

RETOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: LA ESFERA INSTITUCIONAL

Antonio J. Porras Nadales

Universidad de Sevilla/Centro de Estudios "Sur de Europa"

Sumario:

I. CONSTITUCIONALISMO GLOBALIZADO Y GOBERNANZA. II. NUEVAS PERSPECTIVAS. 2.1. El principio de división de poderes. 2.2 Las formas de gobierno. III. DINÁMICA Y TENDENCIAS. 3.1. Partidos políticos evanescentes. 3.2. Hacia un Estado regulativo. 3.3. El gobierno: respuesta instantánea y administración en red. 3.4. La Sociedad globalizada y la clickdemocracia. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

19

RESUMEN

Las perspectivas evolutivas del constitucionalismo en el contexto contemporáneo afectan a la esfera institucional implicando una nueva visión dinámica del principio de división de poderes que reactualiza el debate sobre las formas de gobierno. La emergente sociedad globalizada produce cambios en la representación, la estrategia regulativa y la posición de las esferas públicas, imponiendo exigencias de adaptación evolutiva del sistema

Palabras clave:

Globalización, gobernanza, regulación, sistema constitucional, red.

ABSTRACT

CONSTITUTIONAL LAW CHALLENGES: THE INSTITUTIONAL SPHERE

The evolutionary perspectives of constitutionalism in the contemporary context affect the organic sphere, implying a new dynamic vision of the principle of division of powers that updates the debate on the forms of government. The emerging globalized society produces changes in the representation, the regulatory strategy and the position of the public spheres, imposing demands for the evolutionary adaptation of the system.

Key Words:

Globalization, governance, regulation, constitutional system, network.

I. CONSTITUCIONALISMO GLOBALIZADO Y GOBERNANZA.

Aceptando que las pautas de transformación del constitucionalismo contemporáneo se sitúan en general en torno al fenómeno de la globalización y sus efectos transformadores difusos, la primera y más conocida manifestación en la esfera constitucional se sitúa hasta ahora en el ámbito dogmático-declarativo de los derechos humanos y sus instrumentos de garantía. Ciertamente la expansión declarativa de derechos humanos no constituye un fenómeno reciente ni novedoso, aunque permite diagnosticar con precisión ciertos cambios constitucionales susceptibles incluso de ser cuantificados: como el incremento de la “densidad” de las constituciones a consecuencia de un proceso de carácter acumulativo, así como la paralela emergencia de ciertos parámetros de homogeneización. Todo lo cual permite en efecto hablar de un constitucionalismo globalizado¹.

El segundo paso de esta deriva evolutiva, afectando a la esfera institucional, sería el que, de forma más o menos genérica o difusa, podríamos situar en torno a la noción de *gobernanza*, entendida en su sentido mínimo como el resultado de una multiplicación de *links* interactivos que pueden operar más allá de las fronteras del Estado-nación, hasta el punto de hacer derivar el sistema hacia una dinámica propia de sistemas de red. Teóricamente se trataría de un nuevo punto de avance en la dimensión general de progreso humano o civilizatorio que históricamente representa el constitucionalismo².

Sin embargo se trata de una hipótesis que, en primera instancia, nos situaría metodológicamente ante un escenario más propio del derecho internacional. Y resulta evidente que, en este plano internacional (a) por una parte se han suscitado notables logros de innovación jurídica general, no sólo en la esfera de protección de derechos, sino igualmente en ámbitos sustantivos tan estratégicos como el medioambiental³, derecho de los consumidores, y acaso también en la esfera de libre comercio; pero al mismo tiempo (b) se trata de un plano que no suele ofrecer un marco comprensivo suficiente de las realidades estrictamente constitucionales, tanto en su dimensión institucional interna como en su dinámica evolutiva endógena a medio o largo plazo.

O sea, el hallazgo del derecho internacional como plataforma explicativa de una globalización constitucional, en términos de dimensión transnacional, apenas permite progresar más allá de ciertas pautas mínimas y comunes que, al final, no abren un marco suficiente para profundizar en los problemas sustantivos propios del derecho constitucional.

Un tercer paso evolutivo consistiría en la proyección de retorno desde la esfera internacional hacia el ámbito endógeno propio del constitucionalismo, implicando un avance en ámbitos sustantivos que ahora pueden comenzar a visualizarse más allá de su tradicional autorreferencialidad, para operar en una perspectiva comparada más abierta.

Lo cual nos situaría ciertamente ante una nueva y original noción de gobernanza constitucional: es decir, un escenario donde, como resultado de la dinámica de redes, tiende a suscitarse una circulación de modelos/casos y experiencias que dan lugar a procesos de convergencia y/o de aprendizaje capaces de desbordar las fronteras estatales⁴. Sería al mismo tiempo un resultado indirecto de la convicción de que una

1 Cfr. C. S. LAW, M. VERSTEEG, “The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism”, *California Law Review*, Vol. 99, 2011, quienes establecen una pauta clasificatoria inspirada en los derechos declarados, que se movería entre los polos libertarismo/estatismo.

2 Cfr. O. SIHVO, “Global constitutionalism and the idea of progress”, *Helsinki Law Review*, 1/2018, pp. 10–34. Al mismo tiempo que proyecta la vigencia internacional del rule of law, cfr. I. HURD, “The international rule of law and the domestic analogy”, *Global Constitutionalism*, vol. 4, n° 3, 2015.

