

HACIA UNA REDEFINICIÓN DE LA TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ
Universitat de valència

(publicado en *Teoría y práctica del Poder Constituyente*. Tirant
lo Blanch. 2014)

1. INTRODUCCIÓN

Nos encontramos, en la actualidad, en una situación donde el Estado ha roto su doble vínculo democrático con la sociedad: el vínculo procedimental o institucionalización de un proceso político basado en la participación-representación de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas, y el vínculo sustancial o garantía jurídica de los derechos fundamentales; para devenir en una mera maquinaria tecnocrático-administrativa, desconectada de los ciudadanos, habilitadora de las políticas neoliberales que vienen ordenadas desde instancias supranacionales.

En este contexto, son diversas las voces que han empezado a plantear la necesidad de activar un proceso constituyente que permita re-establecer nuevas formas democráticas de organización políticas y económicas.

Pero si bien puede haber un acuerdo común entre todos ellos acerca de la necesidad de activación del Poder Constituyente, mayores diferencias se plantean alrededor de la discusión acerca de la naturaleza del proceso, de cómo activar o llevar a cabo el proceso.

Gran parte de los juristas o politólogos hablan, básicamente, de tres formas posibles de activar el Poder Constituyente:

Una primera forma “tradicional”, descartada, hoy en día, por todos ellos, que es la toma del poder, a través de un proceso revolucionario, que desemboque en una ocupación de las instituciones mediante una vía de facto, normalmente vinculada a una acción violenta que rompe y desconoce el anterior orden jurídico-político.

Y dos formas más, propias de las últimas experiencias constituyentes latinoamericanas o islandesa, por las cuales apuestan: el triunfo en un proceso electoral de una nueva fuerza política que tenga como objetivo central la activación de un proceso

constituyente. O, la articulación de un mecanismo de presión social que obligue a los actuales gestores del poder político del Estado a activar, muy a su disgusto, el proceso constituyente.

Estas formas propuestas, si bien han dado efectivamente lugar a la convocatoria de asambleas constituyentes en varios países durante las últimas décadas, presentan problemas si a lo que se aspira es a la activación de un proceso emancipatorio. Todas ellas continúan partiendo de la vieja concepción del Poder y de la teoría clásica del Poder constituyente, entendiendo el Poder como algo que se apoya tan sólo en el control de las estructuras públicas institucionalizadas de coerción y violencia (el Estado), y no en su capacidad de regular los procesos de producción cultural, dimensión esencial de estructuración y desarrollo de la dominación en nuestras sociedades.

Muchas veces da la sensación de que si bien somos capaces de reactualizar y redefinir los análisis de la sociedad, no lo somos, en cambio, de reactualizar o redefinir la teoría del Poder Constituyente. Fruto de ello queremos aplicar o extrapolar viejas formas clásicas de Poder Constituyente o experiencias más recientes como las de Colombia, Ecuador, Venezuela o Bolivia, a nuestra realidad presente, lo que no resulta ni posible ni deseable.

Trataré, a continuación, dos cuestiones: la primera, definir los rasgos principales de la teoría clásica del Poder Constituyente; y, la segunda, analizar porqué definiendo la necesidad de redefinir esta para su aplicación emancipatoria en nuestras sociedades.

2. LA TEORÍA CLÁSICA DEL PODER CONSTITUYENTE

Para ver estas características hay que ver las características de los procesos revolucionarios en el marco de los cuales ha surgido y desarrollado la teoría clásica del Poder Constituyente. Toda forma Poder Constituyente se corresponde con la forma del proceso revolucionario donde opera.

2.1. Los momentos del proceso revolucionario

Durante la primera mitad del s. XX, se hicieron famosas las periodizaciones que historiadores norteamericanos como George S. Pettee¹ o Crane Brinton² realizaron de

¹ G.S. PETTEE. *The Process of Revolution*. Harper. Nueva York. 1938.

² C. BRINTON. *The Anatomy of Revolution*. Vintage. Nueva York. 1958.

los procesos revolucionarios clásicos. En sus obras, estos autores señalaron determinadas uniformidades periódico-temporales presentes en las cuatro grandes revoluciones políticas: la inglesa de 1640, la americana de 1776, la francesa de 1789 y la rusa de 1917.

Teniendo claro que se trata de una secuencia con la que hay que mantener cierta distancia, que no siempre se cumplió de manera perfecta e idéntica en todas estas revoluciones, y aunque ni siquiera es evidente que sea posible trazar una frontera clara entre las distintas fases o momentos en ninguna de las mencionadas revoluciones, partiré de ella sólo por motivos metodológicos. Analizar las grandes revoluciones liberales del siglo XVIII y XIX, las revoluciones socialistas del siglo XX, o incluso las más recientes experiencias constituyentes en América Latina, a partir de esta periodización temporal estructurada en tres momentos nos será útil para poder ilustrar lo que considero las características básicas de la teoría clásica del Poder Constituyente. De acuerdo con los citados autores, las revoluciones clásicas se han caracterizado por seguir una secuencia temporal estructurada en los siguientes tres momentos.

1º Momento: *La caída simbólica o real de la Autoridad*

En esta primera fase se produce la caída simbólica o real de las instituciones políticas del viejo régimen. Esto es, un reconocimiento por parte de todos los grupos y clases de la sociedad de que la Autoridad ya no existe. Se da un vacío de Poder.

Como dice George S. Pettee “La revolución no empieza con un ataque al Estado por parte de una potente fuerza nueva. Empieza sencillamente con un repentino reconocimiento, por casi todos los miembros activos y pasivos, de que el Estado ya no existe”.³

En la mayor parte de las revoluciones, esta caída de la autoridad tiene una fecha claramente definida: en Francia, el 14 de julio con la toma de la Bastilla, prisión del Estado que simbolizaba la autoridad real; en Rusia, el 15 de marzo de 1917 cuando dimite el zar Nicolás II; o, en Bolivia, el 17 de octubre de 2003 cuando Gonzalo Sánchez de Lozada renuncia a la Presidencia de la República y abandona el país en avión.

2º Momento: *La movilización y lucha por el poder de nuevos grupos sociales*

³ G.S. PETTEE. *The Process of Revolution*. Ob. Cit. pp. 100-101.

Ante la caída del régimen y del reconocimiento de la ausencia de autoridad, se puede dar la situación donde las fuerzas de poder reaccionen de manera que recuperen rápidamente el dominio del aparato de Estado por la vía de uso de la violencia y el terror y eviten así el surgimiento de una situación revolucionaria. El establecimiento del fascismo en la Europa del período de entreguerras es un ejemplo claro de ello. El fascismo fue una manifestación tardía del capitalismo. Cuando los privilegios de la burguesía estaban en peligro, cuando no bastaba el liberalismo para defenderlos, cuando el capitalismo no podía ser liberal, se hizo fascista, utilizando la violencia y el Estado totalitario institucionalizador de esa violencia, tal fue su *última ratio* para evitar la llegada de un proceso revolucionario. El fascismo es capitalismo que organiza su defensa totalitariamente⁴. La conexión fascismo-capitalismo, tanto en el momento de la subida al poder del primero como en el de su sostenimiento, ha sido reconocida por múltiples autores (Daniel Guérin⁵, Harold J. Laski⁶, M. Sweezy⁷, etc.).

Ahora bien, si no se da tal restablecimiento rápido y autoritario de la Autoridad, la ausencia de poder señala el comienzo de una movilización y lucha por el poder de nuevos grupos sociales. Se inicia una lucha competitiva entre grupos que les lleva a convocar a masas cada vez más amplias de pueblo⁸. Se trata de un momento revolucionario de explosión de la participación política.

Los actores o sujetos que participan en esta lucha o movilización política por la toma del poder son muchos y de múltiples formas en función del país, aunque podemos sistematizarlos en tres grandes sujetos-tipo:

- a) Los moderados: normalmente son los que asumen el poder en la primera etapa del periodo revolucionario, tratando de establecer un tipo de Estado liberal, democrático, constitucional, en muchos casos descrito como una restauración del orden constitucional anterior. En Francia, la fase inmediatamente posterior al 14 de julio, es la de un constitucionalismo moderado (1789-1791); Fidel Castro, en Cuba, en su fase inicial decía que su meta era restablecer la Constitución cubana de 1940⁹;

⁴ E. DIAZ. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Edicusa. Madrid. 1973. p. 48.

⁵ D. GUERIN. *Fascismo y gran capital*. Fundamentos. Madrid. 1973.

⁶ H.J. LASKI. *El liberalismo europeo*. Fondo de Cultura Económica. México. 1961.

⁷ M. SWEEZY. *Teoría del desarrollo capitalista*. Fondo de Cultura Económica. México. 1945.

⁸ Como señala George S. Pettee, “los revolucionarios surgen a la luz, no como hombres de a caballo, como conspiradores victoriosos que se presentan en el foro, sino como niños temerosos que exploran una casa desierta, sin saber con seguridad si lo está” (G.S. PETTEE. *The Process of Revolution*. Ob. Cit. pp. 100-101).

