

EL MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIAL ABIERTO DE DERECHO Y DE JUSTICIA COMO *TERTIUM COMPARATIONIS* PARA EL DIAGNÓSTICO DE LA CALIDAD DE LA DEMOCRACIA FRENTE AL AVANCE DEL POPULISMO

JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO

RESUMEN: El presente artículo pretende identificar las principales características del modelo de Estado Constitucional Social Abierto de Derecho y de Justicia, como *tertium comparationis* para valorar la calidad institucional de los regímenes políticos actuales a la luz del paradigma del Constitucionalismo, sirviendo como base para el desarrollo de indicadores más detallados.

Palabras clave: Constitucionalismo Occidental, Derecho Comparado, Derecho Constitucional Comparado, *Tertium Comparationis*, Democracia Constitucional.

SUMARIO: EL MÉTODO COMPARATIVO FUNCIONAL REFINADO Y EL *TERTIUM COMPARATIONIS*. LA CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DEL MODELO CONSTITUCIONAL PROPUESTO. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL COMO *TERTIUM COMPARATIONIS*. BIBLIOGRAFÍA.

El presente artículo busca presentar como ‘parámetro’ del Constitucionalismo y del concepto de Constitución, el ‘modelo’ que llamaremos de ‘Estado Constitucional Social Abierto de Derecho y Justicia’.¹

Se trata de un ‘paradigma jurídico’ que se ha desarrollado históricamente en Occidente y fue difundido ampliamente en el resto del mundo, conforme al cual se pretende que se puedan ‘conocer’, ‘comprender’ y ‘comparar’ mejor los ‘regímenes políticos contemporáneos’, actualmente amenazados por múltiples ‘regresiones autoritarias’, permitiendo además su ‘valoración crítica’ (diagnóstico y terapia de los regímenes constitucionales).

1 En el presente estudio se retoman varias de las ideas expuestas previamente en Pampillo Baliño, Juan Pablo, “Revaloración del Constitucionalismo Latinoamericano”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año XXVIII. Bogotá. Konrad Adenauer Stiftung. (2022): 381-415. url: <https://www.kas.de/documents/271408/16552318/Anuario+de+Derecho+Constitucional+Latinoamericano+2022.pdf/64db084e-e80f-49e8-e6f7-40f61512038b?t=1683554238809>, Pampillo Baliño, Juan Pablo. “Constitutionalism and constitutional change in Latin America: accomplishments and challenges”, en *Göttingen Handbook on Latin American Public Law and Criminal Justice* (Nomos, 2023) y Pampillo Baliño, Juan Pablo. “Constitucionalismo vs Populismo en Iberoamérica” en *Revista La Red. Revista Internacional sobre el Derecho en el contexto de la ‘Glocalización’*. No. 4. México. Tirant lo Blanch. 2024.

Ahora bien, el punto de partida del presente estudio es una profunda inquietud. La que compartimos con preocupación quienes apreciamos el continuo avance de una especie de ‘marea anti-constitucional’ que se ha venido extendiendo desde la mitad de la primera década del siglo XXI, proyectándose también sobre Latinoamérica, y que ha dado lugar a que entre los estudiosos de la Política Comparada se venga hablando desde hace algún tiempo del concepto de “recesión democrática”.¹

Se trata de un ‘fenómeno paradójico’. En primer lugar, porque estuvo precedido por la amplia difusión del Constitucionalismo y la Democracia durante la ‘tercera ola constitucional’ iniciada hacia mediados de los 1970’s, que extendió hacia muchas regiones — incluida América Latina— el referido modelo de Estado Constitucional Social Abierto de Derecho y de Justicia.²

Pero también paradójico, por cuanto que en el ‘ámbito internacional y geopolítico’, su antecedente más inmediato se encuentra en la caída del muro de Berlín y el derrumbe de la Unión Soviética, que fueron considerados por muchos no solo como el término de la Guerra Fría, sino también como el triunfo final de la Democracia Constitucional sobre los autoritarismos y del espíritu cosmopolita de solidaridad internacional frente a los nacionalismos agresivos. En definitiva, hacia comienzos de la década de los 1990’s, parecía que despuntaba el amanecer de una nueva época de paz, justicia y prosperidad.³

Lamentablemente, desde la misma década de los 1990’s diversos acontecimientos internacionales empezaron a ensombrecer dichas expectativas. Primeramente la guerra y el genocidio de Bosnia y después el de Ruanda.⁴ Luego los atentados terroristas en Norteamérica de septiembre de 2001 y la posterior ‘guerra ilegal’ contra Irak de 2003, así como los sucesivos conflictos en Medio Oriente que se extendieron durante la segunda década del siglo. Actualmente, en la tercera década de nuestro siglo, tenemos

1 La expresión fue popularizada a partir de un artículo de Diamond, Larry. “Facing Up to the Democratic Recession”, *Journal of Democracy* (Johns Hopkins University Press), n.º 26 (2015): 141-155, doi: https://journalofdemocracy.org/wp-content/uploads/2015/01/Diamond-26-1_0.pdf.

2 Véase a Huntington, Samuel, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century* (Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1991).

3 A nivel internacional se desarrollaron los conceptos de ‘seguridad humana’ y ‘desarrollo humano’, que fueron elaborándose a través de diversas Cumbres organizadas por Naciones Unidas. Destacaron entre ellas la de Nueva York sobre la Infancia de 1990, la de Río de Janeiro sobre la Tierra de 1992, la de los Derechos Humanos de 1993, la del Cairo sobre Población y Desarrollo de 1994, la de Beijing sobre la Mujer y la de Copenhague sobre Desarrollo Social, ambas de 1995. Sus ‘agendas de desarrollo’ y ‘planes de acción’ habrían de converger posteriormente en los *Objetivos del Milenio* (ODM) suscritos en el año 2000. Cfr. Bardo Fassbender and Anne Peters (editors) *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford. Oxford University Press. 2012, Antonio Sánchez-Bayón. “Fundamentos de Derecho Comparado y Global: ¿Cabe un orden común en la Globalización?” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Vol 47, número 141. México. IJ-UNAM. 2014, consultable digitalmente en [https://doi.org/10.1016/S0041-8633\(14\)71183-4](https://doi.org/10.1016/S0041-8633(14)71183-4) pp. 1024 y ss.

4 Cfr. William Schabas. *Unimaginable Atrocities. Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*. Oxford. Oxford University Press. 2021.

las guerras entre Ucrania y Rusia y el recrudecimiento del conflicto entre Israel y Palestina. Todos los anteriores acontecimientos acabaron con la ilusión de un mundo en paz, respetuoso de los Derechos Humanos y del orden jurídico internacional, urgiendo a una reforma durante demasiado tiempo pendiente de los organismos internacionales, que los dote de una estructura institucional más plural y, sobre todo, de una autoridad más efectiva.⁵

Ahora bien, regresando al tema particular de nuestro interés, puede decirse que la referida ‘marea anticonstitucional mundial’ o “recesión democrática”, que se desarrolló paradójicamente dentro del anterior contexto, ha sido en buena medida consecuencia de las varias ‘crisis económicas’, en parte debidas a cierto ‘capitalismo salvaje’ desregulador, privatizador e indiscriminadamente aperturista, que empezó a extenderse desde la década de los 1990’s y que no solo no resolvió, sino que agravó los graves problemas de la ‘pobreza’ y de la ‘desigualdad’ social.

Problemas a los cuales se sumó además el ‘debilitamiento’ de frágiles ‘estados democráticos’, que en muchos casos se volvieron ‘incapaces’ de brindar bienes públicos esenciales: desde la seguridad y justicia, hasta la garantía de los niveles mínimos de bienestar, en contextos socio-políticos marcados por la ‘corrupción’ y la ‘delincuencia organizada’.

Ese entorno de debilitamiento gubernamental, ‘erosión del estado social’, globalización asimétrica, crisis recurrentes y escaso crecimiento económico, derivó a su vez en un incremento en el desempleo y la delincuencia, detonando múltiples ‘movimientos sociales’ en todo el mundo, que se han venido multiplicando a partir de la debacle financiera de 2008. Movimientos que alimentados por una profunda y legítima ‘insatisfacción’ de diversos grupos sociales, han dado lugar al surgimiento de una peligrosa ‘alternativa anti-sistémica’.