3 Cfr. E. DALY et al. (eds.), *New Frontiers in Environmental Constitutionalism*, UN Environment, 2017.

4 O sea, donde en cierta manera “the networks can gradually replace state action”, vid. A. HAMANN, H. RUIZ FABRI, “Transnational networks and constitutionalism”, *ICON*, Vol. 6, Num. 3 & 4, 2008. “... addressing these challenges implies a paradigm shift — from the state-centered approach to constitutionalism toward a broader vision of a constitutionalism beyond the state. At the same time this shift articulates the reflections around notions such as pluralism and polycentricity. This state of affairs requires further examination of the legitimacy of the two faces of these networks — the new model of expert governance, with efficiency maximization, as well as the new paths of solidarity and cooperation that they imply”.

lectura en clave constitucional del derecho internacional “*uncovers legitimacy deficits of international law and suggests remedies*”⁵.

En este complejo y multidimensional proceso de aprendizaje, que ahora podemos ubicar en parámetros propios del derecho constitucional, se han introducido ya categorías doctrinales específicas: desde el *GlobCon*⁶ hasta el *IusCoCo* (o *ius costituzionale comune, de Heidelberg*). Categorías mínimas o básicas que, en todo caso, nos ayudan a detectar y encuadrar determinados hallazgos o innovaciones (especialmente intensos en el contexto europeo) desde las cuales pueden sugerirse ciertas modificaciones en nuestras visiones inerciales del constitucionalismo; al mismo tiempo, nos permiten detectar una cierta dinámica transformadora y democratizadora⁷ de carácter más o menos global. Un entorno, en definitiva, desde donde podemos avanzar en la identificación de posibles tendencias evolutivas de medio o largo plazo.

II. NUEVAS PERSPECTIVAS.

2.1. El principio de división de poderes.

Desde la perspectiva de una visión general de la *teoría de la Constitución*, seguramente el primer y elemental paso consistiría en un sutil cambio de perspectiva: se trata de entender que el objetivo de toda Constitución no consiste en limitar al Estado, como históricamente hemos venido entendiendo desde el origen de los tiempos, sino más bien la tarea de *responder a las aspiraciones generales de la Sociedad*.

Lo que debe suponer una cierta superación de la tradicional tensión originaria de separación entre Sociedad y Estado, para ser abordada ahora desde una dinámica de simbiosis entre ambos planos. Y tal proyecto de simbiosis integradora tendrá, como es lógico, una peculiar dimensión histórica. Lo que probablemente implica que, a estas alturas, deberíamos renunciar a seguir percibiendo a la Sociedad como un espacio natural o prepolítico, que se proyecta negativamente (como un límite) sobre una esfera institucional artificial dotada de poder político (más o menos “arbitrario”), la cual es percibida a su vez como una especie de amenaza latente contra el orden natural o espontáneo de la sociedad. Del mismo modo que también renunciamos hace tiempo a la hipótesis corporativista, de proyección inversa, según la cual debería ser el “Estado total” el encargado de “absorber” a la propia sociedad⁸ resolviendo así las tensiones subyacentes entre ambos planos.

Desde esta perspectiva el objetivo general de la Sociedad no consistirá entonces en la tarea de limitar pura y simplemente al poder (como se soñaba en el universo liberal), sino en hacer vigentes todo un sistema de principios y valores que forman parte del paquete programático con el que se estrenaron, tras la segunda

5 Vid. ANNE PETERS, “The Merits of global constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, 2 (2009): “Critics of global constitutionalism doubt the empirical reality of constitutionalization, call into question the analytic value of constitutionalism as an academic approach, and fear that the discourse is normatively dangerous because it is anti-pluralist, artificially creates a false legitimacy, and promises an unrealistic end of politics. This article addresses these objections. I argue that global constitutionalization is likely to compensate for globalization-induced constitutionalist deficits on the national level, that a constitutionalist reading of international law can serve as a hermeneutic device, and that the constitutionalist vocabulary uncovers legitimacy deficits of international law and suggests remedies. Global constitutionalism, therefore, has a responsabilizing and much-needed critical potential”.

6 Vid. A. WIENER et al., “Global Constitutionalism: Human rights, democracy and the rule of law”, *Global Constitutionalism*, 1, 1, 2012.

7 Vid. B. GUY PETERS, “Globalización, gobernanza y Estado: algunas proposiciones acerca del proceso de gobernar”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia* 39/2007. “Uno de los argumentos más comunes a favor de la utilización de mecanismos de gobernanza tales como el de las redes ha sido el que éstas, en la medida que constituyen estructuras más deliberativas, son más democráticas que los métodos representativos utilizados normalmente por el Estado. Por ejemplo, se supone que las redes son capaces de involucrar un rango mucho mayor de intereses comprometidos en un campo específico de políticas y, por ello, son capaces de movilizar el proceso de elaboración de políticas en la dirección de modelos deliberativos de democracia. Incluso aunque no sea completamente democrático e inclusivo, el hecho de involucrar a los diferentes intereses directamente en el proceso de toma de decisiones a través de la constitución de redes, es considerado un mecanismo para lograr una mayor participación del gran público en el proceso de gobernar y en la ampliación de la democracia.”

8 Cfr. L. ORNAGHI, *Stato e Corporazione*, Giuffrè, 1984.

posguerra, las constituciones contemporáneas y que viene experimentando diversos procesos evolutivos y expansivos. Unos valores destinados a progresar no ya en el terreno de lo público (o sea, la esfera estatal) sino igualmente en los ámbitos privados o sociales.