⁹ La Constitución cubana de 1940, aprobada en un contexto internacional especial, y por ello en un marco nacional muy radicalizado, contó, en los debates convencionales, con la presencia de una delegación de los comunistas de entonces, organizados en el Partido Unión Revolucionaria Comunista, los cuales,

en Rusia después de la revolución de febrero y caída de Nicolás II, se constituye un gobierno con liberales y socialistas moderados como Kerensky que dura hasta la revolución de octubre; en Turquía, el 24 de julio de 1908, tras el triunfo de la Revolución de los jóvenes turcos se restableció la vieja Constitución de 1876; en China, la Revolución de Xinhai dirigida por Sun Yat-Sen, primer Presidente de la primera República china y creador del Kuomintang, instauró también un gobierno moderado.

Sin embargo, los moderados acostumbran a fracasar o cambiar de forma ya que no son capaces de adaptarse a la intensificación del proceso revolucionario, no son capaces de solucionar el problema de la movilización política, en tanto carecen del radicalismo necesario para dirigirla. Ello hace que acaben siendo barridos del poder por alguno de los otros dos actores-tipo;

- b) Los contrarrevolucionarios: normalmente apoyados por potencias extranjeras, los cuales tratan de detener la expansión de la participación política y de restablecer un orden político en el cual haya un poder concentrado. Ello implica el fracaso del proceso revolucionario;
- c) Los revolucionarios radicales: su meta consiste en ensanchar la participación política, y mediante un discurso que combina elementos nacionalistas y de contenido social y económico, atraer a nuevas masas hacia el proceso y consolidarlo. La revolución se hace más radical a medida que cada vez masas más amplias de población entran a participar en la escena política. La radicalización del proceso revolucionario francés que llevó a la sustitución de la fase de constitucionalismo moderado, primero por los girondinos (1791-1792) y más tarde por los jacobinos (1793-1794); la Revolución bolchevique de octubre, en Rusia, que pone fin a la primera fase moderada de la revolución de 1917 son ejemplos claros de ello.

3º Momento: *El restablecimiento de las nuevas instituciones y Derecho*

apoyándose en una extraordinaria movilización popular, lograron la redacción de un texto constitucional considerado de los más progresistas de América en esos momentos. No obstante, las grandes conquistas políticas y sociales de aquella Constitución quedaron en simple letra muerta, porque se difirieron a supuestas leyes complementarias que nunca llegaron a dictarse. (J.F. BULTÉ. "Tras las pistas de la Revolución en cuarenta años de Derecho". En *Revista Temas*. No. 16-17. La Habana. 1999. p. 105).

En último lugar, una vez el grupo revolucionario ha tomado el Poder, este convoca a una Asamblea Constituyente para establecer las instituciones y orden jurídico del nuevo sistema.

Fijémonos que entre la caída del poder y el restablecimiento del nuevo gobierno, existe un período intermedio que es donde se produce el movimiento revolucionario propiamente dicho. En concordancia con estos tres momentos descritos, Crane Brinton define las revoluciones que se han producido, con la siguiente secuencia: caída del antiguo régimen; luna de miel revolucionaria; el régimen de los moderados; los esfuerzos de los contra-revolucionarios, el ascenso de los revolucionarios radicales y el establecimiento de la institucionalidad revolucionaria.¹⁰

2.2. Las características de la teoría clásica del Poder Constituyente

Partiendo de esta periodización orientativa de las revoluciones, es posible afirmar que la teoría tradicional del poder constituyente, desarrollada a partir de ellas, se ha caracterizado, históricamente, entre otras, por las siguientes tres características básicas:

2.2.1. Por dividir o concebir por separado el momento político (la Política) del momento jurídico (el Derecho)

Se establece una separación lineal en el tiempo entre lo político primero y lo jurídico segundo. El conflicto social antagonico, la *Política* (ya sea entendida desde el punto de vista electoral o desde el de la acción directa), es el momento de la toma del Poder, pero una vez conformado el nuevo Poder, el conflicto termina. A partir de entonces, pasa a conformarse el momento del Derecho (Asamblea Constituyente), el momento de establecer una nueva regulación.

Lo jurídico nunca se explica como algo asociado al momento revolucionario, sino como algo propio de un proceso que ya ha triunfado. Se podría hablar de una concepción “subsidiaria” del Poder Constituyente. El momento jurídico Asamblea Constituyente sólo es posible una vez agotado el momento político-revolucionario previo de toma del poder.

¹⁰ C. BRINTON. *The Anatomy of Revolution*. Ob. Cit.

Esta es una concepción que puede encontrarse en autores clásicos de la teoría del Estado, como en el capítulo noveno (“Origen y desaparición de los Estados”) de la obra de Georg Jellinek, *Teoría General del Estado*¹¹ o en la tesis de Kelsen sobre la revolución.

Para Kelsen una norma es jurídica sólo cuando su autor ha sido autorizado para producirla por otra norma anterior y además, que la prescripción generada sea la misma que la norma anterior autoriza y no ninguna otra, que sería “abuso de autoridad”. De acuerdo con esto, si nos ponemos a buscar las normas superiores que validan o autorizan la producción de sus inferiores, iniciamos un proceso de subida en la escalera hasta que llegamos a la norma fundante y autorizante de todas las demás, la Constitución, que a la vez, es autorizada por la *Grundnorm* o, como diría Hart, la *regla de reconocimiento*¹². De acuerdo con esto:

- Es “Derecho” de un país el constituido por las normas dictadas por los órganos del Estado, establecidos por la Constitución;
- Es “Estado” un personaje de semblante difuso, que, si se pregunta más a fondo, se identifica con los funcionarios creados por la Constitución;

¹¹ “Es preciso separar dos cuestiones muy concretas respecto de este punto: la relativa a los comienzos históricos de la institución del Estado en general, y la de la formación de nuevos Estados dentro del mundo de los mismos plenamente desenvueltos. A la primera la llamaremos cuestión relativa a las formaciones primarias de los Estados: a la segunda, formación secundaria de éstos. (...) El cambio en los Estados existentes, es decir, el proceso secundario de la formación de los mismos, tiene lugar mediante hechos que quedan completamente fuera del orden del Derecho. La guerra o la coacción, en cualquiera de sus modos, crean nuevos Estados y destruyen los antiguos. (...) La desaparición de un Estado es una cuestión meramente de hecho que se desarrolla fuera del dominio del orden jurídico (...) bien porque se trate de ocupaciones debidas a la decisión de una parte sin fundamento jurídico alguno (por ejemplo, repartición de Polonia) o revoluciones (Estados del centro y sur de Italia en 1860-1861)”. En cuanto a la formación de nuevos Estados, Jellinek defiende un origen puramente social y pre-jurídico del Estado, el Derecho es algo que se adosa al Estado posteriormente: “Pero tampoco el Derecho Público es capaz de formar el proceso de la formación de los Estados. Éste no puede fijar un Derecho que sirva de base a su propio origen, porque para esto necesitaría precisamente existir él con anterioridad, es decir, para poder crear el Derecho. (...) El fundamento más hondo de este fenómeno radica en la doble naturaleza del Estado. Sólo quien crea poder conocer a éste estudiándolo exclusivamente como institución jurídica, es el que puede plantear la cuestión acerca del fundamento jurídico de un Estado concreto. El Estado es primeramente una formación histórico-social a la que se adosa el Derecho, pero que no pudo crear a éste, sino que es más bien el fundamento de su existencia. Los hechos jurídicos preceden al nacimiento de los individuos humanos y se enlazan con ellos. Pero el acto de nacimiento mismo, queda completamente fuera del Derecho” (G. JELLINEK. *Teoría General del Estado*. Albatros. Buenos Aires. 1981. pp. 199-212).

¹² La norma de reconocimiento hace referencia a la creencia de los ciudadanos de que la norma constitucional en cuestión es “buena” y hay que obedecerla. El porqué creen que hay que obedecerla, deriva de un mito de origen inculcado por el grupo dominante, y puede ser de distintos tipos: porqué los héroes nos dieron la libertad (en el caso de los procesos de descolonización), porqué es la única manera de vivir en paz (después de una guerra o dictadura), porqué sino caeríamos en la anarquía, o simplemente porqué sí, por qué finalmente nadie consigue ya recordar el origen, o nadie se pregunta por él (O. CORREAS. “Pluralismo jurídico y Teoría General del Derecho”. *Derechos y Libertades*. No. 5. 1995. P. 234). Sobre la regla de reconocimiento, ver: H.L.A. HART. *El concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1968. p. 103.