Se trata del ‘populismo autoritario’, que constituye la mayor amenaza a la Democracia, al Constitucionalismo, al Internacionalismo y al Cosmopolitismo, así como a las libertades y los derechos en nuestro tiempo.⁶

5 En efecto, los referidos acontecimientos suscitaron una nueva polémica en torno al derecho y las relaciones internacionales, incluyendo la necesidad de refundar, ética y jurídicamente, a la comunidad internacional. A manera de ejemplo véanse Martin Belov (editor). *Global Constitutionalism and its Challenges to Westphalian Constitutional Law*. Oxford. Hart Publishing. 2018, Richard Falk, Mark Juergensmeyer and Vesselin Popovski (editors). *Legality and Legitimacy in Global Affairs*. New York. Oxford University Press. 2012, así como Richard Falk. *(Re)Imagining Humane Global Governance*. Oxford. Routledge. 2014 y Anne Peters. “The Rise and Decline of the International Rule of Law and the Job of Scholars” in Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Papers Collection. No. 2017-16. 2017. Disponible digitalmente en <https://ssrn.com/abstract=3029462>

6 Sobre el populismo actual puede verse a Fernández Santillán, José, *Populismo, Democracia y Globalización* (México: Fontamara, 2018), Krauze, Enrique, *El Pueblo soy Yo* (México: Debate, 2018), Inglehart, Ronald, y Pippa Norris, *Cultural Backlash: Trump, Brexit, and Authoritarian Populism*

En efecto, durante los últimos años, los ‘movimientos populistas autoritarios’ han venido ganando terreno en todas partes, asumiendo las más diversas posturas ideológicas dentro de un amplio espectro político que va desde la ‘extrema derecha’ hasta la ‘extrema izquierda’, dada su ‘naturaleza camaleónica’, cuyo único rasgo en común es la progresiva ‘concentración del poder’ en nombre de la democracia, supuestamente para combatir los males que prometen remediar.

Así han surgido en los últimos años varios liderazgos y gobiernos populistas, tanto de corte derechista, conservador, xenófobo, globalifóbico, anti-inmigrante, nacionalista, nativista y capitalista-proteccionista, como los de Bolsonaro, Erdogan, Le Pen, Orbán o Trump; cuanto de tendencias izquierdistas, crítico-reformistas, étnicas, decoloniales, altermundistas, pluralistas, antiimperialistas y anticapitalistas, como los de Castro, Chávez, Kirchner, López Obrador, Morales, Maduro y Syriza. Entre los muchos países de todos los continentes que han sucumbido o se encuentran amenazados por populismos de diferente intensidad, son bien conocidos los casos de Argentina, Bélgica, Bolivia, Bután, Colombia, Ecuador, España, Estados Unidos de Norteamérica, Filipinas, Gran Bretaña con el Brexit, Hungría, India, Italia, México, Polonia, Túnez, Turquía y Venezuela, cuyas democracias se han visto más o menos deterioradas en los últimos años.

El avance del populismo constituye un peligro especialmente grave para la Democracia Constitucional, pues a diferencia de los embates frontales de las dictaduras militares de las anteriores olas anticonstitucionales, la socava —al igual que al Estado de Derecho— desde su interior, ‘desmantelando sus reglas, procedimientos e instituciones’, así como su ‘cultura cívica’, de ‘manera paulatina’, engañando y confundiendo a sus adeptos y descalificando a sus opositores.

A través de un discurso pretendidamente radical democrático, los movimientos, partidos, plataformas y líderes populistas buscan legitimarse y acceder legalmente al poder a través de las elecciones; aunque muchas veces manipulan el sufragio mediante maniobras sustancialmente antidemocráticas: desde ‘prácticas clientelares’ hasta el ‘fraude electoral’ e incluso el empleo de la violencia.

Habitualmente, los populistas promueven desde sus campañas la ‘polarización social’ exacerbando los ánimos contra minorías políticas, económicas, étnicas o religiosas, a las que señalan como únicas responsables del malestar social.

Y una vez en el gobierno, sirviéndose de su base popular enardecida por su ‘retórica divisiva’, el populismo moviliza a sus adeptos para presionar *de facto* los cambios y

(Cambridge: Cambridge University Press, 2019), Levitsky, Steven, y Daniel Ziblatt, *How Democracies Die* (New York: Crown Publishing Group, 2018), Landau, David, “Populist Constitutions”, *The University of Chicago Law Review* 8, n.º 2 (2018): 521-543, doi: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/populist-constitutions>, y a Pinelli, Cesare, “The Rise of Populism and the Malaise of Democracy”, en *Critical Reflections on Constitutional Democracy in the European Union*. Ed. por Sacha Garben, Inge Govaere y Paul Nemitz (Oxford: Hart Publishing, 2019).

empujar *de iure* las ‘reformas’ que supuestamente necesita para lograr las transformaciones que ha prometido a sus electores. Para ello, va concentrando cada vez más poderes en la persona de su líder y sus incondicionales, debilitando o ‘suprimiendo’ los ‘frenos y contrapesos’ constitucionales, atacando a las demás organizaciones sociales y políticas que discrepan de su programa, así como a los ‘medios de comunicación’ independientes, estigmatizándolos como enemigos declarados del régimen.

Por un lado, procuran guardar las apariencias y mantener una ‘fachada democrática’ y constitucional; pero en paralelo, va ‘arrasando con las instituciones’ bajo el pretexto de mejorar el gobierno, combatir la corrupción, hacer más eficientes a los tribunales o asegurar que los legisladores acaten la voluntad del pueblo. Sustituyen así a legisladores, funcionarios y jueces, se sirven de la investigación criminal para la persecución de los opositores políticos y compran mediante subsidios y programas sociales de naturaleza meramente asistencial a sus clientelas y simpatizantes.

El resultado del avance del populismo en los últimos tres lustros, ha sido la mencionada “recesión democrática”.

Desde mediados de la década de los 2000’s, prácticamente todos los índices registran, en todos los países, un significativo ‘retroceso democrático’ en todas las dimensiones medidas: desde los procesos electorales, el respeto al pluralismo y las condiciones de equidad en las contiendas y los mecanismos de participación directa, hasta el respeto a las libertades ciudadanas y políticas y los derechos humanos, pasando por la efectividad de los gobiernos, la división de funciones, los frenos y contrapesos y la autonomía de la judicatura, la rendición de cuentas, la participación y la cultura política, la independencia de los medios de comunicación, el compromiso de la ciudadanía con las instituciones democráticas y el estado social de derecho, entre otras.⁷

Dicho retroceso, aunque particularmente grave en Asia, Europa del Este y Latinoamérica, se advierte en todos los continentes, inclusive en las regiones que tradicionalmente se habían considerado como más robustas en términos democráticos, como América del Norte y Europa Occidental.⁸

7 Actualizar con referencias de 2023 Cfr. Nazifa Alizada, Rowan Cole, Lisa Gastaldi, Sandra Grahm, Sebastian Hellmeier, Palina Kolvani, Jean Lachapelle, Anna Lührmann, Seraphine F. Maerz, Shreeya Pillai, and Staffan I. Lindberg. Democracy Report. University of Gothenburg. 2021, s.f. https://v-dem.net/democracy_reports.html, Freedom in the World 2022. The Global Expansion of Authoritarian Rule. 2022. s.f. https://freedomhouse.org/sites/default/files/2022-02/FIW_2022_PDF_Booklet_Digital_Final_Web.pdf, Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA) The Global State of Democracy 2021. Building Resilience in a Pandemic Era. Strömsborg. 2021., s.f. https://www.idea.int/gsod/sites/default/files/2021-11/the-global-state-of-democracy-2021_1.pdf, The Economist Intelligence Unit (EIU). Democracy Index 2021. The China Challenge. 2022. s.f. https://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=DemoIndex21.

8 Idem actualizar a 2023 EIU, Democracy Index 2021. The China Challenge..., 25, Freedom House, Freedom in the World 2022..., 4 y ss., IDEA, The Global..., 3 y ss., V-Dem Institute, Autocratization..., 6 y ss.

En el subcontinente Latinoamericano, se advierte una evidente ‘regresión autoritaria’ en varios países de Centroamérica y El Caribe, así como un ‘grave deterioro’ de las instituciones y la cultura democrática en Venezuela, Bolivia, México y Ecuador, que se encuentra extendido —aunque con ‘menor gravedad’— sobre Argentina, Brasil y México, ‘amenaza’ a Colombia, Chile y a Perú y del cual solo se han librado hasta el momento, mostrando solidez constitucional y democrática, Costa Rica y Uruguay.

Ahora bien, para ‘valorar’ de ‘manera objetiva’ la medida y profundidad de la ‘regresión democrática’ a la que se ha venido haciendo referencia, como ‘enfermedad’ de la Democracia Constitucional, así como para identificar la manera de recuperar la ‘salud’ de los regímenes políticos contagiados por la misma, se vuelve especialmente necesario, tanto para su adecuado ‘diagnóstico’ cuanto para su correcta ‘terapia’, el contar con una adecuada definición del modelo de Estado Constitucional de Derecho.

Dicha definición servirá a su vez para la construcción de mejores ‘índices’ e ‘indicadores’ más detallados, que sirvan para medir la ‘calidad democrático-constitucional’ de los regímenes políticos y ubicar las dimensiones que requieran de ajustes.

