciones y costumbres sin que las mismas reglas formales se vacíen de sentido⁷².

La función “defensiva” del derecho comparado, además de afectar la elección de los temas y la metodología de la investigación, también debe llevar a repensar los métodos de difusión y difusión de los resultados. Es necesario que los académicos entablen relaciones con la sociedad civil y con la opinión pública⁷³, que a menudo luchan tanto por percibir los riesgos de

67 Así Bobbio, N., *Il futuro della democrazia* (1984), en Id., *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1995, 8.

68 Abordé este tema en Groppi, T., *Oltre le gerarchie*, cit., 89 ss.

69 De esta forma comparto las conclusiones de Dixon, R., Landau, D., *Abusive Constitutional Borrowing*, cit., 205.

70 A pesar de las dificultades que también plantea esta metodología, en cuanto a su objetividad. Vea el trabajo clásico de Porter, T. M., *Trust in Numbers. The Pursuit of Objectivity in Science and Public Life* (1995), Princeton, Princeton University Press, reimpression de 2020.

71 Sobre este punto, véase: Sadurski, W., *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, en *Sydney Law School Research Paper*, 5/2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3103491 (último acceso: 23 de septiembre, 2022).

72 Sobre la relativa “invisibilidad” de los cambios normativos que conducen a la *democracia reincidencia* y sobre la importancia de vigilar las “reglas no escritas”, véase: Sadurski, W., *Constitutional democracy in the time of elected authoritarians*, en I-CON. *International Journal of Constitutional Law*, 2/2020, 324 ss.

73 Retomando la lección de Max Weber, para quien la función última de las ciencias sociales es ayudar al individuo a realizar los fines últimos de sus propios actos: Weber, M., *La scienza come professione* (1917), Torino, Edizioni di Comunità, 2001, 34.

deslices autoritarios inherentes a intervenciones regulatorias que a primera vista son marginales o altamente tecnificadas⁷⁴, como por ser plenamente conscientes de la realidad límites y beneficios de las democracias constitucionales⁷⁵. Para ello, además de los canales tradicionales de relación con los medios de comunicación y las instituciones educativas, es necesario un esfuerzo de creatividad para desarrollar nuevos métodos de comunicación, que permitan transmitir mensajes complejos de forma adecuada a las nuevas tecnologías de la comunicación⁷⁶. Una experiencia muy importante en esta dirección es la de los académicos de Israel en la batalla en contra de la reforma del poder judicial, diseñada para erosionar la independencia judicial y debilitar el control de constitucionalidad del Tribunal Supremo: su acción colectiva de pedagogía constitucional contribuyó a la impresionante movilización ciudadana del 2023 en contra de la reforma, representado una acción paradigmática que puede inspirar a los académicos de cualquier otro país en el futuro⁷⁷.

Monitorear constantemente los desarrollos de las regresiones democráticas, investigar la efectividad de la ley y los derechos, no solo para revelar los engaños del “abusive constitutionalism”, sino también para enfocar las fortalezas y debilidades de las democracias constitucionales, son los grandes desafíos de esta época. A los comparatistas, con la mirada entrenada en el estudio y conocimiento de los contextos, capaces de leer la experiencia extrajurídica,

74 Resaltando lo siguiente: “[M]any of the changes that result in the de-liberalization of constitutional systems are highly technical and therefore hard for the ordinary citizen to understand”. Lane Scheppele, K., *Autocratic Legalism*, cit., 582.

75 Escribe Judt, T., *Guasto è il mondo*, cit., 159 ss.: “Consideramos las instituciones, las leyes, los servicios y los derechos que hemos heredado de la gran era de reformas del siglo XX como algo que se da por sentado. Es hora de recordarnos que todas estas cosas en 1929 eran absolutamente inconcebibles. Somos los afortunados beneficiarios de una transformación que ha tenido un alcance e impacto sin precedentes. De hecho, hay mucho que defender”.

76 Se están llevando a cabo una serie de experimentos interesantes por parte de académicos individuales, instituciones universitarias e incluso tribunales constitucionales, como el uso de *podcasts*. Véanse, por ejemplo, las actividades pedagógicas llevadas a cabo por la Corte Constitucional de Colombia (<https://open.spotify.com/show/4mSdZqoYhYBdgvWxWRdmbu> consultado por última vez el 3 de noviembre de 2022), o por la Corte Constitucional italiana (<https://www.cortecostituzionale.it/categoriePodcast.do> consultado por última vez el 3 de noviembre de 2022). Un ejemplo de podcast editado por académicos es el de Tom Ginsburg y Claudia Fiore “Entitled” (<https://entitledpodcast.com/> consultado por última vez el 3 de noviembre de 2022). Para una primera reflexión sobre el uso de las nuevas tecnologías en el “legal design thinking”, véase: De Souza, S. P., Spohr, M. (eds.) *Technology, Innovation and Access to Justice*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2021. Específicamente sobre el papel de los tribunales en la pedagogía constitucional, véase: M. de Visser, Promoting Constitutional Literacy: What Role for Courts? en *German Law Journal*, 2022, 1121 ss.