- Es “Constitución” un cuerpo normativo que ha sido el producto de un poder constituyente que, en definitiva, se identifica con alguna guerra civil ganada por el grupo de “los buenos”, o bien con un “proceso democrático” (transición a la democracia) que aparece como “bueno”;
- El Estado es “soberano”, con lo que se quiere decir que solamente los funcionarios designados para ello por la Constitución, pueden establecer las normas del país;

En consecuencia, sólo aquellas normas dictadas por los funcionarios-políticos del Estado constituyen un sistema jurídico. Los otros sistemas normativos, no sólo no tienen la categoría de juridicidad, son no-jurídicos, sino que además, en tanto alguna de sus normas establezca una conducta contraria al primero, pasan a ser delitos, usurpación de funciones o sistemas normativos anti-jurídico y por tanto, perseguibles mediante la violencia “legítima” del Estado¹³.

En base a todo ello, Kelsen plantea el problema de la revolución y le da una respuesta de carácter normativo. Conforme a la teoría de Kelsen, cuando un movimiento revolucionario ha triunfado y creado la nueva institucionalidad, el sentido subjetivo de los actos de mandato del nuevo orden son interpretados conforme a una nueva norma fundante básica que determina cuales son los órganos fundamentales, originarios, constituyentes, creadores del nuevo orden. Los órganos del orden anterior son considerados, dentro de la perspectiva del nuevo orden jurídico como delincuentes, sometidos al poder coactivo de los órganos del nuevo orden jurídico. La justificación de esta afirmación se encuentra en el hecho verificable de que los actos de mandato reales emitidos por los órganos del orden anterior no son interpretados con el punto de vista aportado por la nueva norma fundante, puesto que han dejado de ser eficaces. Se ha producido un cambio en la regla de reconocimiento¹⁴.

No obstante, el problema surge a la hora de preguntarnos ¿cuál es la dimensión jurídica del movimiento revolucionario, mientras dura, antes de que triunfe o fracase? ¿Cuál es el carácter jurídico de los actos integrantes del movimiento revolucionario? la reacción de Kelsen es negarles toda dimensión jurídica y verlos como actos anti-jurídicos de mera fuerza y violencia. La legitimidad del movimiento revolucionario, dentro de la

¹³ Ver: H. KELSEN. *Teoría pura del Derecho*. UNAM. México. 1986.

¹⁴ Kelsen dice: “Desde el momento que la antigua constitución ha perdido su eficacia, y la nueva la ha adquirido (...), los actos que aparecen con el sentido subjetivo de producir y aplicar normas jurídicas, no son interpretados ya presuponiendo la antigua norma fundante básica, sino la nueva” (Ibid. p. 219).

esfera del Derecho positivo, y su consagración como fuente de nuevo Derecho depende únicamente de un factor de hecho: el triunfo¹⁵.

2.2.2. Política y Derecho no sólo se conciben como momentos separados sino también contradictorios

En la secuencia temporal descrita, el momento político-revolucionario se entiende o bien en un sentido negativo, como destrucción del viejo Derecho, o bien como momento de ausencia de Autoridad y orden.

La esencia política de la revolución en el segundo de los momentos descritos (la movilización y lucha por el poder de nuevos grupos sociales) es la veloz expansión de la conciencia política y la rápida movilización de nuevos grupos para su intervención en política, a una velocidad tal que imposibilita la existencia de instituciones o de un orden que los asimile. La revolución es el caso extremo del estallido de participación política que desborda la posibilidad de orden¹⁶.

De ahí que mientras dura la lucha revolucionaria, se da un periodo en el que reina la anomia, la anarquía o el desorden, contrariamente al momento jurídico previo o posterior donde reinó o volverá a reinar el orden. Política y Derecho se entienden, entonces, como momentos contradictorios.

2.2.3. La consecución de la emancipación a partir del Derecho estatal positivo-formal

¹⁵ Esta es una posición defendida también por Felipe González Vicen en su libro *Teoría de la revolución. Sistema e historia*, de 1932: “Conseguido el triunfo por una revolución, queda *ipso facto* destruido el ordenamiento anterior. Es decir, que en el terreno ideal -ya sabemos que las normas pertenecientes al régimen derogado continúan rigiendo en la práctica por una especie de inercia, en tanto que no son abolidas por los nuevos órganos productores de Derecho- la colectividad en que ha triunfado una revolución se encuentra en los instantes siguientes al éxito privada de la nota jurídica. Los individuos que la forman están en idéntica posición que aquellos que se establecen en un territorio sustraído a sistema de Derecho. Como aquéllos, también los órganos de la revolución deben regular la subsiguiente elaboración jurídica por medio de un cúmulo de reglas que formarán la Constitución en un sentido jurídico-positivo, la que a su vez se apoyará en aquel supuesto a que ya nos hemos referido, que en este caso concreto se anunciaría diciendo: *se debe uno comportar como ordena el órgano revolucionario que establece la primera Constitución*” (F. GONZÁLEZ VICEN. *Teoría de la revolución. Sistema e historia*. CSIC/Plaza y Valdes. Madrid-México. 2010. pp. 56-57).

¹⁶ “La guerra o la coacción, en cualquiera de sus modos, crean nuevos Estados y destruyen los antiguos. Que el hecho de la guerra, primariamente, significa completa ausencia de derecho, es evidente, si se reflexiona que el Derecho se forma siempre dentro de una asociación estrecha, y después va recogiendo dentro de sí varias otras asociaciones de este mismo carácter” (G. JELLINEK. *Teoría General del Estado*. Ob. Cit. p. 201).

Esta teoría clásica del Poder Constituyente parte de una concepción voluntarista del Derecho estatal positivo-formal moderno, concibiéndolo como el único instrumento válido de organización político-económica de la sociedad o de emisión de mandatos para la consecución de los objetivos de libertad de la nueva clase o grupo dominante. Se pretende encontrar la emancipación a partir de la Constitución y el conjunto de leyes que conforman su cadena normativa (“la Revolución se hace con el Estado y la Ley”) pero sin transformar la naturaleza (forma) del Derecho estatal positivo-formal.

Ello imposibilita cualquier tipo de proceso emancipatorio. El Derecho moderno y su discurso jurídico, independientemente de su contenido más o menos progresista, constituyen *per se* formas de dominación. Veamos esto de manera más detallada.

Partiendo del cartesianismo (*cogito ergo sum* -todo objeto es gracias a un proceso psíquico que lo piensa-), y a la vez, de la fenomenología de Husserl¹⁷, la “comprensión”, “captación” o “aprehensión” de todo objeto o acción social se hace en los individuos sobre la base de una conexión mental inconsciente e inmediata con otros elementos psíquicos apriorísticos adquiridos por todos los sujetos de una misma cultura mediante el proceso de socialización, y de los cuales el objeto o acción que estamos captando es su correlato¹⁸.

En consecuencia, los sujetos “captamos” o “comprendemos” un objeto o acción como unívoco, mediante una reproducción interior inmediata de las operaciones vivenciales lógicas que conforman la trama del mismo.

Ahora bien, evidentemente, en nuestra vida diaria, cuando vamos caminando por la calle, en la interrelación cotidiana de los hombres con el mundo de los objetos y acciones, cada vez que vemos algo no es necesario detenernos a pensar y realizar un ejercicio mental de conexión, este es un ejercicio que se encuentra implícito en el “lenguaje”, en las “palabras”. Las palabras son, a fin de cuentas, este ejercicio. Toda palabra lleva implícito un movimiento dialéctico de irradiación de sentido:

¹⁷ E. HUSSERL. *La idea de fenomenología. Cinco lecciones*. Fondo de Cultura Económica. México. 1989.

¹⁸ Max Weber, en su sociología del método comprensivo planteada en *Economía y sociedad*, describe este ejercicio de conexión mental inmediata, señalando dos maneras en las que puede realizarse: 1. *Comprensión actual de sentido*: conexión con el sentido que a su producción y empleo le presta la acción humana (a modo de ejemplo, captamos un tenedor en base a su referencia con la vivencia o acción de comer); 2. *Comprensión causal-explicativa*: conexión con los motivos por los que se da el objeto (asimismo, captamos un árbol o una sonrisa en base a una vivencia o imputación causal, natural en el primer caso y afectiva en el segundo, que lo fundamenta) (M. WEBER. *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica. México. 1969. p. 9-10).

- La vivencia o experiencia que tomamos originariamente como enlace o conexión para “comprender” un determinado objeto o hecho, es la que otorga significado a la palabra. La palabra es su correlato. Y, al mismo tiempo;
- La palabra, una vez integrada como parte de nuestro vocabulario común, cada vez que es pronunciada está reafirmando o re-asegurando por ella misma tal significado como válido para conexiones posteriores (la acción de comer es la que otorga significado a la palabra tenedor y, a la vez, cada vez que pronuncio la palabra tenedor estoy reafirmando su significado como válido para conexiones posteriores).¹⁹

En consecuencia, no podemos considerar a las palabras como simples códigos inertes de comunicación, sino como *objetivaciones de sentido* que convierten (y reproducen constantemente, mediante su significado) formas histórico-concretas de lo social en “sentido común” o en una “lógica” socialmente aceptada y sobreentendida por todos los miembros de una sociedad. Así pues, la reproducción de un tipo concreto de racionalidad se instauro en el lenguaje mismo que, mediante *ciclos continuos de consagración de significados-evidencias*, nos crea una estructura mental de la organización social a la que todos estamos atados.