EL MÉTODO COMPARATIVO FUNCIONAL REFINADO Y EL *TERTIUM COMPARATIONIS*

La comparación jurídica ha sido desde siempre un recurso habitual tanto de la práctica como de la reflexión jurídica. Sin embargo, es un lugar común reconocer que su desarrollo epistemológico actual a través de la Ciencia del Derecho Comparado, con sus objetos, métodos y técnicas característicos, inició su proceso de configuración apenas hasta finales del siglo XIX, considerándose como su ‘momento fundacional’ el *Congreso de París de 1900*.⁹

9 Sobre la Historia del Derecho Comparado, pueden verse con provecho los diversos capítulos de la Primera Parte de Reimann, Mathias & Zimmerman, Reinhard (editors), *The Development of Comparative Law in the World in The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York, Oxford University Press, 2006. Para un panorama más general y un balance de conjunto, pueden verse también las monografías de García Cantero, Gabriel “Cien años de Derecho Comparado (del Congreso de París de 1900, al de Nueva Orleans del 2000)” en *Revista Actualidad Civil*, num. 24. Madrid, Wolters-Kluwer, 2002, Reimann, Mathias, “The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century” en *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, num. 4, Oxford University Press, 2002, Sacco, Roberto “One Hundred Years of Comparative Law”, en *Tulane Law Review*, vol. 75, issue 4, 2001 y Scarciglia, Roberto, “A Brief History of Legal Comparison: A Lesson from the Ancient to PostModern Times”, en *Beijing Law Review*, num. 6, 2015. Sobre los antecedentes, noción, objetivos, finalidades, niveles y enfoques de la Comparación Jurídica, más allá de las obras que serán citadas específicamente sobre el método comparativo, pueden verse con provecho las siguientes obras: Cruz, Peter, *Comparative Law in a Changing World*, 2nd ed, London, Cavendish Publishing Limited, 1999, González Martín, Nuria. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, IJ-UNAM y Nostra Ediciones, 2010, Lan Arredondo, Arturo J, *Sistemas Jurídicos*, México, Oxford University Press, 2015, López Garrido Diego, Massó Garrote, Marcos Francisco y Pegoraro, Lucio (Directores). *Derecho Constitucional Comparado*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, Markesinis, Basil, *Engaging with Foreign Law*, Oregon, Hart Publishing, 2009, Öricü,

A partir de entonces, fue desarrollando y depurando su metodología, con el propósito tanto de refinar sus ‘esquemas teóricos’, para mejor conocer, comprender, clasificar y comparar los ordenamientos jurídicos, como sus ‘técnicas prácticas’, para propiciar su armonización y convergencia, así como para perfeccionar los procedimientos para el aprovechamiento de las reglas e instituciones extranjeras, a través de los injertos y trasplantes.¹⁰

Entre sus principales métodos teórico-prácticos, siempre han destacado dos: el funcional (más ligado a la micro-comparación entre reglas, instituciones y procedimientos) y el estructural (más vinculado a la macro-comparación entre ordenamientos, familias y tradiciones jurídicas).

El ‘método contextual-funcional’ fue bosquejado originalmente por E. Rabel y ampliamente difundido en Norteamérica por sus discípulos M. Rheinstein y R. Schlesinger, así como acogido como el ‘estándar europeo’ a través de influentes obras como la de K. Zweigert y H. Kötz.

Por su parte, el método o ‘enfoque estructural’ se abrió camino principalmente a las aportaciones de L.J. Constantinesco primero y sobre todo de R. Sacco algún tiempo después.

Un método híbrido de especial interés es el ‘conceptualismo’ de O. Brand, que busca desarrollar ‘marcos conceptuales de referencia’ para comparar las diversas reglas, instituciones y procedimientos jurídicos y que constituye como una especie de funcional-estructuralismo mejorado.

Esin and Nelken, David (editors). *Comparative Law. A Handbook*, Oregon, Hart Publishing, 2007, Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo. *Introducción al derecho público comparado*, trad. César Astudillo, México, IIJ-UNAM, 2006, Pizzorusso, Alexandro, *Curso de Derecho Comparado*, trad. Juana Bignozzi, Barcelona, Editorial Ariel, 1987, Samuel, Geoffrey, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oregon, Hart Publishing, 2014, Scarciglia, Roberto, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Editorial Dykinson, 2011, Siems, Mathias, *Comparative Law*, 2nd edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, Tardif Chalifour, Eric, *Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado*, 2.ª ed, México, Tirant lo Blanch, 2022, Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *Introducción al Derecho Comparado*, trad. Arturo Aparicio Vázquez, México, Oxford University Press, 2002.

- 10 Sobre la metodología comparada, tanto en sus proyecciones teóricas como prácticas, veáanse los estudios de Brand, Oliver. “Conceptual Comparisons: Towards a coherent methodology of Comparative Legal Studies” en *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 32, 2007, Constantinesco, Leontin-Jean, *Tratado de Derecho Comparado*, Madrid, Editorial Tecnos, 1981, Husa, Jaakko, *Methodology of comparative law today: from paradoxes to flexibility?* en *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 58, núm. 4, 2006, Monateri, Giuseppe (editor). *Methods of Comparative Law*, Massachusetts, Edward Elgar, 2012, Sacco, Rodolfo, *Antropología jurídica Contributo a una Macrohistoria del Diritto*, Bologna, Il Mulino, 2007, Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method...*, op. cit., capítulos 3 a 7, Scarciglia, *Métodos y Comparación Jurídica...*, op. cit, véanse también los capítulos que integran la Segunda Parte Approaches to Comparative Law de la obra de Reimann & Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law...*, op. cit., passim. Sobre los injertos y trasplantes, sigue siendo referente la obra de Watson, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2nd edition, Athens. University of Georgia, 1993.

Y también podrían mencionarse el ‘culturalismo’ de P. Legrand, además de diversas ‘proyecciones metodológicas’ de varias escuelas de pensamiento jurídico, como la del *Análisis Económico del Derecho* o la de los *Estudios Jurídicos Críticos*, que dio lugar al ‘comparativismo crítico’, admitiéndose actualmente, en general, el llamado “pluralismo metodológico” como la mejor opción.

Sin embargo, aunque no sea este el espacio para abundar sobre el particular, se considera que todos los anteriores enfoques y métodos ha contribuido más bien a ‘refinar la perspectiva’ de los ‘métodos generales’ del ‘funcionalismo’ y del ‘estructuralismo’, que son las más adecuados para conocer comprender, comparar, clasificar y criticar los ordenamientos jurídicos y sus reglas e instituciones.

De hecho, en el presente, el método funcional constituye, en su ‘versión refinada’, el más aceptado y utilizado por los comparatistas.¹¹

Ahora bien, una categoría típica y central del funcionalismo es el concepto de ‘modelo de referencia’ o ‘*tertium comparationis*’, que consiste en el ‘parámetro de comparación’ a través del cual se comparan dos o más ordenamientos, doctrinas, instituciones o procedimientos jurídicos.

El *tertium comparationis*, es pues el ‘criterio’, ‘modelo’, o ‘referente’, a través del cual se pueden ‘conocer’, ‘clasificar’ y ‘comparar’, así como también ‘comprender’ mejor, e inclusive, ‘diagnosticar’ y ‘criticar’, las instituciones y ordenamientos jurídicos, tanto históricos como vigentes, mediante su contrastación con el mismo.

En ese sentido, toda comparación jurídica requiere de la elaboración previa del *tertium comparationis* para poder ‘confrontar objetivamente’ las instituciones a ser comparadas.

A manera de ejemplo: para contrastar adecuadamente una institución jurídica como ‘la propiedad’, tal y como era concebida y regulada ‘históricamente’ por el Derecho Romano Clásico, frente a la manera en la que lo fue por el *Código de Napoleón*; o bien, para realizar el mismo ejercicio, ‘comparativamente’ entre ordenamientos jurídicos vigentes, como *verbigratia*, entre el Derecho Mexicano y el Derecho Colombiano actuales, es necesario previamente definir el ‘modelo referencial’ —el ‘*tertium comparationis*’— de ‘la propiedad’ conforme al cual se realizará dicho ejercicio de confrontación.

Sin embargo, la elaboración de dicho ‘criterio o modelo referencial’ no es una tarea sencilla. De hecho, ni siquiera existe un acuerdo sobre cómo debe hacerse.

11 Específicamente sobre el método funcionalista, en general se siguen y pueden verse las exposiciones de Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method...*, op. cit., pp. 65 y ss, Scarciglia, *Métodos y Comparación Jurídica...*, op. cit., pp. 99 y ss y 135 y ss. y Zweigert y Kötz, *Introducción al Derecho Comparado...*, op. cit., pp. 37 y ss.

Aún en nuestros días continúa una larga y ya ‘clásica disputa’, entre quienes consideran que el mismo debe diseñarse como una especie de ‘*Rechtsideal*’ o ‘arquetipo ideal’, es decir, como un ‘modelo teórico prototípico’, y quienes más bien consideramos que debe construirse como ‘*Rechtstypus*’, es decir, como un ‘tipo común’, que resulta más bien de la generalización por inferencia inductiva que parte de un estudio preliminar de la institución en cuestión, dentro de una multiplicidad de ordenamientos jurídicos pertenecientes a una misma tradición y familia jurídicas, para extraer empíricamente sus ‘rasgos comunes’, distinguiendo los esenciales, de los naturales y accesorios.