Ese entramado valorativo y programático no debe entenderse pues como un elemento propio o exclusivo de la parte dogmática de las Constituciones (es decir, del sistema de derechos) sino como una *expresión general de las demandas y aspiraciones de la sociedad*, que debe tener igualmente una proyección significativa sobre la esfera institucional. Lo que implica que probablemente el recurrente debate entre normas estrictamente programáticas, principios, valores, y derechos formalmente reconocidos como tal (o sea, los “derechos subjetivos” en la vieja noción de Jellinek), seguramente debería reenfocarse o reelaborarse sobre nuevos parámetros más sistemático-unitarios.

El cambio de perspectiva supondría (a) renunciar en parte al sueño “maxweberiano” de un sistema institucional neutral o puramente técnico, separado de la sociedad y entendido a modo de instrumental aséptico y perenne, tan válido para el entorno histórico liberal como para los siglos venideros; para (b) pasar a concebir a las esferas institucionales como instrumentos generales de respuesta a las demandas o aspiraciones cambiantes de la sociedad; implicando así determinadas visiones tanto (i) del pluralismo social y político que debe hacerse presente sobre la esfera institucional (afectando al circuito de *input*, o instancia participativo-representativa), como (ii) del intervencionismo público o proceso de acción (*output*), mediante el cual la esfera institucional debe dar respuesta a las demandas y aspiraciones sociales.

Por supuesto el modo como el sistema de valores y el conjunto de normas programático-finalistas se adecúa a esta nueva visión de las Constituciones parece tener distintas expresiones desde un punto de vista comparado. En algunos casos parece predominar el apogeo de una dinámica neofundacional donde se incorporan visiones del estilo “*we the people*” tratando de remarcar la sensación de ruptura histórica que enfatiza la noción del poder constituyente (como sucede en algunos países latinoamericanos), mientras en otros ámbitos regionales o comparados predomina más bien una dinámica de tipo más pragmático o incremental siguiendo una pauta reformista (como en algunos países asiáticos).

2.2. Las formas de Gobierno.

Si la idea de una gobernanza constitucional va a tener un impacto sustantivo sobre el propio *sistema institucional*, deberá implicar el despliegue de toda una diversidad de fenómenos transformadores. De forma resumida: (1) desde el redimensionamiento del principio de división de poderes; (2) hasta el reiterado punto de reencuentro del debate sobre las *formas de gobierno* en torno a la vía semipresidencial.

En el primer ámbito referido al principio de *división* de poderes parece imponerse una dinámica donde la continuidad del esquema de Montesquieu no excluye la incorporación de circuitos institucionales de democratización o de garantía del sistema, que acaban por incrementar el grado de complejidad o entropía resultante.

En algunos casos se trata de la generalización de elementos no democráticos, como las cortes constitucionales o la presencia del conocimiento experto, implicando en su caso la presencia de agencias regulativas independientes⁹. Es decir, esferas institucionales dotadas de unos soportes de legitimación diferentes al tradicional eje democrático-representativo que, aunque no lleguen a alterar formalmente el esquema originario, sí generan como consecuencia un marco de creciente complejidad, “poli-centrismo”, o entropía del sistema.

Pero igualmente, y en paralelo, los procesos de decisión institucional tienden a incorporar de forma más o menos normalizada mecanismos de participación en red, ajustados a la lógica de las políticas públicas, intensificando así el pluralismo del sistema y su dinámica democratizadora. En parte la noción de

9 Que parecen incorporarse generalizadamente al contexto europeo. Cfr. M. THATCHER, “The Third Force? Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe”, *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Vol. 18, No. 3, 2005. Cfr. M. EVERSON, G. MAJONE, Les METCALFE, A. SCHOUT, *The Role of Specialised Agencies in Decentralising EU Governance*, Informe a la Comisión Europea, 2000. Cfr. A. PORRAS NADALES “El papel de la esfera pública ante la economía. Nuevas reflexiones acerca del derecho regulativo”, *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 168, 2015.

neoinstitucionalismo, heredera lejana tanto de las viejas tradiciones del organicismo de Gierke como de la tradición institucionalista italiana, respondería a esta tendencia¹⁰.

Todo ello va a implicar una creciente dificultad para aceptar la vigencia de categorías transversales, capaces de unificar dinámicamente el sistema (como la del *indirizzo politico*), ante el incremento paralelo de la complejidad institucional: suscitando así la creciente vigencia de la noción de *gobernanza* como categoría explicativa de la dinámica del sistema.

Por otro lado, tiende a operarse una superación de las tradicionales pautas o sistemas de control propias de los primitivos Estados de Derecho (el control político del Parlamento, y el control judicial de la administración) para entrar en la multiforme vía de los llamados circuitos de *accountability*, donde se implican mecanismos de control/evaluación de distinta naturaleza: contable, de gestión, de resultados, o instrumentos de control operados en su caso por esferas externas independientes como los *ombudsmen*, etc. Con el horizonte de referencia de un constante y reiterado incremento de la visualización y la transparencia del sistema, como consecuencia del impacto generalizador de los medios audiovisuales, implicando una presencia activa y directa de la propia opinión pública.