Partiendo de lo anterior, podemos afirmar que las palabras y sus significados no son algo que se cree de manera ahistórica y natural, sino que son construcciones sociales de clase. Uno de los mecanismos a través del cual la burguesía logró crear un lenguaje y, por tanto, una racionalidad reproductora de sus intereses, fue mediante el discurso jurídico o Derecho moderno.

El discurso jurídico propio del Derecho moderno es un discurso ideológico en tanto que conceptos como: Ley, Decreto, Constitución, sentencia, Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, sujeto de derecho, sanción, homicida, acreedor, deudor, contrato, etc. son conceptos introducidos en nuestro vocabulario por el derecho moderno (algunos a partir de una readaptación manipulada del derecho romano) y que producen-reproducen una determinada representación imaginaria de los hombres respecto de sí mismos y de sus relaciones con los demás. Son conceptos que crean una estructura mental determinada de la organización social.

La importancia del discurso jurídico en la validación cotidiana del orden viene dada por el hecho de que mediante lo que Ricardo Entelman llama sus tres niveles, este cubre,

¹⁹ Ver: J.T. DESANTI. *Fenomenología y praxis*. Caldén. Buenos Aires. 1970.

determina y establece la totalidad de relaciones de creación, aplicación y funcionamiento de la normatividad social. Fijémonos en estos tres niveles del discurso jurídico²⁰:

1. El primero de ellos, nivel básico de formación del discurso del derecho y sobre el que pivotean los dos restantes, hace referencia a los órganos y personas autorizadas para dictar la normatividad en una sociedad. Palabras como: Constitución, Normas, Ley, Reglamentos, Decretos, sentencias, etc.; mediante los significados que ellos reproducen, consagran un imaginario social de quiénes “están autorizados”, y quiénes no, para imprimir sentido jurídico a sus actos y palabras y, por tanto, a determinar quiénes son autoridades y quienes súbditos o lo que está permitido y prohibido en la sociedad;
2. El segundo nivel hace referencia a los órganos y personas autorizadas para interpretar, opinar y aplicar la normatividad dictada por el primer nivel. Palabras como: abogado, juez, inspector de hacienda, catedráticos de universidad, etc. (operadores del Derecho en general); consagran los mitos y ficciones en torno a quiénes pueden y quienes no elaborar teorías, doctrinas y opiniones sobre el sistema jurídico, así como usar y manipular las normas;
3. Finalmente, el tercer nivel del discurso jurídico hace referencia a las interacciones entre los usuarios del Derecho. Conceptos como: contrato, acreedor, deudor, incapacitado, mayor de edad, sujeto de derecho, etc.; consagra unas y no otras formas de organización social.

El haber podido establecer, mediante estos tres niveles del discurso jurídico, una red “racional” de ficciones, mitos y creencias (construcción del imaginario social) en torno a la creación (autoridades-súbditos), aplicación y funcionamiento de la normatividad social, permite crear una construcción metonímica autosuficiente y auto-regulada generadora de un orden que oculta la dominación. El discurso jurídico transforma el Poder en orden de la manera más perfecta, sacraliza, ritualiza, resignifica cada acto, cada palabra, y así los distancia de la violencia original.

Entonces, la única forma posible de activar un proceso constituyente emancipatorio debe pasar no por la simple modificación de contenido de unas intactas instituciones clásicas del Derecho estatal positivo-formal moderno, sino por la ordenación de la

²⁰ R. ENTELMAN. *Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra*. En *Crítica Jurídica*. UNAM. No. 4. 1986. p. 115.

sociedad alrededor de un nuevo Derecho (que no es lo mismo que un Derecho nuevo) superador del ámbito estatal positivo-formal que implique una reconfiguración de los citados tres niveles del discurso jurídico. No basta con cambiar los sujetos gobernantes y sus políticas, hay que derrotar también la institucionalidad liberal estatal.

3. CONCEPCIÓN AMPLIADA DEL PODER Y EL DERECHO: HACIA UNA REDEFINICIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE

3.1. Los nuevos escenarios de lucha

Resulta del todo evidente afirmar que la configuración de las formas de ejercicio del Poder ha cambiado entre las sociedades de los siglos XVIII, XIX o primera mitad del XX, respecto a la actualidad. Es igualmente posible afirmar que, hasta hace muy pocos años, era también muy distinta entre algunas sociedades latinoamericanas, todavía configuradas alrededor de estructuras políticas no modernas²¹, y las llamadas sociedades de capitalismo avanzado.

3.1.1. Transformación en la morfología del Poder

Una de las diferencias entre los procesos revolucionarios clásicos antes descritos y la lucha anticapitalista en las sociedades de capitalismo avanzado actual es que en las últimas la lucha no se puede dar en una situación de “vacío” de autoridad. El “vacío” ya no es posible. La lucha es y será, necesariamente, contra el Poder. ¿Por qué?

A diferencia de la Francia monárquico absolutista, de la Rusia zarista o de la Bolivia oligárquica, el Poder ya no tiene nada que ver con su viejo carácter tradicional donde estaba concentrado o monopolizado por un monarca absoluto o dominado por una aristocracia terrateniente que en situaciones de dificultades financieras, de crisis de

²¹ Muchos de los países latinoamericanos se estructuraba hasta hace muy pocos años sobre la base de relaciones políticas no modernas. Uno de los rasgos de la vida política en muchos de estos países, durante las últimas décadas neoliberales, ha sido el hecho de que algunos de los principales empresarios del país han ocupado la dirección de los principales partidos políticos o han conformado sus propios partidos políticos (como Gonzalo Sánchez de Lozada al frente del MNR en Bolivia, o Álvaro Noboa del PRIAN en Ecuador), por medio de los cuales han accedido al poder legislativo o ejecutivo. Uno de los resultados de esta presencia directa de los empresarios en los poderes del Estado ha sido el uso patrimonialista de los bienes públicos y de las instituciones públicas en beneficio de redes clientelares que se han articulado para acceder a cargos públicos y en beneficio de sus empresas en particular.

representatividad o cuando no conseguía asimilar a la intelectualidad y otros elementos de la élite urbana se derrumbaba y daba lugar a momentos de vacío de autoridad.

En sus *Cuadernos de cárcel*, Gramsci teorizó cómo a partir de 1848 va iniciándose un proceso de reconfiguración del Poder, acentuado de manera clara ya entrado el siglo XX, en el que éste deja de personificarse en una instancia negativa concentrada en un centro (instituciones del Estado), para reconvertirse en un complejo sistema de relaciones, es decir, en una red con multiplicidad de centros que se extienden transversalmente a través de la sociedad²² (todo fenómeno social, toda relación social, es vehículo y expresión de poder), lo que hace que no pueda hablarse de situaciones de “vacío” de Poder.

La lucha anticapitalista no se entabla ya entre grupos revolucionarios que compiten por apoderarse de “palacios vacíos”, sino entre un grupo y un sistema de relaciones sociales que copa todos los rincones de la esfera civil, por eso no son posibles escenarios de “vacío” de poder.

3.1.2. Transformación de la morfología del Derecho

²² Si bien el liberalismo temprano se había caracterizado siempre por la separación radical entre sociedad civil (derecho privado) y sociedad política (derecho público), Gramsci explica, en sus *Cuadernos de cárcel*, como a partir de 1848 se inicia un proceso de fusión entre Sociedad Política y Civil. La fuerte y creciente organización de la clase obrera en diversas formas asociativas y sus demandas en torno a los “derechos de ciudadanía”, hacía aparecer a ésta como un verdadero peligro para el poder burgués. Tal situación arrancó al liberalismo un cambio en el sentido de fortalecimiento del Estado, de intervencionismo o garantía de derechos a los ciudadanos. Se pasa de la concepción del *Estado garante* -de la individualidad- a la del *Estado gerente*. Ahora bien, “el Estado burgués no sólo reforzó su presencia en la economía, sino que el liberalismo legitimó su intrusión en la propia esfera de *lo civil*, para que regulara los espacios de asociatividad de forma tal que lograra impedir o limitar la constitución de entes colectivos capaces de desafiar el dominio del capital” (J. L. ACANDA. *Sociedad Civil y Hegemonía*. Centro de Investigación y Desarrollo de la Cultura Cubana Juan Marinello. La Habana. 2002. p. 237). Todo aquel conjunto de organismos o instituciones sociales que hasta el momento eran considerados como privados (escuela, universidad, asociaciones culturales, etc.) pasan ahora a ser públicas, del Estado -*politización de la Sociedad Civil*-. Gramsci señala: “además de la escuela en sus diversos grados (...) se debe hacer una lista de las instituciones que han de considerarse de utilidad para la instrucción y la cultura públicas y que, como tales se consideran, de hecho, en una serie de Estados. Estas instituciones no serían accesibles al gran público -y es evidente que por razones nacionales han de ser accesibles- sin una intervención estatal” (A. GRAMSCI. *Cultura y literatura*. Península. Barcelona. 1972. pp. 82-83). Efectivamente, el alcance de la socialización depende del grado de generalidad de las estructuras sociales. Cuando en una sociedad muchas o la mayor parte de las estructuras sociales son generalmente compartidas, el alcance de la socialización es mayor. Si, al contrario, son pocas las estructuras sociales generalmente compartidas, el alcance de la socialización será más restringido. “Surgen -pues- las formas modernas de dominación, basadas en lo que puede denominarse *expansión molecular del Estado*, en un redimensionamiento de su morfología. El Estado capitalista se reestructuró por medio de un proceso que asimiló el desarrollo complejo de la Sociedad Civil a la estructura general de la dominación -la politización de lo social implicó la socialización de la política-” (J.L. ACANDA. *Sociedad Civil y Hegemonía*. Ob. Cit. p. 241).