Pero además, en el ámbito del Derecho Constitucional Comparado, dicho *tertium comparationis* resulta particularmente complejo de definir, pues el surgimiento y desarrollo de ‘la idea’ y de ‘la realidad’ de las ‘Constituciones modernas’, ha sido acompañado del ‘Constitucionalismo’ como un ‘Pensamiento filosófico-político-jurídico’, de corte ‘teórico-práctico’, que además ha sido su ‘inspirador y referente’.

De ahí que el ‘referente comparativo’ o *tertium comparationis* que se propone y presenta —de manera muy general, apenas como un bosquejo— dentro del presente trabajo, deba configurarse a partir del estudio simultáneo de las Constituciones y del Constitucionalismo.

En ese sentido, se parte precisamente de un ‘concepto cultural’ de la Constitución (P. Häberle).¹² Un concepto cultural que abarca que tanto ‘el texto’ como ‘el contexto’. Aunque evidentemente, por razones de extensión, en el presente artículo tan solo podrá perfilarse de manera muy general, debiendo considerarse adicionalmente, la necesidad ulterior de desarrollar a partir del mismo, una nueva proyección del mismo a través de índices e indicadores mucho más detallados.

LA CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DEL MODELO CONSTITUCIONAL PROPUESTO

El desarrollo histórico del ‘Derecho Constitucional’ y del ‘Constitucionalismo’ no ha seguido —como aconteció más bien en el ámbito del Derecho Privado— una evolución ‘lineal-progresiva’, sino que se ha desenvuelto más bien a través de ‘ciclos’ y ‘contra-ciclos’, ‘olas y contra-olas’.¹³

12 Sobre dicho ‘concepto cultural’ de la constitución, véase a Peter Häberle. *El Estado Constitucional*. Trad. Héctor Fix-Fierro. 2.ª edición. México. IJ-UNAM. 2016, pp. 11 y ss., 19 y ss., 43 y ss., y 75 y ss.

13 Para un panorama general sobre la evolución histórica del Constitucionalismo Occidental puede verse a Artola, Miguel, *El constitucionalismo en la historia* (Barcelona: Crítica, 2005), Buratti, Andrea, *Western Constitutionalism. History, Institutions, Comparative Law*. Segunda. (Cham, Switzerland: Giappichelli Editore, 2019), Dippel, Horst, *Constitucionalismo moderno*. Trad. por C. Álvarez Alonso y M. S. Martínez (Madrid: Marcial Pons, 2009), García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado* (Madrid: Alianza, 1984), Grimm, Dieter, *Constitucionalism. Past, Present and Future* (Oxford: Oxford University Press, 2016), Marquardt, Bernd, *Historia Mundial del Estado. Tomo IV El Estado de la doble Revolución Ilustrada e Industrial (1776-2014)*. Vol. Tomo IV (Bogotá: Ecoe & Universidad

En efecto, las Constituciones y el Constitucionalismo han evolucionado a través de ‘mareas’, sucediéndose a sus etapas de ‘establecimiento’ y ‘consolidación’, otras más bien ‘regresivas’ y ‘anticonstitucionales’, aunque frecuentemente éstas últimas hayan querido presentarse —y por momentos se les haya creído— como nuevas fases de su progreso.

En general, las principales etapas, olas o ciclos del Constitucionalismo fueron —según nuestra personal apreciación— las siguientes tres a cinco:

- 1) La ‘Liberal’ (1776-1916), que surgió a partir de la Independencia Norteamericana (1776) y de su *Constitución de 1787*, las *Declaraciones de Derechos* (tanto la francesa como la estadounidense, ambas de 1789, precedidas por la de Virginia de 1776), las *Constituciones Francesas de la Revolución*, tanto la monárquica de 1791 como sobre todo la republicana de 1793, la *Constitución de Cádiz de 1812* y las *Constituciones Iberoamericanas de la Independencia*.
- 2) La ‘Social’ (1917-1966), que nació con el reconocimiento de los derechos y garantías sociales, anticipados por la *Constitución Mexicana de 1917* y por la *Alemana de Weimar de 1919* y generalizados durante los siguientes años hasta su adopción internacional, a nivel universal con el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966*.
- 3) La ‘Internacional-Supranacional y de los Derechos Humanos’ (1948 a la fecha), que tras los horrores de las guerras mundiales, estuvo marcada por el nacimiento de la *Organización de las Naciones Unidas* (1945) y su *Declaración de Derechos* (1948) en el ámbito universal y, a nivel regional —únicamente haciendo referencia a América y a Europa—, por la *Organización de Estados Americanos* y su *Declaración de Derechos* (1948) y de las diversas instancias que habrían de configurar después a la *Unión Europea* (desde 1951), así como el *Consejo de Europa* (1951) encargado de la protección regional de los Derechos Humanos. Por su parte, el camino a la ‘integración latinoamericana’ iniciaría con la *Asociación Latinoamericana de Libre Comercio* hacia 1960, proyectándose —parcial y subregionalmente— hasta la fecha.¹⁴

Este ciclo constitucional internacional y de los derechos humanos —todavía inacabado— ha supuesto: a) una inédita organización de la comunidad de nacio-

Nacional de Colombia, 2014), Ruiz Miguel, Carlos, *Constitucionalismo Clásico y Moderno: Desarrollos y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional* (Lima: Tribunal Constitucional del Perú y Centro de Estudios Constitucionales, 2013) y Salazar Ugarte, Pedro, *Sobre el concepto de constitución*. Vol. III, de la *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, de Jorge Luis Fabra y Ezequiel Spector (México: IIJ-UNAM, 2015)

14 Me he ocupado de dicho particular en Pampillo Baliño, Juan Pablo. *La Integración Jurídica Americana*. México. Porrúa. 2012 y Pampillo Baliño, Juan Pablo, *Nuevas reflexiones sobre la Integración Jurídica Latinoamericana* (Perú: Rimay Editores, 2021), disponible con el consentimiento de la editorial en la siguiente página web: <https://eld.academia.edu/JuanPabloPampilloJDLLMSJD>.

nes, a través de instancias internacionales universales y regionales, incluyendo, a partir de los 1950's, el surgimiento de organismos 'supranacionales' que dieron lugar al modelo de 'Estado Abierto y Cooperativo' (P. Häberle),¹⁵ que ha debido redefinir sus fuentes jurídicas, la jerarquía normativa y la 'supremacía constitucional', dando lugar a un nuevo 'Constitucionalismo Multinivel' (I. Pernice);¹⁶ y b) el reconocimiento progresivo —mediante su 'extensión' y 'profundización'— de nuevos Derechos Humanos, así como su cada vez más efectiva protección y garantía jurisdiccional, tanto a nivel internacional como estatal.

Ahora bien, en virtud del referido reconocimiento y protección progresivos de los distintos Derechos Humanos —'individuales', 'colectivos', de 'los pueblos' y de 'la humanidad'—, podría considerarse que las siguientes dos etapas que aún podrían mencionarse serían parte de esta tercera y lo cierto es que en parte lo son.

Sin embargo, se considera que vale la pena plantear la división de las mismas dentro del presente estudio por las siguientes razones: a) siguiendo la clasificación tradicional de K. Vasak —y sus más recientes reformulaciones— sobre las 'generaciones de los Derechos Humanos', es habitual dividir el Constitucionalismo —y la evolución de los mismos derechos— en una etapa liberal (que sancionó las libertades civiles y los derechos políticos) y otra más bien social (que reconoció los económicos, sociales y culturales, cuyos titulares son a veces colectivos); b) por ésa misma razón, las implicaciones que conllevan los derechos de la 'tercera generación', que tienen como sujetos a 'los pueblos' y a 'la humanidad' y como fundamento la 'corresponsabilidad', la 'solidaridad' y la 'fraternidad', ameritan una consideración aparte, que además puede subdividirse en dos vertientes: b.1) por un lado, los 'Derechos de la Humanidad' a la preservación de su patrimonio natural y cultural; y b.2) por el otro, los 'Derechos de los Pueblos' a su autodeterminación y el reconocimiento de su individualidad étnica y cultural, así como de su autonomía política y jurídica.¹⁷ De ahí la conveniencia de desagregar las dos etapas siguientes.¹⁸

15 Häberle. El Estado Constitucional..., op. cit., pp. 65 y ss., y Peter Häberle. *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Trad. Emilio Mikunda-Franco. Madrid. Editorial Tecnos. 2002.

16 Ingolf Pernice. "La dimensión global del Constitucionalismo Multinivel. Una respuesta legal a los desafíos de la globalización." *Documento de Trabajo. Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales*. Número 61 Instituto Universitario de Estudios Europeos. CEU San Pablo. 2012.