La serie de interrogantes problemáticas que se suscitan en este entorno complejo son ciertamente muy amplias. La “multiplicación” de poderes (intensificada en su caso en contextos regionales o federales) puede suponer en efecto una mejor presencia participativa y un entorno teóricamente más adecuado para la dinámica deliberativa exigida por el sistema, implicando un desarrollo de las pautas propias de la gobernanza. Pero tal escenario suscita igualmente numerosos riesgos sobrevenidos, entre otros, el de provocar un relativo “debilitamiento” del sistema institucional¹¹ ante el incremento de los potenciales puntos de veto que condicionan todo programa de acción. La sustitución de formas o tradiciones jerárquico-verticales por modelos horizontales en coordinación, siguiendo la lógica de la gobernanza, puede acabar acaso implicando una pérdida de eficacia o de capacidad de respuesta de las instancias públicas; lo que explicaría en la práctica una posible reorientación negativa del sistema hacia la pura y simple dinámica de ir tirando (“*muddling through*”), o incluso hacia la lógica de la no-acción¹². Y tras esta serie de riesgos puede emerger, por último, su consecuencia final en forma de discurso apocalíptico: el fin o la muerte de la democracia, en un tipo de visión que recuerda bastante algunas de las perspectivas críticas que abundaron a comienzos del siglo XX.

24

La nube problemática puede llegar a afectar incluso al núcleo duro de nuestra visión del derecho constitucional propia del siglo XX: o más en especial, a su gran circuito de garantía, los tribunales constitucionales, considerados como el gran instrumento de racionalización en última instancia del sistema. Y no ya por el conocido fenómeno de desplazamiento de la capacidad final de decidir hacia tribunales internacionales, sino por las propias tensiones endógenas que el nuevo contexto transformado de evolución del Estado social intervencionista suscita en las relaciones del tribunal constitucional con el legislador: ¿Verdaderamente debe bajar la Corte constitucional al terreno del debate político cotidiano para responder a una intensificación de demandas en un nuevo entorno complejo y conflictivo? ¿O debería ser más conforme con un principio de subsidiariedad, actuando siempre sólo como última instancia, implicando determinados mecanismos selectivos de acceso? ¿Es, o debe ser, toda corte constitucional una especie de gurú encargado de guiar cotidianamente a la colectividad, o más bien una suerte de consejo de ancianos que sólo debe aconsejar e intervenir en ocasiones puntuales?

En el segundo ámbito, referido a las formas de gobierno, la tradicional dualidad entre modelos parlamentarios y presidenciales parece que sigue atenuándose, conforme a una pauta histórica que en rigor ya se había desplegado ampliamente durante el siglo XX siguiendo la pista del semipresidencialismo.

Se trataría de la conformación de un espacio de síntesis entre (i) el ejecutivo concebido como punto de encuentro o de compromiso con el pluralismo social expresado en la cámara y (ii) el ejecutivo concebido como centro de expresión unitaria del interés general y como instrumento motor de respuestas activas a las

10 Cfr. J. G. MARCH, J. P. OLSEN, *Rediscovering institutions. The Organizational basis of politics*, Free P., 1989.

11 Entrando así en la provocadora hipótesis de un “fin del poder” de Moisés NAIM, *El fin del poder*, Debate, Madrid, 2013.

12 Cfr. A. PORRAS NADALES “La agenda del gobierno”, en VVAA, *La Ciencia del Derecho Constitucional Comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

demandas generales de la sociedad. Lo que se proyecta en dualidades superpuestas y a veces contradictorias, (a) tanto en el circuito de *input* o de entrada (es decir, el electoral-representativo, con la apertura de procesos reiterados de reforma electoral, o del interminable debate sobre la reforma electoral) (b) como en el de *output* o salida, donde se reflejarían distintos escenarios o arenas de respuesta del ejecutivo a las exigencias del sistema: lo que implicaría como mínimo tanto el desarrollo de políticas públicas intervencionistas que deben operar en clave de *gobernanza*, como, al mismo tiempo, una exigencia creciente de respuestas instantáneas y visualizadas operando por la vía mediática, actuando pues en clave de *gobermedia*¹³. Dualidad de tareas a las que teóricamente el ejecutivo dual propio del sistema semipresidencial, en sus diversas variantes, sería capaz de responder de una forma más o menos normalizada.

Tal compromiso sintético tendría una especial proyección en el ámbito nuclear del control político del ejecutivo; lo que se percibe particularmente al constatar las líneas de conexión que se vienen implícitamente estableciendo al nivel comparado entre el tradicional *impeachment* penal, propio del modelo presidencial, y la moción de censura política, propia del parlamentario. Probablemente sea en la experiencia latinoamericana, tan afectada por casos de corrupción, donde la ambigua categoría del “juicio político” mejor refleja esta tensión simbiótica, con algunos recientes casos espectaculares como el de la presidenta de Brasil, Dilma Rousseff.

En términos de respuesta a estos diversos núcleos problemáticos, probablemente la principal incógnita de este amplio proceso evolutivo se situaría en torno al reiterativo debate sobre la *limitación* de los mandatos presidenciales, entendido como el principal instrumento de respuesta constitucional; un debate que ahora estaría afectando en rigor a todas las formas de gobierno.

III. DINÁMICA Y TENDENCIAS.

Aceptando pues la presencia de una dinámica difusa de convergencia y circulación de modelos, el horizonte metodológico inmediato sería el de la conversión de unos modelos institucionales tradicionalmente estatales o autoreferenciales, entendidos como auténticos sistemas de acción, en emergentes sistemas de red que tienden a asumir una doble proyección territorial, tanto en la escala subnacional como supranacional, asumiendo así una dimensión multinivel donde la acción se fragmenta y se coordina siguiendo la noción de gobernanza.