77 Para un cuento sintético de las iniciativas que se realizaron, ver I. Bar-Siman-Tov, T. Hostovsky Brandes, E. Liebllich, Y. Roznai & A. Shinar, *Scholactivism in the Service of Counter-populism: The Case of the Constitutional Overhaul in Israel*, 19 octubre 2023, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4606912

se les pide, una vez más, ser ventana abierta⁷⁸ y ser protagonistas de caminos innovadores, científicos y civiles.

REFERENCIAS

- AA. VV. (2003), Les cours constitutionnelles face aux enjeux de la communication, en www.accf-francophonie.org.
- Belov, M. (ed.) (2021), *The IT Revolution and its Impact on State, Constitutionalism and Public Law*, Oxford, Hart Publishing.
- Bobbio, N. (1969), Sulla funzione promozionale del diritto, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, xxiii, pp. 1313 ss.
- Bodnár, E. (2022), The McLachlin Court and the Concept of Open Justice, en Gruben, V., Mayeda, G. y Rees, O. (ed.), *Controversies in the Common Law: Tracing the Contributions of Chief Justice Beverley McLachlin*, Toronto, University of Toronto Press, pp. 287 ss.
- Bonnet, J. (2018), La communication juridictionnelle, nouvel objet du droit, en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2018, pp. 13 ss.
- Cheli, E. (2019), Corte costituzionale e potere politico, en *Quaderni costituzionali*, 4, pp. 777 ss.
- Constitutional Court of Korea (2018), *Thirty Years of the Constitutional Court of Korea (1988-2018)*, Seoul.
- Cornes, R. (2013), A Constitutional Disaster in the Making? The Communications Challenge Facing the United Kingdom's Supreme Court, en *Public Law*, pp. 266 ss.
- Costanzo, P. (2015), La Corte costituzionale come «nodo» della rete, en www.giurcost.org.
- David, L. (2017), The Face of an Institution: Beverley McLachlin's Reinvention of the Role of the Chief Justice of Canada, en www.iconnectblog.com.
- Davis, R. (2011), *Justices and Journalists: The US Supreme Court and the Media*, New York, Cambridge University Press.
- Davis, R. (2017), Symbiosis. The US Supreme Court and the Journalists Who Cover it, en Davis, R. y Taras, D. (ed.), *Justices and Journalists. The Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 288 ss.
- Davis, R. y Taras, D. (ed.) (2017), *Justices and Journalists. The Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press.
- De Visser, M. (2022), Promoting Constitutional Literacy: What Role for Courts?, en *German Law Journal*, 8, pp. 1121 ss.

⁷⁸ Sobre el derecho comparado como “ventana abierta”, véase: Siems, M., *Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 3.^a ed., 2022.

- Disant, M. (2018), La communication du Conseil constitutionnel. Évolution, organisation, méthodes, en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, pp. 59 ss.
- Dixon, R. (2021), Strong Courts: Judicial Statecraft en Aid of Constitutional Change, en *Columbia Journal of Transnational Law*, 2, pp. 299 ss.
- Garoupa, N. y Ginsburg, T. (2014), Judicial Roles en Nonjudicial Functions, en *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper n. 676*, pp. 755 ss.
- Gleeson, J. (2022), Court Education Is Not Just For Lawyers, en www.cdn.hcourt.gov.au.
- Grendstad, G., Shaffer, W. R. y Waltenburg, E.N. (2017), Norway: Managed Openness and Transparency, en Davis, R. y Taras, D. (ed.), *Justices and Journalists. The Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 235 ss.
- Groppi, T. (2022), Paolo Barile e la giustizia costituzionale, en Perini, M. y Pisaneschi, A. (ed.), *Paolo Barile a vent'anni dalla scomparsa*, Pisa, Pacini Editore, pp. 107 ss.
- Grossi, P. (2018), Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2017, en www.cortecostituzionale.it.
- Gruben, V., Mayeda, G. y Rees, O. (ed.) (2022), *Controversies en the Common Law: Tracing the Contributions of Chief Justice Beverley McLachlin*, Toronto, University of Toronto Press.
- Harada, S. (2017), The «Uncomfortable Embrace». The Supreme Court and the Media en Canada, en Davis, R. y Taras, D. (ed.), *Justices and Journalists. The Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 81 ss.
- Hochmann, T. (2018), La communication de la Cour constitutionnelle allemande, en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, pp. 17 ss.
- Holtz-Bacha, C. (2017), The German Constitutional Court and the Media, en Davis, R. y Taras, D. (ed.), *Justices and Journalists. The Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 101 ss.
- Ingram, M.C. (2017), Uncommon Transparency. The Supreme Court, Media Relations, and Public Opinion en Brazil, en Davis, R. y Taras, D. (ed.), *Justices and Journalists. The Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 58 ss.
- Josi, P. (2018), Medienarbeit des Bundesgerichts, en *Justice – Justiz – Giustizia*, 2, pp. 1 ss.
- Kong, S. (2021), The Two Modes of Foreign Engagement by the Constitutional Court of Korea, en *Asian Journal of Comparative Law*, 2, pp. 1 ss.
- Lamarque, E. (2021), Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Lamprecht, R. (2012), Kooperation und Konfrontation. Das Bundesverfassungsgericht und die Medien – Nahe und Distanz, en *Zeitschrift fur Rechtspolitik*, 5, pp. 149 ss.
- Lattanzi, G. (2019), La comunicazione della Corte costituzionale, en www.cortecostituzionale.it.