17 Sobre evolución comparada de los Derechos Fundamentales y Humanos, pueden verse la completa obra de Marquardt, Bernd, *Derechos humanos y fundamentales. Una historia del derecho* (Chile: Grupo Editorial Ibáñez y Ediciones Olejnik, 2019).

18 En lo personal no considero adecuada una ulterior subdivisión a partir de la conformación de una supuesta 'cuarta generación' de derechos humanos, caracterizados por tener como objeto la preservación de la 'especie humana' frente a las amenazas de las nuevas tecnologías (inteligencia artificial y robótica) y de la biogenética (clonación), pues puede afirmarse que su titular y objeto son subsumibles como una 'subespecie' de la tercera generación. Igualmente, no se considera que los denominados 'derechos ciberespaciales' configuren otra generación de derechos humanos (cuarta, quinta o sexta según algu-

- 4) La del ‘Patrimonio de la Humanidad’ (1971-1992), con sus dos vertientes, la ‘natural’ y la ‘cultural’, que —como se dijo— fue en cierto sentido fue una proyección de la anterior en tanto partió del reconocimiento de los nuevos Derechos Humanos y deberes fundamentales, de la llamada ‘cuarta generación’, referidos a los valores de ‘fraternidad’ y ‘solidaridad’ entre los pueblos. Dicha etapa coincidió —cronológica y conceptualmente— con el también denominado ‘Constitucionalismo ecológico o medioambiental’, que se desarrolló entre 1971-1991, siendo las leyes fundamentales pioneras en adoptarlo la *Constitución de Suiza* y la *Constitución de México*, ambas en 1971, abriéndose un ciclo de 20 años entre la *Conferencia de Estocolmo de 1972* y la de *Río de Janeiro de 1992*, que llevó a la incorporación de los conceptos de ‘desarrollo sostenible’, ‘prevención de la contaminación’, ‘equilibrio ecológico’ y ‘derecho a un medio ambiente sano’, entre otros.¹⁹ Respecto del patrimonio cultural puede afirmarse que alcanzó un amplio consenso internacional a partir de la *Convención sobre la protección del patrimonio mundial*, celebrada en el seno de la ONU-UNESCO en 1972.
- 5) La ‘Pluricultural’, ‘Multiétnica’ y hasta ‘Plurinacional’ (1989-2009) como una fase que guarda —como se dijo— un cierto paralelismo con la anterior, en tanto que emerge del reconocimiento de los derechos de la tercera generación— y que fue protagonizada y liderada por Latinoamérica. Este ciclo trajo consigo el reconocimiento de la diversidad lingüística, étnica, de los ‘pueblos indígenas’, así como al reconocimiento de sus ‘usos y costumbres’ ancestrales y sus mismas ‘instituciones de gobierno y justicia’, generando a su vez una corriente internacional que derivó también en el reconocimiento de las ‘tribus africanas’, gracias al *Convenio 169 de la OIT* suscrito en 1989. Más allá de algunos antecedentes —sobre todo respecto del uso de las lenguas indígenas— que pueden encontrarse desde las *Constituciones de Ecuador de 1945* o la *Paraguaya de 1967*, las leyes fundamentales que definieron la pauta de esta nueva fase del constitucionalismo fueron la *Constitución Colombiana de 1991*, las varias *Reformas a la Constitución Mexicana a partir de 1992* y, por lo que hace al discutido concepto de ‘plurinacionalidad’ la *Constitución Boliviana de 2009*. En todo caso, pueden reconocerse importantes antecedentes en algunos países europeos, como es significativamente el caso de España, con su *Constitución de 1978*, que reconoce que la ‘unidad española’ parte de la “*autonomía de las nacionalidades y regiones*” que la conforman, así como sus demás lenguas y modalidades lingüísticas.

nos), siendo más bien una ‘proyección’ de las tres generaciones tradicionales en el ámbito digital. Ello sin demérito de que la informática, a través, por ejemplo de la ‘ciudadanía digital’ y el *e-Government*, pueden darle una renovada vitalidad tanto a la ‘democracia participativa’ como —eventualmente— a la configuración de una ‘democracia global’ y que, por otro lado, constituye una seria amenaza para muchos derechos. Sobre estos temas puede verse con mucho provecho la obra colectiva coordinada por Emilio Suñé Llinás (coordinador). *La Constitución del Ciberespacio*. México. Porrúa. Biblioteca Jurídica Americana. 2015.

19 Cfr. Marquardt. *Historia Mundial del Estado...*, op. cit., tomo IV, passim

Lo mismo puede decirse respecto del caso de los *cantones* suizos, las *regioni* italianas y de los *länders* alemanes y de su reconocimiento constitucional no solo por dichos estados, sino también por la propia Unión Europea.

Para completar el anterior cuadro histórico conviene referir —aunque nuevamente de manera muy general—, algunas de las principales ‘contra-olas’ o ‘etapas regresivas’ del constitucionalismo.²⁰

La primera (1793-1870) la encontramos desde los mismos albores del Constitucionalismo, en Francia, con el advenimiento de la ‘época del terror’, el ‘imperio napoleónico’ y la ‘restauración monárquica-borbónica’, prolongándose hasta 1870. En parte del resto de Europa, también se impuso en general la restauración a través de la Santa Alianza y del Congreso de Viena, a partir de 1815, proyectándose en monarquías supuestamente constitucionales, aunque en realidad autoritarias, si bien, por otro lado, las revoluciones de 1830 y de 1848 contribuyeron a su superarla en varios lugares.

En Estados Unidos, puede decirse que desde sus albores constitucionales y hasta la fecha, su constitucionalismo liberal ha convivido primero con la esclavitud y el racismo y luego con violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

Por su parte, en América Latina se advierte durante el siglo XIX (aproximadamente entre 1830 y 1870) y más allá de los auténticos esfuerzos por consolidar el Constitucionalismo, una marcada ‘inestabilidad constitucional’ debida a las permanentes disputas entre los partidos (republicanos y monarquistas, federalistas y centralistas, liberales y conservadores), lo mismo que la oscilación entre periodos de relativa anarquía y de imposición de gobiernos autocráticos frecuentemente militares.

Sin embargo, las más grave y generalizada ‘contra-ola’ se ubica en Europa (aproximadamente entre 1920-1950 con prolongaciones hasta mediados de los 1970’s), incubándose durante el ‘periodo de entreguerras’ y proyectándose después con singular violencia. Pueden recordarse al respecto la Rusia de Lenin y Stalin (1917-1953), la Italia fascista (1922-1945), la Alemania de Hitler (1933-1945) y la España franquista (1936-1975), como algunos de los casos más conocidos, a los que podrían sumarse muchos más como la Yugoslavia de Tito, el Estado Novo de Portugal y la Hungría de Horthy, entre otros.

En América Latina, también se experimentó un terrible ciclo anticonstitucional (entre 1970-1990 con precedentes desde 1950 y anteriores distorsiones populistas desde antes), marcado igualmente por la violencia, la guerra civil, la intervención estadouni-

20 Además de las obras generales sobre el desarrollo del Constitucionalismo anteriormente citadas, puede verse también, específicamente, a Pisarello, Gerardo, *Un largo Terremoto: historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático* (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012) y Thio, Li-Ann, “Constitutionalism in Illiberal Polities”, en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Ed. por Michel Rosenfeld y András Sajó (Oxford: Oxford University Press, 2012)

dense y las guerrillas. Dicha etapa, con antecedentes en la primera mitad del siglo XX, se generalizó a partir de los 1970's prolongándose durante veinte años.

Entre los casos más conocidos, se encuentran los gobiernos de la familia Somoza en Nicaragua (1937-1979), de Batista (1952-1959) y de Castro (1959-2008) en Cuba, de Stroessner (1954-1989) en Paraguay, las dictaduras militares de Argentina (varias entre 1955 y 1983), la de Chile encabezada por Pinochet (1973-1990) y, entre los regímenes autoritarios más benévolos, el Sistema Político Mexicano entre 1929 y 2000, en tránsito a la democracia a partir de 1968-1977.

Para concluir este apartado y volviendo a los 'ciclos constitucionales', cabe destacar que la 'acumulación' de los planteamientos e instituciones de sus diferentes etapas fueron formando progresivamente, en su paulatina consolidación y avance, el modelo que hemos denominado 'Estado Constitucional Social Abierto de Derecho y de Justicia'.

Dicho Estado y su mismo Constitucionalismo implica —como puede intuirse de lo expuesto—, la 'tensa coexistencia' y la difícil convivencia de principios filosófico-político-jurídicos contrastantes —casi incompatibles—, cuya armonización requiere de un 'difícil equilibrio'.