Paradójicamente, ha sido el circuito *judicial* el que de forma más inmediata y efectiva parece haber respondido al impacto de esta dinámica de horizontalización en red, al incorporar de forma acelerada la lógica de la convencionalidad: un proceso que implica en la práctica la sustitución de los criterios (verticales) de validez por los de la mera aplicabilidad (de carácter más horizontal). Lo que se suscita a partir de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2006 (Almonacid Arellano y otros c. Chile)¹⁴. Aunque tal innovación ni está perfectamente generalizada ni excluye la presencia de fenómenos de resistencia en defensa de la auto-referencialidad de los ordenamientos estatales (o de las “identidades nacionales”), que responderían a la más pura de las tradiciones constitucionales; especialmente cuando se trata de seguir defendiendo la centralidad jerárquico-vertical de los tribunales constitucionales.

Por lo que se refiere al impacto cultural difuso de esta tendencia globalizadora de dimensión transnacional, las tensiones en la esfera constitucional se van a proyectar inicialmente en términos binarios de aceptación o rechazo ante estas dinámicas de cambio que nacen del proceso de globalización; o sea, de enfrentamiento cultural entre cosmopolitismo y localismo. Entendiendo ahora por localismo un fenómeno de resistencia a las tendencias generales, apoyado generalmente en factores culturales singulares (o identitarios) que se suelen proyectar en un ámbito geográfico regional. Parece constatarse en efecto que las resistencias culturales al cosmopolitismo, debido a la presencia de singularidades histórico-culturales,

13 Se trata de un despliegue funcional cuyo reflejo semántico tendría acaso su mejor expresión en la triada gobernabilidad, gobernanza y gobermedia, aplicada al ámbito propio de la función de gobierno, cfr. A. PORRAS NADALES, *La acción de gobierno. Gobernabilidad, gobernanza, gobermedia*, Trotta, Madrid, 2014.

14 Para su recepción en España, cfr. STC 140/2018, Fto. Jco. 6.

suelen depender de variantes y dinámicas regionales: las cuales, al mismo tiempo que suscitan procesos más intensos de aprendizaje e innovación (por pura proximidad, como sucede con las revoluciones de los colores en la periferia soviética, o con la primavera árabe), en la práctica también sirven para frenar ciertas tendencias cosmopolitas, generando así una dinámica histórica dual, donde acaso pueden explicarse la emergencia o el resurgimiento de los populismos o los nacionalismos entendidos, en el contexto actual, como planteamientos “negacionistas” del impacto globalizador. De este modo, el fenómeno de la globalización constitucional se proyectaría en forma binaria para acabar perfilándose de un modo diferenciado en ciertos ámbitos regionales específicos: como el latinoamericano, el europeo, el árabe, el de la antigua periferia soviética; o incluso acaso el propio entorno mediterráneo¹⁵, etc. Detectar dentro de esta dinámica compleja posibles tendencias evolutivas de medio plazo constituye un ámbito de aproximación tendencial o tentativa, con distintas pautas de encuadramiento.

3.1. Partidos políticos evanescentes.

El primer núcleo evolutivo problemático afectaría a los actores en posición de protagonismo activo, es decir, a los *partidos políticos* encargados de operar desde el circuito de la representación para ocupar en la práctica a los restantes poderes del Estado.

La experiencia histórica se desenvuelve en un contexto en transformación, donde los sistemas de partidos estables constituidos de forma previa, tan habituales en la historia de occidente, parecen ya una especie en peligro de extinción, lo que suscita un alto grado de precariedad en el nuevo ambiente político. En la práctica, la tendencia evolutiva parece conducir hacia un tipo de partidos configurados como estructuras precarias o coyunturales, a modo de partidos-movimiento, que eventualmente sólo pueden llegar a adquirir una presencia significativa si se articulan alrededor del liderazgo de una personalidad relevante (con sus riesgos inherentes de deriva presidencialista o populista). Incluso en algunos países latinoamericanos dotados en el pasado de sistemas de partidos tendencialmente fuertes o estables, se ha producido una predominancia del nuevo tipo de partidos-movimiento, por lo general más inestables y difusos.

26

Tal realidad histórica nos obliga ciertamente a relativizar la presunción (evidentemente propia de una visión occidental) de que sólo un sistema de partidos estables y organizados puede asegurar la vigencia de un orden constitucional normativo, al constituirse en los elementos dinámicos de una posible “constitución material” en el sentido de Mortati. Lo que, inversamente, se confirmaría en el caso europeo con la aparición de nuevas fuerzas populistas que no se ajustan al paradigma tradicional de partidos. Y el riesgo de que el orden constitucional entre en un estado de precariedad significaría que la propia democracia estaría entrando también en un momento de emergente crisis histórica.

Acaso podría sugerirse pues que, en el contexto histórico mundial del presente, los sistemas de partidos organizados y estables están empezando a constituir más bien supuestos minoritarios o excepcionales, frente a la dominancia de partidos plataforma de organizaciones o de movimientos sociales, dotados por naturaleza de un mayor grado de precariedad y coyunturalidad. La única dimensión alternativa consistente residiría en la presunción de que este nuevo tipo de partidos evanescentes puedan llegar a tener una mejor capacidad de adaptación tanto a orientaciones ideológicas novedosas como a los nuevos mecanismos de formación de la opinión a través de redes.

La segunda dimensión del debate afectaría a la continuidad del paradigma *Estado de Partidos*, entendido, según la inercia del siglo XX, como un bloque de poder que desde la esfera política aspira legítimamente a colonizar las restantes esferas institucionales del Estado. Se trata de un modelo dotado, desde Leibholz, de una fuerte inercia histórica desde la cual se hacen difíciles los intentos de autorrestricción o autolimitación orientados a otorgar mayor grado de autonomía a las esferas institucionales independientes. Un concepto, el de independencia institucional, que en rigor parece incomprensible desde la perspectiva inercial del

15 Vid. A. J. PORRAS NADALES “Desarrollo constitucional y globalización”, *Revista de Fomento Social* Núm. 72/3-4, 2017. D. K. Xenakis, D. N. Chrysochoou “Between Good Governance and Democratisation: Assessing the Euro-Mediterranean Condition”, *Jean Monet WP* 2001, Núm. 38.

