

MÁS ALLÁ DE LO CONSTITUYENTE Y LO CONSTITUCIONAL
POR UNA TEORÍA MATERIALISTA DEL PROCESO SOCIAL CONSTITUTIVO¹

Carlos Rivera-Lugo²

Resumen

El artículo hace una crítica a las formas fetichizadas de comprensión de la realidad jurídica, buscando un análisis del constitucionalismo más allá de la noción lógico-formal, adoptando como base la teoría crítica del derecho. Propone el entendimiento según el cual la Constitución sería materialmente compuesta por hechos constitutivos con fuerza normativa, así ofreciendo nuevas visiones acerca del poder constituyente y constitucional, avanzando en la propuesta de una teoría materialista del proceso social constitutivo. Bajo ese prisma, el texto constitucional sería percibido como expresión de ámbito histórico-social específico de las relaciones concretas del poder y de las luchas que en ellas se escenifican. El texto realiza un análisis de la coyuntura actual del nuevo constitucionalismo latinoamericano a la luz de los presupuestos teóricos de la teoría crítica y, por último, trabaja el concepto de constitucionalismo societal, a fin de ofrecer una comprensión y análisis crítico del concepto de Constitución y de sus discrepancias en relación a la realidad en el mundo contemporáneo.

Palabras clave: teoría materialista; Constitución; proceso social constitutivo; constitucionalismo societal; teoría crítica del derecho.

Abstract: The article criticizes the fetishized forms of understanding of legal reality, seeking an analysis of constitutionalism beyond the logical-formal notion, adopting as base the critical theory of law. It proposes the understanding according to which the Constitution would be materially constituted by facts with normative force, offering new visions on constitutional and constitutional power, advancing in the proposal of a materialist theory of the constitutive social process. From this point of view, the constitutional text would be perceived as an expression of specific historical-social scope of the concrete relations of power and of the struggles that are enacted in them. The text analyzes the current conjuncture of the new Latin American constitutionalism in the light of the theoretical assumptions of critical theory and, finally, works the concept of societal constitutionalism, in order to offer an understanding and critical analysis of the concept of Constitution and its unconformity in relation to reality in the contemporary world.

Keywords: materialist theory; Constitution; constitutive social process; societal constitutionalism; critical theory of law.

¹ Artículo recibido el 11/12/2018 y aceptado el 11/12/2018.

² Catedrático retirado y Decano fundador de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos (Puerto Rico). Investigador independiente de filosofía y teoría del Derecho y del Estado. Profesor colaborador del Programa de Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí (México). Miembro del Grupo de Trabajo "Pensamiento jurídico crítico" de Claeso y del Consejo Editorial de la Revista Latinoamericana *Crítica Jurídica*. Es autor, entre otras cosas, de *La rebelión de Edipo y otras insurgencias jurídicas* (San Juan, 2004); *¡Ni una vida más para el Derecho! Reflexiones sobre la crisis actual de la forma jurídica* (San Luis Potosí/Aguascalientes, 2014); y *Crítica a economía política do direito* (Sao Paulo, 2019). Es también co-autor y co-coordinador, junto a Oscar Correas, de la obra *El comunismo jurídico* (Ciudad de México, 2013). Es doctor en Derecho de la Universidad del País Vasco. ORCID ID: 0000-0002-2031-3667.

I. Una concepción materialista del proceso constitutivo

El mundo está lleno de sombras. Me refiero a las formas fetichizadas con las cuales se nos pretende reducir el entendimiento y la explicación de la realidad. Su hechizo no es más que un estado de conciencia o configuración mental en que se confunde la idea u opinión que uno pueda tener sobre lo real con lo real mismo. Pero ello no lo hace real. Lo real es aquello que sirve para la producción y reproducción social de la vida como un todo. Lo real son las fuerzas motrices de las formas de vida existentes.

El Estado, la política y lo jurídico son algunas de estas formas fetichizadas, propias del sistema capitalista. Incluso la creencia en la alegada existencia autónoma de estas como formas que encierran posibilidades redentoras de la humanidad es una de estas comprensiones reificadas de lo real que chocan continuamente con la experiencia. Lo mismo sucede cuando pensamos que el problema está en los contenidos sustantivos de la política o de lo jurídico, y no en sus formas mismas, o cuando nos negamos a reconocer lo que se hace cada vez más evidente: tanto lo político como lo jurídico se deriva esencialmente de la economía política como modo no solo de producción e intercambio, sino también de dominación y constitución de subjetividad. La contradicción principal del estado actual de cosas es el existente entre dichas formas y la vida real.