Tal concepción de la expansión molecular del Poder, implicó, a la vez, una ampliación del horizonte de lo jurídico más allá del Estado. Como reacción a la teoría kantiana de la relación intersubjetiva²³ y al positivismo normativista que reducía los problemas generales del Derecho a la norma jurídica considerada como un todo en sí misma y no como la parte de un todo más complejo que la comprende, la teoría institucionalista, donde destacó Santi Romano, determinó que aquellos elementos constitutivos del Derecho eran: la sociedad, el orden y la organización²⁴. Existe Derecho, por tanto, cuando hay una organización de una sociedad ordenada, o lo que es lo mismo, una sociedad ordenada por medio de una organización o un orden social organizado²⁵. El

²³ La teoría de la relación intersubjetiva, nacida de las concepciones individualistas imperantes en el iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII, consideraba como elemento característico de la experiencia jurídica, el acuerdo entre dos o más voluntades individuales. Según esta teoría, el Derecho era el producto de la voluntad de los particulares, considerados, cada uno, como mónadas separadas de las demás. Sus principales representantes fueron Kant que, en *La metafísica de la costumbre* (1797), define el Derecho como “el conjunto de condiciones por medio de las cuales el arbitrio de uno puede ponerse de acuerdo con el arbitrio de otro según una ley universal de libertad” (E. KANT. *Metafísica dei costumi*. Utet. Torino. 1956. p. 407) y, posteriormente, Giorgio del Vecchio, máximo exponente de la corriente neo-kantiana de la filosofía del derecho en Italia. En su *Filosofía del Derecho* (1930), del Vecchio define el Derecho de la siguiente manera: “... consideramos ahora en qué consiste precisamente la forma lógica, o sea el concepto de Derecho. La primera observación que nos iluminará sobre la naturaleza de este concepto, es que se refiere sólo a las acciones, al obrar. No podemos pensar los predicados de *justo* o *injusto*, de *Derecho* o *entuerto* (antijuricidad), de *lícito* o *ilícito* sino aplicándolos a una actividad. Los puros fenómenos naturales (por ejemplo, los astronómicos y atmosféricos) rechazan tales atributos, son extraños a la forma lógica del Derecho, la cual no tendría sentido respecto a ellos. Más la palabra “acción” requiere alguna aclaración. ¿En qué consiste un acto? Es un hecho de naturaleza que al mismo tiempo es también un hecho de voluntad; es decir, un fenómeno atribuido a un sujeto. (...) Un fenómeno es acción sólo cuando emana de un sujeto, cuando expresa una actitud o determinación de la voluntad de éste, una conducta suya (G. del VECCHIO. *Filosofía del Derecho*. Bosch. Barcelona. 1969. pp. 311-312).

²⁴ Dejo de lado a Durkheim que en su tratamiento sistemático del Derecho, aunque no dentro de la ciencia jurídica sino de la sociología general, ya había expresado esta idea en el *Aneé Sociologique de 1901-1902* (ver: E. DURKHEIM. *Aneé Sociologique, 1901-1902*. Citado por J. CARBONNIER. *Sociología jurídica*. Tecnos. Madrid. 1982. p. 116)

²⁵ En *El ordenamiento jurídico*, Romano escribe: “Es evidente que si quieres definir un ordenamiento jurídico en su totalidad, no pueden considerarse sólo sus partes individuales o aquellas que se consideran como tales, esto es, las normas que en él se comprenden, para señalar después que aquel es el conjunto de tales partes, sino que precisamente es necesario dar la nota característica, la naturaleza de ese conjunto o de ese todo. Ello podría no ser preciso sólo en el caso de que se admitiera que un ordenamiento era únicamente la suma aritmética de distintas normas, del mismo modo que una ley, un reglamento o un código, no son más que una sucesión de determinados artículos que pueden adicionarse entre sí. Si, por el contrario, se admite, como no hay duda, que un ordenamiento jurídico en el sentido señalado, no es una suma de varias partes, sean o no éstas simples normas, sino una unidad en sí misma, y una unidad, quede bien claro, no artificial ni lograda por un procedimiento de abstracción, sino concreta y efectiva, debe reconocerse entonces que el ordenamiento es algo distinto de los elementos materiales concretos que lo integran, e incluso debe estimarse que no se puede tener un concepto adecuado de las normas que lo forman, sin anteponer previamente el concepto unitario de aquel, del mismo modo que no se puede tener una idea exacta de los distintos miembros del hombre o de las ruedas de una máquina, si no se sabe antes qué sea el hombre o qué sea aquella máquina. (...) Así se habla de una voluntad, de una potestad, de una fuerza propia del ordenamiento jurídico, distinta de aquella de las normas en particular e independiente de la voluntad del legislador que las emana, se afirma también que el ordenamiento mismo constituye un todo viviente, un organismo, que tiene, aunque latente, fuerza propia de expansión y de adaptación. (...) Así pues, la expresión Derecho entendida en sentido objetivo, puede tener un doble significado. Antes que nada puede designar: a) un ordenamiento en su totalidad y unidad, esto es, una institución; b) un

principal mérito a reconocer a esta teoría institucionalista es haber hecho del Derecho un fenómeno no estatal, sino social, y considerar el elemento de la organización como criterio fundamental para distinguir una sociedad jurídica de una no jurídica. Un sistema jurídico es tan solo, en realidad, una construcción socio-psicológica de una red de relaciones constituidas por dos elementos formales: normatividad y fuerza.

Esta teoría rompió el círculo cerrado de la teoría estatalista del Derecho, que consideraba Derecho solamente lo estatal, desarrollándose las teorías del pluralismo jurídico, teorías que irán adquiriendo cada vez mayores grados de complejización.

Si bien durante años, el pluralismo jurídico sólo se podía percibir a partir del estudio de la *microsociología* del Derecho, manteniendo el Derecho estatal una posición preeminente en la organización global de la sociedad, en los últimos años, el pluralismo jurídico se percibe también desde la *macrosociología* del Derecho, surgiendo nuevas “legalidades” globales que desplazan cada vez más el propio derecho estatal. ¿A que me refiero con esto?

La interpretación *micro* establece el objeto de la sociología en el tipo más simple de la realidad social que la experiencia nos ofrece, la “relación”, constituida por las vinculaciones de individuos a individuos o entre una pluralidad de ellos, que adquieren una significación sociológica (constituyen formas de socialización) al realizarse en un nexo objetivo²⁶. Durante años, el Derecho estatal era el sistema jurídico que regulaba el campo espacial macro de la sociedad global, ahora bien, como señalaron autores como Eugene Ehrlich²⁷, Leon Petrazycki²⁸ o Georges Gurvitch²⁹, en el interior de la sociedad, en el intermedio de la relación “átomo-todo” o “individuo-sociedad global”, existían un conjunto de grupos particulares. Grupos que son de forma y volumen muy dispares (las clases sociales, grupos de edad, la escuela, la cárcel, el centro de trabajo, el espacio doméstico, etc.) y que tienen en sí mismos un poder de creación normativa y por tanto, la capacidad de constituir por sí solos, micro-espacios (jurídicos) regularizados que inciden de manera importante en la reproducción o subversión de un determinado orden

precepto o conjunto de preceptos, sean normas o disposiciones particulares, diversamente reagrupados y sistematizados que, para distinguirlos de aquellos otros no jurídicos, calificamos de institucionales, evidenciando así la conexión que tiene con el ordenamiento entero, esto es, con la institución de la que son elementos integrantes, conexión que es al mismo tiempo necesaria y suficiente para atribuirles su carácter jurídico” (S. ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1963. pp. 96, 98, 113-114).

²⁶ F. AYALA. *Tratado de Sociología*. Losada. Buenos Aires. 1947. T. II. pp. 40-41.

²⁷ E. EHRLICH. *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*. Marcial Pons. Madrid. 2005.