Estado de Partidos. Sin embargo, paradójicamente, el apogeo de la dinámica participacionista genera un inevitable efecto corrosivo sobre el tradicional monopolio partidista de nombramiento de altos cargos, imponiendo indirectamente un cierto resurgimiento de la idea de independencia institucional.

3.2. Hacia un Estado regulativo.

Un segundo núcleo evolutivo se podría situar en torno al horizonte, tan grato al contexto cultural de la Unión europea, de un *Estado regulativo*, donde teóricamente podría expresarse una fase avanzada en la evolución propia del Estado social intervencionista.

El paso del tradicional intervencionismo público a la noción de *regulation* implica en efecto una nueva estrategia o filosofía de la acción: es decir una concepción donde, a cambio de renunciar a la primitiva contundencia intervencionista o transformadora propia del Estado social en su fase álgida, se intenta acceder a la posibilidad de incidir sobre esferas privadas o sociales tradicionalmente alejadas de la arena convencional del derecho público, al mismo tiempo que se consigue una proyección territorial más amplia. Desde el punto de vista estratégico la dinámica regulativa aportaría pues una innovación decisiva, al operar como una sutura de unión entre las viejas trincheras enfrentadas del derecho público y derecho privado¹⁶. Con independencia de que el fenómeno de la regulación haya tenido su momento originario en una etapa anterior, durante las primeras privatizaciones del sector público de la economía, la experiencia acumulada desde entonces y su capacidad de adaptación a un contexto globalizado parece abrir un campo creciente de innovación jurídica e institucional, que se adapta al nuevo entorno de la gobernanza.

Recordemos en primer lugar que la instancia regulativa resulta ser una esfera particularmente conexas con algunas de las áreas jurídicas más innovadoras al nivel mundial (sectores como medio ambiente, derecho de los consumidores o control de procesos económicos), implicando no sólo una presencia generalizada del conocimiento experto¹⁷ sino igualmente un diseño institucional específico en forma de agencias reguladoras independientes, que tienden a medio plazo a desbordar las fronteras estatales¹⁸, proyectando un aparente derecho débil¹⁹ destinado acaso a tener una proyección más amplia en el tiempo y el espacio. Aunque también con evidentes riesgos de captura.

Ahora bien, una instancia regulativa consolidada, como la que especialmente mantenemos en Europa, implica una sustancial reorientación de las esferas normativas estatales, es decir, de los tradicionales legisladores parlamentarios. De entrada, la agenda legislativa estatal parece experimentar una clara desustanciación en la medida en que nuestros parlamentos, o bien se dedican a trasponer directivas europeas, o bien a respetar y en su caso formalizar regulaciones procedentes de agencias independientes.

Si en este contexto nos preguntamos por el papel del tradicional “motor” del legislativo, el gobierno, parece que la práctica de los sistemas parlamentarios europeos conduce hacia una vía de salida, la de los Decretos- Leyes: donde en rigor no existe una auténtica previsión de agenda sino simplemente una estrategia de respuesta inmediata a demandas sociales emergentes, o incluso a puras necesidades políticas coyunturales. Una estrategia que tiende a sobrecargarse de forma creciente, generando los correspondientes desajustes sobre el ordenamiento.

16 Vid. A. PORRAS NADALES, “Derecho Constitucional y evolucionismo jurídico”, *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 87, 1995; “El derecho regulativo”, *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 117, 2002; y “El papel de la esfera pública ante la economía. Nuevas reflexiones acerca del derecho regulativo”, *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 168, 2015.

17 En este contexto, como señalan Hamann y Ruiz Fabri, aparecerían nuevos valores acaso no suficientemente apreciados en los anteriores hitos históricos, como el conocimiento experto o como nuevas pautas de solidaridad y cooperación. Vid. A. HAMANN, H. RUIZ FABRI, “Transnational networks and constitutionalism”, *JCON*, Vol. 6, Num. 3 & 4, 2008. E. O. ERIKSEN, “Democratic or technocratic governance?” *Jean Monnet WP*, 6/2001.

18 Lo que en cierta manera supone un reenfoque de pautas ya preexistentes desde hace décadas, especialmente en USA, implicando una presencia de actores no públicos. Ch. HOOD, C. SCOTT, “Regulating government in a ‘managerial age’: towards a cross-national perspective” *CARR*, 2000, B. M. HUTTER, “The role of non-state actors in regulation”, *CARR*, 37/2006.

19 Lo que nos sitúa en torno a fenómenos como el *soft law* o ante categorías paralelas. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Turin, 1993, (en castellano *El derecho dúctil*, Trotta, 1995).

En este contexto en transformación la tradicional función legislativa de los Parlamentos parecería pues experimentar una clara decadencia, más allá de su función autorizativa de la legislación de urgencia o Decretos-Leyes emanados del ejecutivo. En todo caso desde una clave evolutiva podría sugerirse la aparición de figuras originales como las leyes proclamáticas. Una categoría que en rigor cabría clasificar en una variada tipología: desde las leyes *proclamáticas* formales, o destinadas a subsistir sólo precaria o transitoriamente en el ordenamiento debido a su ubicación inestable en el sistema de fuentes; pasando por las leyes “memorial” que persiguen una reescritura de la historia sin contenidos normativos precisos; hasta las auténticas leyes proclamáticas sustantivas o materiales, que persiguen proclamar en tiempo presente una nueva realidad mediante su pura formulación discursiva, implicando así una cierta concepción virtual de la ley: o sea, una concepción donde la norma legislativa no se considera ya como un soporte para la posterior acción pública, sino como una auténtica formulación virtual y en tiempo presente de la nueva realidad que se pretende establecer²⁰.