- Law, D.S. (2015), Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy, en *University of Pennsylvania Law Review*, 4, pp. 927 ss.
- Lecis Cocco-Ortu, A.M. (2020), La Cour constitutionnelle italienne et le public: à la recherche d'une confiance renouvelée entre oeuvre pédagogique et légitimation, en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, pp. 37 ss.
- MacFarlane, E. (2013), *Governing from the Bench. The Supreme Court of Canada and the Judicial Role*, Vancouver-Toronto, UBC Press.
- Malhière, F. y Richaud, C. (2018), La communication de la Cour suprême américaine, en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, pp. 45 ss.
- Mathieu, D. (2018), La communication du Conseil constitutionnel. Évolution, organisation, méthodes, en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, pp. 62 ss.
- Meyer, P. (2020), Judicial Public Relations: Determinants of Press Release, Publication by Constitutional Courts, en *Political Studies*, 4, pp. 477 ss.
- Moran, L.J. (2017), Judicial Institutional Change and Court Communication Innovations. The Case of the UK Supreme Court, en Davis, R. y Taras, D. (ed.), *Justices and Journalists. The Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 255 ss.
- Morrone, A. (2019), Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale, en *Quaderni costituzionali*, 2, pp. 251 ss.
- Passaglia, P. (2019), Institutional Communications as a Means to Strengthen the Legitimacy of Constitutional Courts, en Pinto de Albuquerque, P. y Wojtyczek, K. (ed.), *Judicial Power en a Globalized World. Liber Amicorum Vincent De Gaetano*, Cham, Springer International Publishing, pp. 359 ss.
- Perini, M. y Pisaneschi, A. (ed.) (2022), *Paolo Barile a vent'anni dalla scomparsa*, Pisa, Pacini Editore.
- Pizzorusso, A. (1963), La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XIII, pp. 406 ss.
- Ponthoreau, M.-C. (2020), La confiance du public dans la justice constitutionnelle à l'ère du populisme. Pistes de réflexion, en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, pp. 15 ss.
- Pou, F. (2017), Changing the Channel: Broadcasting Deliberations en the Mexican Supreme Court, en Davis, R. y Taras, D. (ed.), *Justices and Journalists. The Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 209 ss.
- Salazar, P. (2022), ¿Deben o pueden nuestros jueces ser influencers?, en *El Financiero*, 12 octubre.
- Schindler, F. (2022), Verfassungsgericht bevorzugt einige Journalisten – jetzt trägt das ein Bundestags-Gutachten, en *Welt*, 14 noviembre.
- Spencer, R. (2017), Communication Beyond the Judgments: The Australia High Court. Speaking for Itself, but not Tweeting, en Davis, R. y Taras, D. (ed.), *Justices and Journalists. The Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 39 ss.

- Sperti, A. (2019), Corte costituzionale e opinione pubblica, en *Diritto e Società*, 4, pp. 757 ss.
- Sperti, A. (2021a), Constitutional Courts Speak Their Voice. Their Fight Against Fake News and Disinformation on Constitutional Justice, en *The Italian Review of International and Comparative Law*, 1, pp. 224 ss.
- Sperti, A. (2021b), The Impact of Information and Communication Revolution on Constitutional Courts, en Belov, M. (ed.), *The IT Revolution and Its Impact on State, Constitutionalism and Public Law*, Oxford, Hart Publishing, pp. 183 ss.
- Spreutels, J., Alen, A. y Meersschaut, F. (2014), Cour constitutionnelle de Belgique. Les enjeux des relations entre les cours constitutionnelles et les médias, en *Bulletin*, 11, Les Cours constitutionnelles et les médias, en www.acfffrancophonie.org.
- Stasio, D. (2020), Il senso della Corte per la comunicazione, en *Questione Giustizia*, 4, pp. 156 ss.
- Steininger, S. (2022), Creating Loyalty: Communication Practices en the European and Inter-American Human Rights Regimes, en *Global Constitutionalism*, 2, pp. 161 ss.
- Sullivan, B. y Feldbrin, R. (2022), The Supreme Court and the People: Communicating Decisions to the Public, en *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 1, pp. 1 ss.
- Trigueirão, S. (2022), Altas instâncias da Justiça recorrem a agências de comunicação privadas, en *Público*, 17 julio.
- Tusseau, G. (2021), *Contentieux constitutionnel comparé*, Paris, LGDJ.