La ceguera resultante no nos permite ver que detrás de estas formas fetichizadas se ocultan una serie de ideas y prácticas que son el producto de una constelación de relaciones sociales y de poder; procesos e instituciones que, al fin y al cabo, constituyen verdaderamente lo real. Se trata de todo un modo de producción e intercambio social, así como de dominación y subjetivación, apuntalado en la valorización permanente y ampliada del valor de las cosas y de los seres, considerados también cosas, es decir, mercancías. La vida toda está subsumida bajo los cálculos reduccionistas del capital y sus formas fetichizadas que nada tienen de inocentes o redimibles. Por eso necesitan operar en las sombras para que no se puedan iluminar sus verdaderos propósitos ni explotar sus contradicciones. En ese sentido, hay que estudiar lo real y no sus apariencias si queremos entender concretamente el movimiento material de la sociedad.

Por ejemplo, cuando nos limitamos a lo que formalmente se enuncia en un texto constitucional, si de ello en realidad se trata, no hacemos más que seguir reproduciendo ese marco cooptado y alienante de entendimiento, del cual necesitamos escapar con urgencia. En demasiadas ocasiones nuestro estudio y la descripción de lo constitucional se reduce a lo que

se llama el *constitucionalismo formal*, esto es, el ámbito lógico-formal representado por un conjunto abstracto de principios y normas generales que enuncian, desde una perspectiva esencialmente estadocéntrica, un proyecto históricamente determinado de país. La abstracción no tiene nada de inofensiva. Constituye un artificio destructivo ya que aspira a inculcar un desconocimiento o una indiferencia de lo real. En ese orden de ideas, mediante la fetichización de la norma constitucional se pretende producir una vida social también fetichizada, es decir, falsa por estar de espaldas a lo real.

Sin embargo, la Constitución reducida a norma ahistórica, formal y abstracta, es tan solo una de las dos caras del constitucionalismo moderno, puesto que el texto constitucional, como el derecho en general, no tiene vida propia. Es, en última instancia, expresión del ámbito histórico-social específico de las relaciones reales y concretas de poder y de las luchas que se escenifican en estas. Me refiero al *constitucionalismo material* del cual surge la verdadera fuerza del orden constituido y los fundamentos explicativos de sus múltiples sentidos, tanto lógicos como prácticos.

Fatalmente, adictos al fetichismo jurídico, tendemos a olvidarnos de que no es la sociedad la que se funda en la Constitución. Más propiamente es la Constitución la que se funda en la sociedad. Precisamente por ello estamos compelidos a reconocer que la vida real de lo que se conoce como constitucionalismo radica más allá en el orden social que le constituye materialmente, es decir, el balance estratégico de fuerzas que caracteriza el proceso social de conflictos y luchas que lo gestó y lo desarrolla, lo interpreta y aplica dentro de una historicidad concreta. De ahí que su materialidad está determinada, en última instancia, por el devenir permanente del mismo orden y proceso social constitutivo que aspira a estructurar y regular. Es la dialéctica viva propia del *materialismo normativo de lo real*, con el cual el proceso social constitutivo no solo expresa y apuntala sino que, a su vez, estructura el orden actual como totalidad social. En su historicidad es tanto producto como también productor. Rompe con los límites impuestos al poder constituyente por el derecho constitucional burgués, para potenciarse como presencia permanente desde las entrañas mismas de la vida social y comunitaria.

Me refiero aquí a lo que en Europa, por ejemplo, se ha conocido históricamente como *potestas constituta* (Schmitt, 1982: 126), o sea, una forma política descentralizada, plural y participativa que a diferencia del principio liberal de la representación, de tipo elitista e individualista, propone la capacidad inherente de la comunidad para una gobernanza autodeterminada. El poder constitutivo, esto es, la autoridad para tomar decisiones políticas y

prescribir normas, no debe radicar primariamente –ni originariamente- en un poder centralizado y trascendental como el Estado, el cual puede fácilmente corromperse con facilidad o reducirse a la representación de intereses estrictamente particulares ajenos al bien común. La *potestas constituta* es de la comunidad. Es inmanente y difusa, localizada en las múltiples expresiones de la comunidad. Sus procesos decisionales son consensuados y de carácter asambleario. Su normativa es producto del acuerdo colectivo. En ello radica el fundamento de su legitimación y eficacia.