3.3. El gobierno: respuesta instantánea y administración en red.

En cuanto a la instancia gubernamental, parece encaminada a operar ahora en el entorno ultracompetitivo de la agenda mediática, mediante la formulación respuestas instantáneas o visualizadas que acaban adecuándose inexorablemente el contexto propio del sistema comunicativo de los mass media y de las propias redes sociales. Es decir, más allá de la gobernanza, los ejecutivos estarían comenzando a actuar en clave de gobermedia,

El nuevo modelo de *Gobierno-Twitter* se expresaría pues en una sucesión plural de posicionamientos que se proyectan desde una perspectiva de instantaneidad, con el riesgo evidente de asumir al final una dimensión puramente virtual. Dimensión virtual que en principio se nos aparece dotada de un alto grado de legitimación visualizada, aunque quedando al mismo tiempo sustancialmente desconectada del plano de la posterior acción intervencionista; la cual debería discurrir normalmente a través de un sistema de políticas públicas relativamente estabilizadas en el tiempo y dotadas de una posición supramayoritaria, en el sentido de Majone²¹.

28 En resumen, la nueva noción de acción de gobierno se situaría entonces en una dimensión de no-acción camuflada como pura acción virtual²², y como máximo se concretaría en la práctica a través de puras decisiones binarias, en clave autorizativa/prohibitiva. Mientras que el grueso de las políticas públicas intervencionistas -operando en pautas de gobernanza- mantendrían su vigencia relativamente al margen de la agenda política, en base a su permanente vinculación con las redes sociales o de usuarios y sus mecanismos de evaluación y constante retroalimentación.

Todo ello operaría por otra parte dentro de un entorno institucional dotado de altas dosis de resiliencia y caracterizado en consecuencia por una dinámica inercial, donde la centralidad gubernamental se mantiene como una categoría relativamente inmune al paso del tiempo. Sin embargo, tal centralidad gubernamental no parece reposar ya sobre el soporte estable de acuerdos de gobierno consistentes, dentro de un ambiente inmaterial de tipo “consociacional”, sino más bien sobre un precario entorno de competitividad cargado de perfiles populistas y radicales.

En cuanto a la esfera de la administración, parece obligada a progresar más allá del horizonte de la denominada *administración* adecuada a consensos para avanzar hacia el modelo de *administración-red* que debería asumir las capacidades adecuadas para operar en la escala multinivel: lo que significaría que la tradicional relación vertical entre gobierno y administración resultaría parcialmente disociada, al proyectarse ahora en una dimensión horizontal y cooperativa, donde las políticas públicas resultantes

20 Vid. A. PORRAS NADALES “Las leyes proclamáticas” (<http://www.cesjeuropa.org/pdf/Lasleyesproclamaticas.pdf>).

21 Vid. G. MAJONE, “Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Num. 157, 2001.

22 Vid. A. PORRAS NADALES, “La agenda del gobierno”, en VVAA, *La Ciencia del Derecho Constitucional Comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

serían finalmente la consecuencia global de la interacción entre distintas esferas institucionales ubicadas en distinta escala territorial y, al mismo tiempo, gobernadas desde instancias políticas diversas. La disociación creciente entre la tradicional lógica de racionalidad vertical que opera en el eje gobierno/administración, frente a la emergente interacción entre esferas que operan en una clave horizontal de administración-red, introduce nuevos factores de incertidumbre en la comprensión de la nueva realidad.

3.4. La Sociedad globalizada y la clickdemocracia.

La idea de que el nuevo orden constitucional del siglo XXI trata de reflejar un modo específico de entender las relaciones entre Sociedad y Estado expresaría al mismo tiempo la emergencia de una nueva realidad social de dimensión globalizada y tecnológicamente intercomunicada, desde donde pueden aparecer estrategias novedosas en sus relaciones con la esfera pública. Naturalmente contando de entrada con un ambiente histórico donde predomina la sensación de crisis de la representación como consecuencia de los grandes casos de corrupción que vienen asolando las democracias constitucionales durante las últimas décadas: dando lugar así a una nueva oleada de prestigio de la participación, que pretende operar ahora a través del nuevo sistema de redes.

Una realidad social globalizada supone de entrada un impacto sobre las tradicionales fronteras territoriales estatales, donde hasta ahora opera el postulado de la autorreferencialidad de los ordenamientos. Se supone que este desbordamiento activo de la sociedad, animado también por grandes procesos migratorios, se apoya en la revolución general de las comunicaciones que trae consigo la nueva dinámica de internet, imponiendo un escenario donde cada sujeto individual asume una posición de protagonismo activo, o de participación directa, ante el nuevo orden global/local.