²⁸ L. PETRAZYCKI. *Law and morality*. Harvard University Press. Cambridge. 1955.

²⁹ G. GURVITCH. *Sociology of Law*. Kegan Paul. Londres. 1947.

social. Autores como Foucault se dedicaron a estudiar de manera detallada el funcionamiento de alguno de estos micro-espacios. En *Vigilar y Castigar*, este autor analizó la escuela como una institución que tiene su propia cultura, estructura y dinámica de funcionamiento, sus normas y pautas de comportamiento, su red definida o indefinida de comunicación formal e informal. La escuela como una organización en la cual interactúan muchos elementos materiales, personales y funcionales que constituyen una micro-estructura jurídica o un eco-sistema en tanto las distintas piezas del engranaje escolar están interrelacionadas y sólo tienen sentido en sus interrelaciones³⁰. Como señaló J. Dewey, la escuela es una comunidad en miniatura de la sociedad con su propia dinámica interna: hábitos, normas, rituales, responsabilidades y representantes³¹.

Ahora bien, como hemos dicho, el pluralismo jurídico puede percibirse también, en los últimos años, desde la macrosociología del Derecho, surgiendo nuevas “legalidades” que copan el espacio de la sociedad global y desplazan al propio derecho estatal.

A diferencia de la *micro*, la interpretación *macro* coloca el objeto de la sociología en una vinculación social de otro tipo, en la que los hombres aparecen ligados no mediante lazos directos, sino a través de un sistema independiente en cuanto tal de sus elementos individuales, con el que se relaciona cada uno de ellos y a través del cual entabla contacto con los demás³².

Conjuntamente con las micro-estructuras jurídicas en el interior de la sociedad, van apareciendo nuevas legalidades macro diferentes al Derecho estatal que regulan también el campo espacial de la sociedad global. Algunas son estructuras formales e institucionalizadas de legalidad como el Derecho proveniente de los organismos internacionales (Unión Europea, OMC, etc.), otras, en cambio, no tienen carácter ni formal ni institucional como, por ejemplo, la que podríamos llamar nueva legalidad tecnológica.

¿A qué nos referimos cuando hablamos de nueva legalidad tecnológica? Por nuevas tecnologías no sólo podemos entender el conjunto de *gadgets*, internet, TIC's, redes sociales, etc., sino también una nueva estructura y realidad histórico-legal. Los *gadgets* tecnológicos (teléfono móvil, *tablets*, redes sociales, etc.) ya no son unos simples objetos que uno puede usar o no, sino algo que, aun siendo originariamente extraño, está articulado a nosotros mismos en una relación cuasi orgánica, razón por la cual autores

³⁰ Ver: M. FOUCAULT. *Vigilar y castigar*. Siglo XXI. Madrid. 1986.

³¹ Ver: J. DEWEY. *Democràcia i escola*. EUMO/Diputació de Barcelona/Universitat de Vic. Vic. 1985.

³² F. AYALA. *Tratado de Sociología*. Losada. Buenos Aires. 1947. T. II. pp. 40-41.

como A. Gehlen definieron este fenómeno como una “prótesis generalizada” o como un proceso “metabiológico” que marca una nueva etapa en la evolución del género humano, en el que los nuevos artefactos forman parte del organismo humano como la coraza en los crustáceos³³.

Pero, a la vez, ninguno de los artefactos o instrumentos tecnológicos son utilizables sino están articulados a un sistema, o dicho de otro modo, la indisoluble relación hombre-artefacto, que constituye el actual modo de estar en la vida, está bajo la dependencia de un sistema (la posibilidad de usar el teléfono móvil o internet depende del estado del sistema o red telefónica y de las compañías privadas que la controlan)³⁴. Los ya históricos sistemas de relaciones sociales centrados en la relación entre hombres son sustituidos hoy por una perspectiva centrada en el sistema de las relaciones entre hombres y máquinas y a los cuales estos deben someterse³⁵.

La configuración junto al “ambiente natural”, de un “ambiente técnico” se constituye, como dice Edgar Morin, en un “eco-sistema”, es decir que cualquiera que sea nuestra posición, estamos rodeados y condicionados por sistemas no controlados por nosotros³⁶. Ello hace que ya no estamos meramente ante una simple *ratio* técnica de ámbito y aplicación sectorial, sino que estamos ante un *logos* tecnológico global que integra al hombre mismo en su estructura como uno de sus componentes y que le somete a su propia normatividad (legalidad), condicionando sus comportamientos y estructuras vitales. De ahí que podamos hablar de una auténtica nueva legalidad tecnológica (definida por Helmut Schelsky como “coerción” o “legalidad cosificada”)³⁷ no institucionalizada ni formal que convive con las demás y se impone socialmente con tanta o más imperatividad que las leyes y las costumbres³⁸. Internet y los nuevos *gadgets* tecnológicos reestructuran las relaciones sociales o la empresa más imperativamente que las leyes o las costumbres.

³³ A. GEHLEN. “Antropologische Ansicht der Technik”. En *Technik im Technischen Zeitalter*. Düsseldorf. 1965. Citado por M. GARCÍA-PELAYO. *Burocracia y tecnocracia*. Alianza. Madrid. 1974. p. 38.

³⁴ M. GARCÍA-PELAYO. *Burocracia y tecnocracia*. Ob. Cit. p. 38.

³⁵ Ibid. p. 39.

³⁶ Ver: E. MORIN. “L’écologie de la civilisation technicienne”. En *Une nouvelle civilisation. Hommage à Georges Friedmann*. Gallimard. Paris. 1973.

³⁷ H. SCHELSKY. *Auf der Suche nach der Wirklichkeit*. Düsseldorf. 1965. pp. 449 y ss. Citado por M. GARCÍA-PELAYO. *Burocracia y tecnocracia*. Ob. Cit. p. 39.

³⁸ Ibid.

Nos encontramos, en consecuencia, desde hace décadas, ante el fin y desaparición de un Poder concentrado ejercido a través de un monismo jurídico centrado en el derecho estatal, y su sustitución por un Poder disperso ejercido a través de una multiplicidad de prácticas (normativas) que interactúan en la misma sociedad alrededor de un consenso: la reproducción del capitalismo. Se da lo que podemos llamar un “*pluralismo jurídico consensual*” que garantiza la hegemonía política del capitalismo.

Las múltiples estructuras jurídicas de distinta naturaleza y niveles, con un alto grado de perfección y sutilidad, realizan una acción regularizadora de hasta el último rincón de la esfera social, extienden un modelo ideológico-uniforme de *conductas-tipo* en todos y cada uno de los actos humanos, generándose un desarrollo dinámico de un tipo concreto de relaciones sociales que por su praxis repetitiva, deviene normatividad y normalidad (cultura), deviene *cotidianidad en-sí* (cotidianidad en la que el hombre *crea sin creer que cree* -sentido común-)³⁹.

3.2. ¿Qué Poder Constituyente?

Como señalaba al inicio, la vieja concepción clásica del poder constituyente presenta límites si a lo que se aspira es al inicio de un proceso de emancipación. Se trata de una opción que continúa entendiendo el Poder única y exclusivamente como una estructura institucionalizada de coerción y violencia (el Estado), y no en su capacidad de regular los procesos de producción cultural. Precisamente por esto, se trata de una forma que continúa percibiendo el momento político (electoral o “presión social”) como previo al momento jurídico posterior y, a la vez, continúa asociando el proceso constituyente a una institución Asamblea Constituyente que “transforme” y “emancipe” la sociedad *con y desde* el Derecho estatal positivo-formal (Constitución).

³⁹ Autores como Max Weber (*Economía y Sociedad*. Ob. Cit. p. 27.), Theodor Geiger (*Estudios preliminares de Sociología del Derecho*. Comares. Granada. España. 2001. pp. 47 y 48) o Roscoe Pound (*Social Control Through Law*. New York. 1942. pp. 18-26) pusieron ya de manifiesto este carácter consensual del Derecho, entendiéndolo no como un simple proceso de producción y aplicación de normas coercitivas, sino como un proceso de creación de nuevas costumbres y relaciones sociales, como un instrumento de “aculturación” y reproducción del orden. Sobre el concepto de aculturación o socialización jurídica, ver también: CH. KOURILSKY-AUVEGEN. “Socialisation Juridique et identite du sujet”. En Revista *Droit et Societe*. No. 19. Francia. 1991; CH. KOURILSKY-AUVEGEN. *Socialisation juridique et consciente du droit*. Réseau Européen Droit et Societé. Paris. 1997; R.D. HESS y J.L. TAPP. *Authority, Rules and Agressions: a Cross-National Study of the Socialization of children into Compliance Systems*. Part. I. Washington D.C. US Department of Health, Education and Welfare. 1969; J.L. TAPP. “Socialization, the Law ans Society: Reflections”. *Journal of Social Issues*. 27/2. 1971.