Ahora bien, la *potestas constituta* es también *potentia*, es decir, su materialidad está en continuo devenir. Es un poder superior a cualquier otro y es común a todos los miembros de la comunidad. Con arreglo a la *potestas constituta*, la soberanía es de la comunidad. Esta idea contrasta marcadamente con la alienación de la *potestas constituta* según los artificios políticos y jurídicos de la modernidad capitalista, como ocurre en los casos de Hobbes y Locke. Incluso la separación entre la sociedad política y la sociedad civil, entre el Estado y la comunidad, como vemos en Kant y Hegel, esencialmente busca desaparecer la *potestas constituta*. Para estos, la única “comunidad” posible es el Estado liberal-burgués.

En fin, solo por medio de este proceso social constitutivo se puede crear una democracia real fundamentada en la autodeterminación, o sea, en una subjetividad a su vez destitutiva de lo viejo y constitutiva de lo nuevo. Se trata de entender que el fenómeno contemporáneo del poder, como expresión que es del propio capital, no es algo indivisible, ni una esencia o una atribución localizada en un solo lugar, sino que se produce y reproduce, esto es, se constituye - como también se resiste - mediante una pluralidad de relaciones que atraviesan a la sociedad. Y si bien estamos forzados a admitir que la totalidad social está fracturada, también es hora de que entendamos que es desde la plena comprensión de esta realidad como se puede despertar y afirmar la posibilidad de unos vínculos humanos muy otros dentro de ellas. Nuestra historicidad concreta no es algo que nos sea ajena, sino que nos convoca continuamente como sujetos para que la constituyamos, para que nos convirtamos en sujetos constitutivos de hechos históricos que representen su transformación. El proceso social constitutivo es así condición indispensable para la permanente actualidad de la revolución. El problema es que, lamentablemente, hasta ahora se ha pretendido desconocer la existencia real y empírica del poder constitutivo como fenómeno diferenciado de lo constituyente y lo constitucional.

II. Entre lo constitucional y lo constitutivo

En cuanto a la Constitución, existen, básicamente, dos concepciones acerca de esta. En primer lugar, está la concepción liberal burguesa cuyo diseño se centra en la estructuración de límites al poder constituido, es decir, al poder gubernamental, frente a la llamada sociedad civil. De ahí la centralidad, a partir de esta, de la teoría sobre la distribución y equilibrio de poderes o funciones, combinada con el principio de representación o delegación de la soberanía popular a las instancias del poder constituido. Claro está que, en el fondo, dicha Constitución es representativa del orden material del capital como modo de producción e intercambio que es, a su vez, modo de dominación y subjetivación. Se caracteriza por una concepción monista del poder y de la prescripción normativa, centrada en el Estado como la forma particular que asume la dominación bajo el capital.

Sin embargo, también está aquella otra concepción, la del materialismo marxista, centrada en la estructuración y potenciación de un proceso social constitutivo como ejercicio inalienable y permanente de afirmación de lo común como ruptura, no reducible al momento fundacional de un orden constitucional dado, o a la autoridad y las obligaciones de sus instancias gubernamentales, enunciadas en la Constitución instituida. En este último caso, nos referimos a un poder constitutivo que, como pluralidad transversal, trasciende la concepción burguesa del poder constituyente como unidad abstracta y temporal. En ese aspecto, se potencia el poder constitutivo para la producción y reproducción de un nuevo orden material, cuya matriz está en la forma comunidad o comunal.