En efecto, es fácilmente apreciable la eventual contraposición entre el 'individualismo liberal' del primer ciclo y el 'socialismo comunitario' del segundo, a los que igualmente se enfrentan los 'valores ecológicos' y medioambientales, dando lugar a lo que B. Marquardt ha denominado como un "triángulo constitucional de valores".²¹

Pero igualmente se encuentra —desde el primer constitucionalismo liberal— el dilema entre la 'efectividad del poder', su 'división funcional' horizontal —incluyendo el sistema de frenos y contrapesos— y la territorial vertical'. O entre el 'estatalismo' decimonónico, que llegó a su máximo esplendor durante la primera mitad siglo XX y la conformación de una comunidad internacional —universal y regional—, en la que se ha impuesto la 'cesión' de importantes ámbitos de la 'soberanía' a favor de organismos internacionales y supranacionales; sobre todo considerando, que en el 'ámbito intra-estatal', también se ha impuesto el reconocimiento de pueblos y comunidades históricas.

Igualmente, a partir del desarrollo de la 'democracia participativa', se aprecia la contraposición entre los principios y los instrumentos de la 'democracia representativa' y la 'democracia directa'.

Y podría seguirse —largamente— destacando una gran cantidad de ideas e instituciones, que si bien es posible considerar como antagónicas y excluyentes, en realidad requieren más bien de un 'inteligente diseño constitucional' que sea capaz aprovechar sus respectivas virtualidades, permitiendo además que su 'recíproca atemperación' no suponga su mutua cancelación.

21 Marquardt. Historia Mundial del Estado..., op. cit., tomo IV, passim.

PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL COMO *TERTIUM COMPARATIONIS*

Expuesto todo lo anterior y regresando a la pretensión originalmente planteada de construir un *tertium comparationis*, como referente comparativo para poder ‘valorar’ tanto el ‘desarrollo histórico’ como el ‘estado actual’ de cada Constitución en su ‘acepción cultural’ (texto y contexto), permitiéndonos su comparación —con su misma evolución y con respecto al desarrollo que ha presentado y tiene en otros países—, así como su eventual diagnóstico y crítica, se proponen a continuación las que se considera como las ‘principales características’ definitorias del Modelo de Estado Constitucional Social Abierto de Derecho y Justicia.²²

Dichas características se exponen a continuación —de manera general— a partir de los ‘ciclos históricos’ en que se fueron conformando el Constitucionalismo y sus Constituciones, integrándose en cada una de las cinco etapas anteriormente mencionadas:

i) *Del Constitucionalismo Liberal (1776-1916)*

- 1) La formulación, a través de un ‘documento solemne’, de una ‘ley fundamental’, como ‘autolimitación del poder’ político del estado a través de un ‘código iusracionalista’, llamado a recoger todos los principios e instituciones políticos del ‘liberalismo-ilustrado’, que llegará a concebirse como ‘norma suprema’, investida de ‘cierta rigidez’, aunque ‘reformable’ en virtud del dogma de la ‘soberanía popular’ como fuente de legitimidad. Un criterio especial para la valoración de este principio se encuentra en el nivel de efectividad real de la Constitución, que no siempre fue completo. Dicha eficacia, además de encontrarse referida a todos los principios e instituciones del Constitucionalismo, comprende la capacidad del estado para la consecución de sus finalidades más características, entre las que destacan en este periodo la seguridad pública y la salvaguarda del derecho, y a las cuales, los posteriores ciclos, fueron añadiendo otras más en materia económica, social, cultural etc.
- 2) La ‘división funcional horizontal de poderes’ en legislativo, ejecutivo y judicial, eventualmente combinada con su recíproca limitación a través de ‘frenos y contrapesos’. Dicho principio fue objeto de diferentes ensayos, que incluyeron la creación de un ‘cuarto poder’ neutro, moral o conservador de la constitucionalidad. Asimismo, durante el siglo XIX se fue desarrollando

22 Aunque los criterios y características de la Constitución y del Constitucionalismo son propios, se encuentran inspirados en ejercicios semejantes realizados por H. Dippel con sus diez indicadores y por B. Marquardt con sus veinte criterios. Cfr. Dippel. “Constitucionalismo moderno...”, op. cit., passim y Marquardt. *Historia Mundial del Estado*. tomo IV..., op. cit., passim. Asimismo, se retoman diversas consideraciones de la bibliografía general sobre el Constitucionalismo anteriormente citada. Adicionalmente, véase también a Miguel Carbonell. “Los orígenes del Estado Constitucional y de la Filosofía del Constitucionalismo” en Miguel Carbonell y Óscar Cruz Barney (coordinadores). *Estudios en Homenaje a José Luis Soberanes Fernández*. Tomo I. *Historia y Constitución*. México. IIJ-UNAM. 2015.

también la ‘independencia judicial’ y la ‘justicia constitucional’, que constituyen un importante criterio para individualizar, comparar y diagnosticar las diferentes constituciones de la época.

- 3) La ‘división territorial o vertical de poderes’, característica de los estados federales, aunque también presente —si bien en menor medida— en los centrales y regionales.
- 4) El ‘reconocimiento’ como ‘derechos naturales’ innatos y universales, de diversas ‘libertades’ y ‘derechos políticos’ que habrían de convertirse en la ‘primera generación’ de los ‘Derechos Humanos’ en tanto que ‘Derechos Fundamentales’, debiendo sumarse a los mismas las ‘garantías jurídicas’ o ‘garantías procesales’. Un importante criterio para identificar el desarrollo constitucional específico de cada estado en esta época, se encuentra en la extensión y profundidad de su ‘catálogo de derechos’, destacando la particular protección de vida —con la consecuente abolición de la pena de muerte y otras penas corporales y crueles—, la proscripción de la esclavitud y el reconocimiento de la ciudadanía a minorías étnicas —*vgr.* indígenas americanos o judíos—, entre otros.
- 5) El ‘republicanismo presidencialista, democrático-representativo’, como la forma de gobierno más liberal, admitiéndose como forma alternativa la ‘monarquía parlamentaria y democrática’. Una de las características de estas nuevas formas de gobierno, fue la ‘responsabilidad’ política y jurídica de los mandatarios, no siempre presente en las monarquías constitucionales, así como la definición de ‘ciclos de gobierno’ y ‘elecciones periódicas’. Durante el siglo XIX, la democracia representativa experimentó un progresivo perfeccionamiento, transitando de sistemas indirectos en varios grados, a ‘sistemas directos’, y de los censitarios al ‘sufragio universal’ masculino. La presencia y amplitud de las anteriores instituciones, constituye un importante criterio diferenciador para efectos comparativos.
- 6) La ‘des-corporativización’ de la sociedad mediante la ‘supresión’ y ‘desamortización’ de estamentos y ‘cuerpos intermedios’ propios del Antiguo Régimen, incluyendo, como un capítulo especial de la misma, la ‘separación de las iglesias y el estado’, que frecuentemente dio lugar a ‘medidas expropiatorias y persecutorias’ que no pueden considerarse compatibles con un constitucionalismo auténticamente libertario, habiendo sido muchas veces arbitrarias, violentas y, más bien ‘anti-constitucionales’. La principal ‘excepción’ a dicha descorporativización durante el siglo XIX fue el establecimiento de los ‘partidos políticos’.

ii) *Del Constitucionalismo Social (1917-1966)*

- 7) El reconocimiento, a partir de las consecuencias de la ‘revolución industrial’ y del desarrollo del ‘pensamiento social’ —utópico, científico y católico, prin-

cialmente— de la necesidad de añadir al catálogo de las libertades y derechos individuales, los ‘derechos sociales’ que después formarían la ‘segunda generación’ de los derechos humanos. Entre los mismos destacaron: la limitación de la ‘propiedad’ en razón de su ‘función social’, la ‘reforma agraria’ y los ‘derechos individuales y colectivos’ de los ‘trabajadores’.

8) La ‘re-corporativización inicial’ de la sociedad a partir del reconocimiento de los ‘sindicatos obreros’ y ‘organizaciones campesinas’, así como de sus derechos colectivos, que fue precedida —como se dijo— por la organización de partidos políticos y continuada por la conformación de ‘asociaciones empresariales’ y, posteriormente, por el surgimiento de diversas ‘organizaciones de la sociedad civil’.