Lo máximo que podría generar esta estrategia, en el hipotético caso de triunfar, es un cambio de élites dominantes en el marco de una misma sociedad, pero nunca una transformación emancipatoria o anticapitalista de la misma. Por un lado, existen múltiples espacios de producción de prácticas sociales o normatividad que desbordan la esfera político-jurídica y a la que está no llega, y por otro lado, como hemos señalado antes, independientemente de la voluntad de los gobernantes, las propias estructuras desde las que éstos actúan (partidos políticos, Parlamento, leyes, etc.) transmiten *per se* racionalidades, valores, formas de organización social, modos de actividad, etc. que contribuyen a la reproducción de la cultura dominante. Nada en la sociedad cambiará si no son transformados también los mecanismos de Poder que funcionan fuera y a lo largo de los aparatos de Estado, al nivel de cada minuto de la vida cotidiana.

Ello nos lleva a la conclusión de este trabajo. Un poder constituyente sólo puede ser, en la actualidad, emancipatorio si a diferencia de la concepción clásica del poder constituyente, es capaz de redefinirse para entender los momentos político y jurídico, no como momentos separados y contrapuestos, sino como momentos simultáneos. Así como romper la visión estatista y vertical del derecho como único instrumento de emisión de mandatos para la consecución de los objetivos de libertad de la nueva clase o grupo dominante, sustituyéndola por una visión de creación e implementación popular y horizontal del derecho.

3.2.1. El momento político (la Política) y el momento jurídico (el Derecho) como momentos simultáneos

Consciente de que el simple asalto a las instituciones del Estado y la toma de las riendas del poder no implica *per se* ninguna transformación si no va previamente acompañado de un largo trabajo de reforma cultural del sistema de relaciones sociales, Gramsci diferenció ya, en la primera mitad del siglo XX, entre dos estrategias de transformación diferentes en lo que él llamaba “Occidente” y “Oriente”. El autor de los Cuadernos usando el vocabulario militar, común en sus escritos, se refirió a la “guerra de posición” -en tanto contrario de la “guerra de maniobras”- como el tipo peculiar de ataque sobre la sociedad capitalista para construir un proyecto hegemónico. En el caso de las sociedades de capitalismo avanzado, a las que él denomina “Occidente”, su hegemonía se basa en la dirección intelectual y moral (cultural) de la sociedad, en la impregnación ideológica de todo el sistema social, por eso, el asalto del poder solo puede triunfar si

hay primero un proceso de disgregación de la sociedad civil como instrumento de sujeción para convertirla en instrumento de socialización de la rebelión, la revolución debe entenderse en primer lugar como un “hecho filosófico”, como un “acto pedagógico” capaz de dotar a las masas de un pensamiento crítico y de una práctica cotidiana que logre liberarse de los dogmas y mitos recurrentes en el sentido común. Las revoluciones centro-europeas de 1919-1921 fracasaron -señala Gramsci- por qué no hubo este proceso previo. La situación es radicalmente diferente en otros países, en terminología de los Cuadernos de “Oriente”, donde, debido a la incompleta difusión de las relaciones capitalistas, la sociedad civil es “primitiva y gelatinosa”⁴⁰, siendo posible construir un sistema hegemónico directamente mediante un asalto violento del poder o “guerra de maniobra”. Como establece Gramsci: “me parece que Alicia -se refiere a Lenin- había comprendido que se necesitaba un cambio de guerra de maniobra, aplicada victoriosamente en Oriente en el 17, a la guerra de posición que era la único posible en Occidente”⁴¹.

Con ello no digo que el proyecto constituyente emancipatorio deba llevarse a cabo sin el Estado y la Ley, “sólo hay una ilusión comparable, en riesgo, a la de pretender encontrar la libertad exclusivamente en el Estado y la Ley; la de pretender encontrarla exclusivamente fuera del Estado y la Ley”⁴²; a lo que me refiero es que cuando, en la actualidad, hablamos de Poder Constituyente emancipatorio no podemos entenderlo como la simple convocatoria de una Asamblea Constituyente que redacte una nueva Constitución, sino que hay que entenderlo como un “proceso” a iniciar con una *reforma* (cultural) en el sentido weberiano del término, hecha desde la autogestión y fuera de la esfera estatal, para sólo después, poder conformar una nueva forma de organización política.

No es por casualidad que Gramsci utilizara en los Cuadernos el concepto de *reforma cultural* en vez de *revolución cultural*, más común en el vocabulario marxista. La reforma religiosa del siglo XVI en Europa explicada de manera brillante por Weber en su *ética protestante y el espíritu del capitalismo* (1905), devino para Gramsci, en contraposición al Renacimiento, el paradigma en su representación del cambio social, pues encarnaba un modelo de lo que significaba el desarrollo de una nueva hegemonía

⁴⁰ A. GRAMSCI. *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado moderno*. Nueva Visión. Buenos Aires. 1972. p. 95.

⁴¹ A. GRAMSCI. *Quaderni del carcere*. Einaudi. Turín. p. 866.

⁴² J.A. FERNÁNDEZ ESTRADA y J.C. GUANCHE. “Se acata pero... se cumple. Constitución, República y socialismo en Cuba”. En *Revista Temas*. No. 55. La Habana. 2008. p. 125.

cultural. Weber explica como la expansión durante los siglos XVI y XVII del protestantismo ascético de impronta calvinista-puritana, el cual anclaba su ética en la “teoría de la predestinación”⁴³, permitió a la burguesía (el mapa de consolidación de la reforma viene a coincidir con las áreas del mundo franco-germano y flamenco donde existe mayor desarrollo comercial) empezar a desarrollar en la población, una “mentalidad o cultura capitalista” ya antes de las revoluciones con las que más tarde conquistarían el poder. La Reforma protestante, mediante su teoría de la predestinación, desarrolló en los creyentes calvinistas un modo de vida caracterizado por la sistematización y por la organización completa de la vida entorno al trabajo. Si antes el trabajo era un medio, el hombre trabajaba para conseguir el dinero necesario con que satisfacer sus necesidades materiales y en caso de disponer de alguna riqueza evitaba trabajar, ahora el trabajo se convierte en un fin en sí mismo (surge la idea de “profesión”). El hombre queda referido a la idea de trabajar y ganar dinero como el objetivo de su vida. Se crea el “hombre económico” moderno⁴⁴. De esta manera, el capitalismo convirtió su sistema de relaciones económico-sociales, su ideología-cultura, en hegemónico mucho antes de tomar el Estado⁴⁵.

Pero, ¿cómo activar una *reforma* de este tipo en el caso de la lucha anticapitalista actual?

⁴³ Ésta teoría parte de los siguientes principios: Dios ha decidido desde la eternidad condenar a una parte de la humanidad y salvar la otra, sin que los hombres puedan hacer nada para alterar este designio divino. A la cuestión que este axioma genera inmediatamente en cada uno de los creyentes: ¿soy yo un elegido? ¿cómo puedo estar seguro de esta elección?, los calvinistas predicán a sus creyentes que tienen la obligación de sentirse elegidos y rechazar cualquier duda como “tentación del demonio”, pues si faltaba esa seguridad era señal de una fe insuficiente. La manera de estar seguros de su elección es un trabajo profesional permanente e infatigable, solo llevando una vida orientada sistemáticamente al trabajo profesional como medio para la glorificación de Dios, se puede tener la certeza subjetiva de ser un elegido. El trabajo sin descanso, no sirve para “conquistar” la salvación, pero sí para liberar al creyente del miedo acerca de su salvación.

⁴⁴ Ver: M. WEBER. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Alianza. Madrid. 2001.

⁴⁵ Gramsci se refiere a la necesidad para toda clase social que quiera tomar el poder e instaurar un orden favorable a sus intereses, de promover primero, una transición o adaptación de la realidad social hacia su ideología-cultura: “La supremacía de un grupo social se manifiesta de dos modos, como *dominio* y como *dirección intelectual y moral*. Un grupo social es dominante respecto de los grupos adversarios que tiende a liquidar o a someter incluso con la fuerza armada, y es dirigente de los grupos afines y aliados. Un grupo social puede y hasta tiene que ser dirigente ya antes de conquistar el poder gubernativo (esta es una de las condiciones principales para la conquista del poder); luego, cuando ejerce el poder y aunque lo tenga firmemente en las manos, se hace dominante pero tiene que seguir siendo también dirigente. (...) debe haber una actividad hegemónica incluso antes de llegar al poder, no se tiene que contar sólo con la fuerza material que da el poder para ejercer una dirección eficaz” (A. GRAMSCI. *Antología*. Siglo XXI. México. 1977. p. 486). A este proceso previo de transformación de las relaciones sociales por parte de una clase, es lo que Gramsci, tomando un concepto que había sido utilizado por Vincenzo Couco (1770-1823) para referirse a la revolución napolitana de 1799, llama una “*revolución pasiva*” o “*revolución sin revolución*”.