Durante los últimos tres siglos, el estudio del constitucionalismo, aun el socialista, ha sido mayormente estadocéntrico, negándose a valorar la Constitución como proceso societal y comunitario cuya fuerza constitutiva está en continuo movimiento. La concepción estadocéntrica tuvo como objetivo la estructuración del Estado-nación como instrumento ordenador y potenciador de la nueva sociedad capitalista y sus correspondientes relaciones sociales y de poder. No obstante, la concepción societal o comunitaria es la que guarda una especial pertinencia en lo que se ha llamado el *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, debido a las fuerzas sociales que históricamente, más allá del Estado, lo ha potenciado y la voluntad antiimperialista y transcapitalista que lo ha inspirado. Incluso las lógicas participativas e igualitarias que le son determinantes ponen sobre el tapete el tránsito desde un proceso social constitutivo hegemónico por el Estado, a un proceso constitutivo

hegemonizado por la comunidad, la comuna, los movimientos, es decir, las fuerzas motoras vivas de la nueva posibilidad abierta para el cambio revolucionario. De ahí que se trate de un marco tanto práctico como doctrinal que deviene permanentemente, como el mismo orden material que le sirve de matriz.

Para entender bien el fenómeno del derecho en este nuevo contexto tanto histórico como estratégico, hay que tener un buen sentido de los procesos sociales en que se están tomando decisiones económico-políticas y sus efectos normativos. No me canso de puntualizar que los procesos sociales son constitutivos, ya que con base en estos se prescriben normas societales y comunitarias de todo tipo, tanto de derecho como de *no-derecho* (Carbonnier, 1974: 13-63; Rodatà, 2010: 25-91 y Rivera Lugo, 2014: 123-161), desde las normas consuetudinarias hasta las jurídicas, las determinaciones administrativas y judiciales, así como los acuerdos contractuales según la *lex mercatoria*. En ese sentido, el derecho no surge del mismo derecho. Ninguna norma jurídica se autogenera o se autoimplanta. Tiene una pluralidad material de fuentes societales e institucionales. No se produce ni se aplica en un vacío. Resulta de ese proceso social y estratégico que produce decisiones y hechos con efectos normativos. Por ende, comprender cómo se llega a esas decisiones o cómo se producen esos hechos es fundamental para entender lo que en el fondo es el derecho y la normatividad societal y comunitaria en general, más allá de este.

La Constitución es, en fin, un proceso constitutivo total: se trata no solo de un texto, sino sobre todo de esa otra dimensión suya, ya mencionada, materialmente compuesta por hechos constitutivos con fuerza normativa, los que desbordan su texto o los enunciados lógico-formales de esta. Es, además, un proceso social contradictorio que está caracterizado por el despliegue efectivo de una constelación de fuerzas y relaciones de poder para la toma de decisiones autoritativas y la prescripción de políticas y normas -generalmente efectivas- dentro de una multiplicidad de contextos. Se trata, por ende, de un proceso comprensivo y ampliado, tanto formal como informal, cuya autoridad tiene como fuente material, en el capitalismo, tanto al Estado como al mercado, o en el caso alternativo, a la sociedad y a la comunidad, a los movimientos y a las asociaciones, entre otros vínculos sociales. Es un proceso esencialmente económico-político que promueve valores e intereses específicos, realiza expectativas, toma decisiones, formula políticas y ejecuta acciones cónsonas con estas, dentro de una situación de fuerzas concreta.

En ese orden de ideas, el poder constituyente es parte consustancial del proceso social constitutivo, no reducible al evento originario constituyente como lo es, por ejemplo,

una asamblea constituyente. El proceso constitutivo está permanentemente abierto como la vida misma. El pueblo soberano nunca puede ceder su poder constitutivo sobre la totalidad del acontecer político, económico y social, ya que es simiente y fundamento definitivo de la democracia. Como tal, no se debe a un título jurídico, sino que está por encima de la forma jurídica estadocéntrica. No puede haber norma válida que sea exterior a esta voluntad soberana societal y comunitaria.

III. Tensiones y retos del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*

En una conferencia ofrecida en 2010 en Mayagüez (Puerto Rico), en la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, el filósofo político boliviano, Luis Tapia Mealla advirtió que en su país se estaba viviendo un proceso de “desbordamiento de la política en relación al Estado”. Al respecto, afirmó que la rebelión plurinacional y popular que culminó en el ascenso a la presidencia de Evo Morales no es esencialmente estatista, sino que propende hacia formas más comunitarias de mando político. Incluso señaló que existen culturas y naciones dentro de Bolivia que no tienen una noción del Estado como parte de su modo de pensar o de vivir. En esos casos, el rasgo central de su modo particular de gobernanza es la asamblea comunitaria. Concluyó Tapia que, además, el artículo 2 de la actual Constitución del Estado Plurinacional, Multicultural y Comunitario prácticamente “anula al Estado”, pues reconoce la libre determinación de las naciones, pueblos y comunidades (Rivera Lugo, 2010). En ese sentido, se potencia la posibilidad de que estos, como expresiones del poder constituyente, sean fuentes materiales constitutivas de un derecho o una normativa más allá del Estado.