9) El nacimiento y desarrollo del ‘Estado Social’ o ‘Estado de Bienestar’ (*Welfare State*), que partió de su apropiación de ciertos ‘recursos naturales’, considerados estratégicos, y de la asunción de una nueva responsabilidad para el estado como ‘gestor’ de los mismos. De ahí se legitimó una mayor ‘participación’ estatal en la ‘economía’, como regulador, promotor, rector e inclusive gerente, que se incorporó como ‘constitución económica’ a las leyes fundamentales. Asimismo, se construyeron nuevas instituciones, emblemáticamente la ‘seguridad social’ con sus múltiples proyecciones —enfermedades, accidentes, jubilación— incluyendo el ‘seguro de desempleo’ y se le confirió un mayor protagonismo como ‘garante’ del acceso a la ‘educación pública’ en todos los niveles. Finalmente, puede mencionarse el desarrollo de otras ‘políticas públicas’, que fueron desde la ‘fiscalidad progresivo-redistributiva’ hasta la ‘renta universal’, pasando por diversos programas públicos de ‘vivienda’, ‘salud’, ‘cultura’, ‘deporte’, etcétera, tendientes a alcanzar una ‘mejor calidad de vida’.

iii) *Del Constitucionalismo Internacional y de los Derechos Humanos (1948 a la fecha)* que dio lugar —según varios autores— al denominado ‘Neoconstitucionalismo’:

10) La participación estatal —reconocida y habilitada por las leyes fundamentales— en ‘organismos internacionales’ de todo tipo —universales, regionales, políticos, económicos, técnicos, etc.— y, en algunos casos, incluso en ‘organismos supranacionales’, como expresión de una auténtica ‘cesión de soberanía’. Esta característica ha supuesto una auténtica revolución en diversos ámbitos, desde el sistema de fuentes, hasta la jerarquía de las normas, redefiniendo el principio de supremacía constitucional, motivando nuevas explicaciones, como la del constitucionalismo multinivel.²³

23 Aunque no lo consideramos propiamente —al menos todavía—, como un criterio para los efectos del *tertium comparationis* que se expone, conviene tener presente que el importante desarrollo de las

- 11) La ‘recepción’ de múltiples ‘instituciones y derechos’, procedentes del Derecho Internacional, especialmente en el ámbito de los ‘Derechos Humanos’, dando lugar al surgimiento de ‘nuevas generaciones’ de los mismos, produciéndose además, por vía de consecuencia, una ‘irradiación’, desde lo internacional hacia lo constitucional, y desde lo constitucional hacia el resto del ordenamiento jurídico. Pero además de la ampliación del número de derechos, se encuentra también su extensión en virtud de su profundización, como ha sucedido con la ‘igualdad’ y sus diversas proyecciones en materia de ‘no discriminación’, siendo una de sus principales conquistas durante este ciclo, el reconocimiento de los derechos ciudadanos plenos de la mujer. En materia de extensión y profundización de derechos, tienen actualmente una particular relevancia los relativos a la rendición de cuentas, transparencia, información, anticorrupción y los digitales en materia de protección de datos personales. El reconocimiento y garantía de dichos derechos, es un criterio esencial para la valoración y la comparación del constitucionalismo de esta época, así como del posterior.
- 12) La generalización y progresiva eficacia e influencia de la ‘Justicia Constitucional’, tanto estatal como internacional, también llamada —en el segundo caso— ‘control de la convencionalidad’. Dicha consolidación ha fomentado un importante ‘diálogo judicial transnacional’, que ha contribuido a afianzar importantes principios, debiendo destacarse las doctrinas del ‘núcleo esencial’ de la ley fundamental y del ‘contenido esencial’ de los derechos humanos, que han sido recogido expresamente por varias constituciones y que tienen la virtud de sustraer su ‘materialidad’ de cualquier interpretación que pretenda ‘restringirlos’, o de cualquier ‘suspensión’ —sustentada en un ‘estado de sitio’ o ‘ejercicio de facultades extraordinarias’— improcedente o inconducente, así como de cualquier intento de ‘modificarlos’ o ‘suprimirlos’ mediante un procedimiento de reforma constitucional, donde una determinada mayoría pueda ‘aplastar’ cuantitativamente los derechos de las minorías.
- 13) La incorporación de algunos instrumentos de la ‘democracia participativa’ como el ‘plebiscito’, el ‘referéndum’ y la ‘iniciativa popular’, entre otras, que aunque posteriormente fueron relegándose, han sido revitalizadas por el ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’ a partir de 1991, aunque con una importante dosis —anticonstitucional— de demagogia y populismo. Lo cierto es que en la actualidad ofrecen un significativo potencial a través de

organizaciones de la sociedad civil (OSC's) y de los organismos no gubernamentales (ONG's), tanto a nivel nacional como transnacional, puede dar lugar a la profundización de un proceso de ‘re-corporativización’ más profundo de la sociedad —estatal y supraestatal—, que podría ser muy positivo para fortalecer la democracia representativa, pero que también podría ser peligroso si no se regulan y acotan sus actividades, convirtiéndose en instancias de autoridad, riqueza y poder.

los medios electrónicos, para consolidar una eventual ‘democracia digital’ —incluso a nivel global— que presenta múltiples posibilidades.

iv) *Del Constitucionalismo Ecológico y del Patrimonio de la Humanidad (1971-1992)*

- 14) El reconocimiento, internacional y estatal, de la obligación de ‘preservar el medioambiente’, incorporando los conceptos de ‘prevención de la contaminación’, ‘desarrollo sustentable’ y ‘equilibrio ecológico’, así como el ‘derecho a un medio ambiente sano’. Este último derecho se traduce en un ‘interés difuso’ que debe ser protegido por el estado, haciéndolo eventualmente responsable, internacionalmente, por su incumplimiento. A partir de 2009 se abrió un nuevo debate suscitado por la *Constitución Boliviana* de dicho año, que propuso como su titular a la ‘*Pachamama*’ (‘madre tierra’ en aymara), discutiéndose si se trata de una expresión simbólica —o hasta demagógica—, o si supone o sugiere la ‘personificación’ de dichos intereses difusos para los efectos de posibilitar mejor su tutela efectiva.
- 15) El reconocimiento internacional, con repercusiones dentro del correspondiente estado, de ‘sitios’ específicos que deben ser preservados por su importancia natural o cultural como una ‘herencia común de la humanidad’. La declaratoria e inserción en la lista correspondiente, supone por un lado que los mismos se verán beneficiados por ciertas ayudas técnicas, promocionales-turísticas y financieras, pero implica también obligaciones específicas a cargo del estado que los alberga, para efectos de su protección.

v) *Del Constitucionalismo Pluricultural, Multiétnico y Plurinacional (1989-2009)*

- 16) El reconocimiento de la diversidad cultural, lingüística, jurídica y política de algunos estados, así como la obligación de los mismos —y sus correlativos derechos fundamentales a favor de las comunidades y sus miembros— de preservar y facilitar el uso de lengua, así como su patrimonio cultural, reconociendo sus usos y costumbres jurídicos e inclusive sus formas de gobierno, dentro del marco axiológico del constitucionalismo.
- 17) El reconocimiento de que algunas comunidades intra-estatales a veces presentan rasgos de identidad nacional tan diferenciados e intensos, que ameritan un especial reconocimiento, particularmente cuando su existencia se remonta históricamente a una época anterior, considerándoseles entonces como realidades pre-estatales.

Las anteriores ‘características cualitativas’ —principios, reglas, instituciones y procedimientos— de las Constituciones y del Constitucionalismo ofrecen —como se adelantó—, un ‘parámetro referencial’ que permite ubicar, tanto ‘cualitativamente’ como ‘cuantitativamente’, según el número de indicadores que se desarrollen a partir de cada una, a cada país y a cada Constitución, en un determinado momento, sirviendo a

su vez como ‘referente mediador’ para contrastarlos con ‘su propia evolución histórica’, así como ‘con otras Constituciones’ de otros países, sirviendo también para ‘diagnosticar’, sobre ‘bases objetivas’, su ‘estado de salud’ y —en su caso—, las brechas específicas que requieran de ‘ajuste’ o ‘terapia’.

Ojalá que su consideración, profundización y explicitación en diversos indicadores, sirvan para mejorar el conocimiento de los principios característicos del Constitucionalismo y los requisitos indispensables de toda Constitución, que resulta tan necesario —especialmente en nuestro tiempo—, para asegurar que los regímenes políticos y su ejercicio del poder, se sujeten a los principios, reglas y procedimientos que establece el Derecho, como expresión soberana de la Democracia, que es la única forma de gobierno que —rectamente entendida—, permite la convivencia de mayorías y minorías, unidas por un acuerdo solidario para la consecución del Bien Común, sobre la base del respeto irrestricto a su Dignidad. Ojalá que así sea. *AMDG. 2024.*

BIBLIOGRAFÍA

Alizada, Nazifa, Rowan Cole, Lisa Gastaldi, Sandra Grahn, Sebastian Hellmeier, Palina Kolvani, Jean Lachapelle, Anna Lührmann, Seraphine F. Maerz, Shreeya Pillai y Staffan I. Lindberg, Democracy Report, University of Gothenburg, V-Dem Institute, 2021. Recurso en Internet: https://v-dem.net/democracy_reports.html, consultado el 31 de julio de 2025.

Artola, Miguel, El constitucionalismo en la historia, Barcelona, Crítica, 2005.

Belov, Martin (ed.), Global Constitutionalism and its Challenges to Westphalian Constitutional Law, Oxford, Hart Publishing, 2018.

Brand, Oliver, “Conceptual Comparisons: Towards a coherent methodology of Comparative Legal Studies”, Brooklyn Journal of International Law, vol. 32, 2007.