Al ser el capitalismo la única fuente de producción de juridicidad y discurso jurídico en sus múltiples formas (pluralismo jurídico consensual) es también la única fuente de despliegue en la sociedad del sistema de representaciones que conforman “lo legítimo” (el orden legítimo, es aquel conjunto de máximas de comportamiento, cuyas representaciones operan en los individuos como modelos de conducta⁴⁶), lo cual blindada su reproducción. Ante este hecho, no cabe duda que cualquier proyecto constituyente de emancipación social o de construcción de una sociedad superadora del capitalismo, debe partir de la necesidad de desmonopolizar a éste de la función de producción de juridicidad y legitimidad (la ampliación de los márgenes de lo “pensable” jurídicamente más allá de las fronteras del sistema constituye una importante amenaza para la producción de representaciones simbólicas del capitalismo).

Ello hace aparecer lleno de significado en la escena política y en contraposición tanto al concepto de monismo jurídico o al de pluralismo jurídico consensual, el concepto de “*pluralismo jurídico conflictual*”. Esto es, la existencia de conflicto entre multiplicidad de prácticas (normativas) oficiales o no oficiales que tienen su razón de ser en las distintas y enfrentadas necesidades existenciales, materiales y culturales de los grupos o clases sociales, y que luchan entre ellas por regular cada vez mayores espacios de la sociedad.

El proceso constituyente sólo puede empezar mediante la creación de múltiples y amplios espacios, asambleas o cualquier tipo de instituciones participativas y autogestionadas que emitan, desde la esfera civil y de manera coordinada, normatividad alternativa. Se trata de iniciar un período de “doble poder” en el cual las nuevas instancias populares emisoras de normatividad amplíen su participación política y su alcance y autoridad sobre las oficiales.

Ello tendría como consecuencia en su aplicación a largo plazo, que al confundirse y determinar la actividad práctica de los individuos en su interior y por lo tanto, prolongarse también después, transversalmente al conjunto de las relaciones sociales, crearía en la sociedad una situación de conflicto entre órdenes cultural-normativos, donde el orden institucional formal no realizaría las aspiraciones sociales. Gramsci llama a este momento, una situación de *crisis orgánica*, en la que se produce una ruptura del nexo orgánico entre infraestructura y superestructura, dado que en realidad, si bien existe la misma base económica, existen ahora “dos superestructuras”, dos tipos

⁴⁶ M. WEBER. *Economía y Sociedad*. Ob. Cit. p. 27.

de organización a nivel superestructural, en conflicto. John Lewis Gillin describe este momento de desajustes entre los varios elementos en la configuración total de la cultura que interfiere seriamente en el mantenimiento del consenso, como una situación de patología social. Ahora bien, cuando el desorden que se produce es de tipo constructivo, aquel en que la ruptura de las normas establecidas se produce con el ideal o finalidad, no de crear el desorden puro, el desorden por el desorden, sino para instaurar normas nuevas y reformar instituciones inadecuadas, nada hay de patológico en semejante proceso, por el contrario, es una manifestación de vitalidad, de vida social dinámica. A este tipo de transformación social es a lo que, propiamente podemos llamar “Proceso constituyente”.

Es sólo en este momento del proceso, una vez llevada a cabo a cabo una revolución en la esfera gnoseológica, en el sentido común de la sociedad, cuando se puede llevar a cabo el golpe de fuerza para la destrucción definitiva del viejo Estado y la implantación de una nueva organización política popular autogestionada.

Sin embargo, esta es una visión del proceso constituyente no entendible desde la teoría clásica del Poder Constituyente pues, por ejemplo, al percibir lo político y lo jurídico como momentos separados, es incapaz de percibir la coexistencia de dos estructuras jurídicas excluyentes y en competencia entre ellas. Como decíamos al inicio de este texto, al igual que somos capaces de reactualizar y redefinir los análisis de la sociedad, hemos de serlo también de reactualizar o redefinir la teoría del Poder Constituyente dejando atrás las viejas formas clásicas del mismo.

3.2.2. La consecución de la emancipación a partir del Derecho participativo y popular

Esta concepción descentralizada del poder constituyente que une el momento político con el jurídico implica a la vez, una reconfiguración de cada uno de estos tres niveles del discurso jurídico señalados anteriormente y por tanto, una transformación de la naturaleza del derecho, dejando de ser un instrumento de dominación (derecho positivo-estatal) para ser un instrumento de emancipación (derecho participativo y popular). Veamos la reconfiguración de los tres niveles del discurso jurídico:

1. El primero (órganos y personas autorizadas para dictar la normatividad en una sociedad) se reconfigura mediante la reordenación del espacio público participativo en el contexto de las nuevas formas de organización y participación

social, lo que conllevaría la redefinición de un nuevo «sujeto de derecho» creador de una nueva mentalidad y cultura jurídico-política (sustitución del tradicional sujeto individual abstracto liberal por nuevos sujetos colectivos participantes)⁴⁷. La producción normativa o de Derecho dejaría de corresponder a organismos técnico-formales separados de la población (instituciones y órganos representativos de monopolio estatal) para pasar a un nuevo e histórico “*sujeto colectivo participante*” conformado tanto por masas no organizadas como por organizaciones populares (sindicatos, etc.) o movimientos sociales⁴⁸.

2. El segundo (órganos y personas autorizadas para interpretar, opinar y aplicar la normatividad dictada por el primer nivel) se reconfigura mediante la construcción de un ejercicio de comprensión, interpretación y práctica jurídica pluralista que saque el Derecho del restringido ámbito de actuación de profesionales y operadores jurídicos (abogados y jueces, principalmente) y lo pase al conocimiento y práctica popular. Entonces serían los miembros de la comunidad en sus luchas por sus reivindicaciones los usuarios directos del Derecho, quienes adoptarían mecanismos para la defensa de sus propios intereses, quienes participarían directamente en la solución de sus necesidades y en la organización de la sociedad⁴⁹.
3. Y, el tercero (las interacciones entre los usuarios del Derecho) se reconfigura mediante la aceptación como fuente generadora de derecho de nuevas prácticas sociales infra-estatales propias de los movimientos sociales (prácticas de economía popular o de democracia asamblearia basadas en la búsqueda de consenso de las que se deriva una dinámica fluctuante en la praxis de lo cotidiano asentadas sobre nuevos valores como la denominada «ética de la alteridad»⁵⁰, etc.); lo que conllevaría la redefinición de la ordenación práctico-

⁴⁷ I. SCHERER-WARREN y P.J. KRISCHKE, *Uma Revolução no Cotidiano*, São Paulo, 1987; T. VIGEVANI, “Movimientos Sociais na Trasição Brasileira: A Dificuldade de Elaboração de Projeto”, en *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n.º 17, São Paulo, 1989.

⁴⁸ La oposición al modelo de monopolio del derecho estatal y la propuesta de reconocimiento de fuentes alternativas de producción normativa en el ámbito infra-estatal (grupos micro-sociales insurgentes) fue puesta de manifiesto ya, entre finales del siglo XIX y mediados del XX, por parte de las doctrinas pluralistas como las de Gierke, Haurior, Santi Romano, Del Vecchio, Ehrlich, Gurvitch, Griffiths, Thome, Rouland, Sally Falk Moore, Masaje Chiba y Vanderlinden, entre muchos otros.

⁴⁹ J.A. MUÑOZ GÓMEZ. “Reflexiones sobre el uso alternativo del Derecho”, en *El Otro Derecho*, n.º 1, Bogotá (Colombia), 1988, pág. 59.

⁵⁰ E. DUSSEL. *Ética Comunitaria*, Ediciones Paulinas, Madrid, 1986; E. DUSSEL, *Debate en torno a la ética del discurso de Apel. Diálogo filosófico Norte-Sur desde América Latina*, Siglo XXI, México, 1994; E DUSSEL y K.O. APEL, *Fundamentación de la ética y Filosofía de la Liberación*, Siglo XXI, México, 1992.

procedimental de las relaciones entre unos y otros sobre la base de una nueva ética política de responsabilidad comunitaria.

Reconfigurados estos tres niveles podríamos hablar, sin duda, de Derecho nuevo, entendido como mecanismo horizontal de auto-organización ciudadana, y no como mecanismo vertical de dominación.

Las principales críticas que he recibido a esta concepción del Poder Constituyente, es que es muy compleja y duradera en el tiempo precisamente en un momento crítico como el de ahora donde se necesitan soluciones rápidas. No he creído nunca en las soluciones rápidas. Tampoco termino de ver a corto plazo un escenario donde un partido de izquierda anticapitalista pueda, en la actual sociedad europea consumista y enajenada, obtener mayoría absoluta en unas elecciones a Asamblea Constituyente e implementar desde el poder un programa político de transformación, o que la movilización esté haciendo recapacitar a los gestores del poder y modificar sus políticas. En este contexto, una de las pocas opciones de transformación radical de la sociedad pasa por la redefinición del poder constituyente en el sentido aquí señalado.