Este activismo del ciudadano cibernético que opera en un entorno de clickdemocracia, suscita variadas consecuencias: por una parte un reforzamiento del ideal de la democracia participativa, en la medida en que la incorporación directa del ciudadano individual a la esfera pública no requiere de procesos de agrupación u organización previa, sino de una simple app; por otra, la generación de nuevos espacios de opinión que se canalizan “desde fuera” del sistema de comunicación preestablecido (dominado desde finales del siglo XX por grandes cadenas de comunicación) para operar ahora simultáneamente en la doble escala local/global a través de plataformas instantáneas y sin fronteras. En principio parece lógico entender que este nuevo entorno tecnológico permite toda una nueva oleada de visiones utópicas de la realidad, donde tanto los tradicionales equilibrios entre representación y participación como la propia proyección territorial de las fronteras estatales preestablecidas resultan sustancialmente alterados.

Democracia participativa y opinión pública global -autoconformada de forma directa y atomizada-, serían entonces nuevos escenarios emergentes desde donde teóricamente debería conformarse un proyecto de gobernanza constitucional actualizado. Sin embargo, paradójicamente, los primeros pasos de este escenario transformado de comienzos del siglo XXI no parecen conducir a una visión armoniosa, transparente y positiva del orden social, sino más bien a un entorno social tensionado y perturbado, donde el nuevo ciudadano cibernético o “clickdemocrático” se enfrenta a unos circuitos comunicativos saturados de información, pero también de presencias fantasmales de *trolls*, *hackers*, y de oscuras organizaciones que operan en la penumbra, en un entorno cuajado de *fake news*.

La dinámica de red, entendida como nuevo soporte para concebir las relaciones entre Sociedad y Estado no parece conducir por ahora hacia un universo de plena transparencia ni hacia el ideal de un nuevo “consensualismo” superador de las tensiones sociopolíticas que venían operando dentro de las fronteras estatales; más bien lo que emerge es una nueva dinámica conflictual y difusa, donde florecen discursos populistas y se manifiestan tendencias regresivas que amenazan la propia estabilidad democrática.

La pregunta de si las Constituciones actuales están en condiciones de dar respuesta a las aspiraciones generales de esta nueva sociedad intercomunicada, debe abordarse a partir de un marco de resiliencia, donde las estructuras institucionales establecidas mantendrían su dinámica inercial para tratar de ajustarse a continuación a las nuevas exigencias relacionadas con la gobernanza, la regulación, o la instantaneidad. Con independencia de que la nueva dinámica pueda imponer una intensificación de las tendencias competitivas, parece evidente que la principal exigencia constitucional se situaría por ahora en torno al reforzamiento de las instancias de control: es decir, de la esfera desde donde pueden renovarse o actualizarse los sistemas

de valores vigentes, pero también desde donde tiene que evaluarse cotidianamente el grado de rendimiento institucional de los sistemas existentes y su capacidad de respuesta. El resto, seguramente sería una tarea que en primera instancia corresponde a la doctrina, implicando la necesidad de una perspectiva adecuada para ordenar y comprender la secuencia histórica por la que discurren las coordenadas del presente.

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

Las posibilidades de abordar la evolución del constitucionalismo a comienzos del siglo XXI desde la perspectiva de la globalización y la revolución tecnológica de las comunicaciones, implica un riesgo recurrente de caer en visiones apocalípticas desde las cuales las democracias constitucionales se percibirían en un contexto de precariedad que parece preludiar el fin de los tiempos.

Sin embargo, las variables fundamentales que se manejan desde los enfoques más reconocidos, como *GlobCon* o *IusCoCo*, apenas se diferencian de las coordenadas maestras de partida que ya se establecieron en la propia Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: derechos, democracia, *rule of law*. Serían más bien las transformaciones que se operan dentro de cada una de estas coordenadas las que marcarían las nuevas perspectivas de cambio histórico. Pero si atendemos a las variables básicas de este esquema maestro, las pautas de evolución podrían señalar en efecto un cierto apogeo del constitucionalismo, entendido o bien como una plataforma abierta a nuevas perspectivas de progreso democrático o bien, en todo caso, como una fachada de legitimación general de cualquier sistema estatal.

Lógicamente ello implica la reactualización de la tradicional dicotomía entre constituciones auténticas o normativas frente a constituciones nominales, o de perfil autoritario o post-autoritario. Lo que nos situaría ante un plano de tensión recurrente que en la práctica solemos solventar mediante la introducción de elementos de “calidad democrática”. Instituciones como la Comisión de Venecia o como diversos tipos de observatorios académicos, incluso en cierta manera el propio Tribunal de Estrasburgo, parecen operar desde esta perspectiva que, sin embargo, en la práctica se reduce al manejo de variables concretas, ignorando en parte las peculiaridades endógenas de cada país o de cada contexto histórico concreto, y prescindiendo en consecuencia de perspectivas sistemáticas o de generalidad. En teoría, el manejo de criterios de calidad democrática se concretaría finalmente en un ranking de valor puramente documental- comparado, sin permitir profundizar en los soportes causales que pudieran explicar las claves evolutivas de cada país en uno u otro sentido.

La segunda perspectiva de avance sería la que se conecta con el discurso de la regeneración democrática, especialmente urgente en contextos condicionados por grandes oleadas de corrupción: una línea desde la cual no se pretende tanto introducir grandes reformas en el sistema, sino más bien eliminar disfunciones del mismo, operando normalmente desde la idea de un incremento general de la transparencia y la *accountability* del sistema. En este caso, el auténtico reto de toda Constitución consistiría más bien en asegurar su aplicación efectiva, evitando su degradación.

Ambas perspectivas (calidad y regeneración democráticas) redundarían en última instancia en una mejor ponderación del grado de eficiencia del Derecho Constitucional contemporáneo, implicando en consecuencia la posibilidad de abordar su capacidad de respuesta a las aspiraciones generales de la Sociedad.