Buratti, Andrea, Western Constitutionalism. History, Institutions, Comparative Law, 2.^a ed., Cham (Suiza), Giappichelli Editore, 2019.

Carbonell, Miguel, “Los orígenes del Estado Constitucional y de la Filosofía del Constitucionalismo”, en Miguel Carbonell y Óscar Cruz Barney (coords.), Estudios en Homenaje a José Luis Soberanes Fernández. Tomo I. Historia y Constitución, México, IIJ-UNAM, 2015.

Cruz, Peter, Comparative Law in a Changing World, 2.^a ed., Londres, Cavendish Publishing Limited, 1999.

Diamond, Larry, “Facing Up to the Democratic Recession”, Journal of Democracy, núm. 26, 2015, pp. 141-155. Recurso en Internet: https://journalofdemocracy.org/wp-content/uploads/2015/01/Diamond-26-1_0.pdf, consultado el 2 de agosto de 2025.

Dippel, Horst, Constitucionalismo moderno, trad. C. Álvarez Alonso y M. S. Martínez, Madrid, Marcial Pons, 2009.

EIU – The Economist Intelligence Unit, Democracy Index 2021. The China Challenge, 2022. Recurso en Internet: https://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=DemoIndex21, consultado el 5 de agosto de 2025.

Falk, Richard, (Re)Imagining Humane Global Governance, Oxford, Routledge, 2014.

Falk, Richard; Mark Juergensmeyer y Vesselin Popovski (eds.), *Legality and Legitimacy in Global Affairs*, Nueva York, Oxford University Press, 2012.

Fassbender, Bardo y Anne Peters (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Fernández Santillán, José, *Populismo, Democracia y Globalización*, México, Fontamara, 2018.

Freedom House, *Freedom in the World 2022. The Global Expansion of Authoritarian Rule, 2022*. Recurso en Internet: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2022-02/FIW_2022_PDF_Booklet_Digital_Final_Web.pdf, consultado el 30 de julio de 2025.

García Cantero, Gabriel, “Cien años de Derecho Comparado (del Congreso de París de 1900, al de Nueva Orleans del 2000)”, *Revista Actualidad Civil*, núm. 24, Madrid, Wolters-Kluwer, 2002.

García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza, 1984.

González Martín, Nuria, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, IIJ-UNAM y Nostra Ediciones, 2010.

Grimm, Dieter, *Constitutionalism. Past, Present and Future*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, 2.^a ed., trad. Héctor Fix-Fierro, México, IIJ-UNAM, 2016.

Häberle, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*, trad. Emilio Mikunda-Franco, Madrid, Tecnos, 2002.

Huntington, Samuel, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman, University of Oklahoma Press, 1991.

Husa, Jaakko, “Methodology of comparative law today: from paradoxes to flexibility?”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 58, núm. 4, 2006.

IDEA – Institute for Democracy and Electoral Assistance, *The Global State of Democracy 2021. Building Resilience in a Pandemic Era*, Strömsborg, 2021. Recurso en Internet: https://www.idea.int/gsod/sites/default/files/2021-11/the-global-state-of-democracy-2021_1.pdf, consultado el 4 de agosto de 2025.

Inglehart, Ronald y Pippa Norris, *Cultural Backlash: Trump, Brexit, and Authoritarian Populism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

Krauze, Enrique, *El Pueblo soy Yo*, México, Debate, 2018.

Landau, David, “Populist Constitutions”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 8, núm. 2, 2018, pp. 521-543. Recurso en Internet: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/populist-constitutions>, consultado el 29 de julio de 2025.

Lan Arredondo, Arturo J., *Sistemas Jurídicos*, México, Oxford University Press, 2015.

Levitsky, Steven y Daniel Ziblatt, *How Democracies Die*, Nueva York, Crown Publishing Group, 2018.

López Garrido, Diego; Marcos Francisco Massó Garrote y Lucio Pegoraro (dirs.), *Derecho Constitucional Comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

- Markesinis, Basil, *Engaging with Foreign Law*, Oregon, Hart Publishing, 2009.
- Marquardt, Bernd, *Derechos humanos y fundamentales. Una historia del derecho*, Santiago de Chile, Grupo Editorial Ibáñez y Ediciones Olejnik, 2019.
- Marquardt, Bernd, *Historia Mundial del Estado. Tomo IV. El Estado de la doble Revolución Ilustrada e Industrial (1776-2014)*, Bogotá, Ecoe & Universidad Nacional de Colombia, 2014.
- Monateri, Giuseppe (ed.), *Methods of Comparative Law*, Massachusetts, Edward Elgar, 2012.
- Örücü, Esin y David Nelken (eds.), *Comparative Law. A Handbook*, Oregon, Hart Publishing, 2007.
- Pampillo Baliño, Juan Pablo, *La Integración Jurídica Americana*, México, Porrúa, 2012.
- Pampillo Baliño, Juan Pablo, *Nuevas reflexiones sobre la Integración Jurídica Latinoamericana*, Lima, Rimay Editores, 2021. Recurso en Internet: <https://eld.academia.edu/JuanPabloPampilloJDLLMSJD>, consultado el 28 de julio de 2025.
- Pampillo Baliño, Juan Pablo, “Constitutionalism and constitutional change in Latin America: accomplishments and challenges”, en *Göttingen Handbook on Latin American Public Law and Criminal Justice*, Baden-Baden, Nomos, 2023.
- Pampillo Baliño, Juan Pablo, “Constitucionalismo vs Populismo en Iberoamérica”, *Revista La Red. Revista Internacional sobre el Derecho en el contexto de la ‘Glocalización’*, núm. 4, México, Tirant lo Blanch, 2024.
- Pampillo Baliño, Juan Pablo, “Revaloración del Constitucionalismo Latinoamericano”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXVIII, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2022, pp. 381-415. Recurso en Internet: <https://www.kas.de/documents/271408/16552318/Anuario+de+Derecho+Constitucional+Latinoamericano+2022.pdf>, consultado el 3 de agosto de 2025.
- Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, trad. César Astudillo, México, IIJ-UNAM, 2006.
- Peters, Anne, “The Rise and Decline of the International Rule of Law and the Job of Scholars”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Papers Collection*, núm. 2017-16, 2017. Recurso en Internet: <https://ssrn.com/abstract=3029462>, consultado el 27 de julio de 2025.
- Pinelli, Cesare, “The Rise of Populism and the Malaise of Democracy”, en Sacha Garben, Inge Govaere y Paul Nemitz (eds.), *Critical Reflections on Constitutional Democracy in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2019.
- Pizzorusso, Alexandro, *Curso de Derecho Comparado*, Barcelona, Ariel, 1987.
- Pisarello, Gerardo, *Un largo Termidor: historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*, Quito, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012.
- Reimann, Mathias, “The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, núm. 4, Oxford University Press, 2002.
- Reimann, Mathias y Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2006.

- Ruiz Miguel, Carlos, *Constitucionalismo Clásico y Moderno: Desarrollos y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional*, Lima, Tribunal Constitucional del Perú y Centro de Estudios Constitucionales, 2013.
- Sacco, Rodolfo, *Antropologia giuridica. Contributo a una Macrostoria del Diritto*, Bolonia, Il Mulino, 2007.
- Sacco, Roberto, "One Hundred Years of Comparative Law", *Tulane Law Review*, vol. 75, núm. 4, 2001.
- Salazar Ugarte, Pedro, "Sobre el concepto de constitución", en Jorge Luis Fabra y Ezequiel Spector (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. III, México, IIJ-UNAM, 2015.
- Samuel, Geoffrey, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oregón, Hart Publishing, 2014.
- Sánchez-Bayón, Antonio, "Fundamentos de Derecho Comparado y Global: ¿Cabe un orden común en la Globalización?", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 47, núm. 141, México, IIJ-UNAM, 2014. Recurso en Internet: [https://doi.org/10.1016/S0041-8633\(14\)71183-4](https://doi.org/10.1016/S0041-8633(14)71183-4), consultado el 6 de agosto de 2025.
- Schabas, William, *Unimaginable Atrocities. Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- Scarciglia, Roberto, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Dykinson, 2011.
- Scarciglia, Roberto, "A Brief History of Legal Comparison: A Lesson from the Ancient to Post-Modern Times", *Beijing Law Review*, núm. 6, 2015.
- Siems, Mathias, *Comparative Law*, 2.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- Suñé Llinás, Emilio (coord.), *La Constitución del Ciberespacio*, México, Porrúa (Biblioteca Jurídica Americana), 2015.
- Thio, Li-Ann, "Constitutionalism in Illiberal Politics", en Michel Rosenfeld y Andrés Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Tardif Chalifour, Eric, *Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado*, 2.ª ed., México, Tirant lo Blanch, 2022.
- Watson, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2.ª ed., Athens, University of Georgia, 1993.
- Zweigert, Konrad y Hein Kötz, *Introducción al Derecho Comparado*, trad. Arturo Aparicio Vázquez, México, Oxford University Press, 2002.