Marx advirtió que el Estado constituye una “comunidad ilusoria”. Para este, con la concepción idealista del Estado, según postulada a partir del liberalismo burgués, se pretende que dicho Estado sea una comunidad real. Como alternativa propone la constitución material de un Estado cuyo fundamento es la soberanía popular o comunal, en el que el soberano popular o comunal es el Estado real. Ahora bien, se trata de un Estado que deviene permanentemente en su contrario: un *no-Estado* encarnado en ese mismo soberano popular y la comunidad real que compone. Lo que propone Marx es la reabsorción del Estado por la sociedad o, siendo más preciso, por la comunidad, incluyendo la reapropiación por parte de esta de la producción, no solo económica sino que también normativa. Y es que la superación histórica del Estado es en dirección al desarrollo, en la alternativa, de la comunidad. Se

reconoce así el carácter directamente político de la sociedad y la comunidad. Como resultado, la forma burguesa del Estado se debe ir socializando hasta extinguirse, o sea, encarnándose en la comunidad y en la subjetividad de sus miembros.

De ahí que de lo que se trata es de transitar de la forma Estado a la forma comunidad como nuevo marco horizontal y autodeterminado de gobernanza. En todo caso, la función del Estado transicional es crear las condiciones para el desarrollo de los procesos e instituciones necesarias para articular progresivamente, desde abajo, una democracia de lo común, más allá de sí y en sustitución de sí. Si de lo que se trata es de superar las asimetrías de poder propias del capitalismo y el colonialismo, no queda otra que encaminarse hacia un tránsito histórico de la razón del Estado a la razón de la comunidad, de la soberanía estatal a la soberanía comunitaria o comunal.

Por otra parte, en el caso de Ecuador, atestiguamos la existencia de tensiones similares y retos análogos, sobre todo ante una Constitución que es el resultado de una voluntad constituyente claramente definida a favor de la centralidad de la ampliación radical de la participación democrática, la cual confronta muchas veces un marco práctico que parece constreñir sus alcances originales. El poder constituyente le hizo una crítica al orden político y económico liberal, particularmente en su modalidad neoliberal. De ahí que no se trata, como bien advierten Albert Noguera y Marco Navas (2016), de entender la proclamación de un derecho expansivo de participación como si fuera un derecho constitucional más, en el sentido del positivismo jurídico burgués. Se trata de concebirlo como un *derecho constituyente*, eje de todo el nuevo andamiaje constitucional que desborda las posibilidades de la institucionalidad propia de la forma Estado heredada, al tiempo que obliga a superar los criterios para la producción normativa que son propios del paradigma constitucional precedente.

Noguera y Navas entienden por *derecho constituyente* “aquel derecho ‘fundante’ a partir del cual se ordena una sociedad históricamente determinada y la vida de los individuos que viven en ella, en tanto se torna en la clave constitutiva e interpretativa fundamental de la organización social, política y económica”. Su vigencia plena solo es posible por medio de una transformación estructural que reconozca que el nuevo constitucionalismo no puede circunscribirse a unas interpretaciones y aplicaciones del texto constitucional, según la cultura jurídica burguesa prevaleciente, sino que se requiere la producción de un *nuevo derecho o normativa constituyente* –que no es necesariamente lo mismo que derecho constitucional-, en la cual se reconozca efectivamente la centralidad del poder constitutivo de la voluntad del

soberano popular, es decir, el poder constituyente por encima del poder constituido (Noguera & Navas, 2016: 25-29).

Desde esta perspectiva, la verdadera Constitución - es decir, la *constitución material* - es el pueblo soberano, aquel que fue criminalizado como *forajido* en el orden político-jurídico anterior. Su sujeto principal ya no es el abstracto sujeto jurídico del constitucionalismo liberal-burgués, sino ese sujeto que soberanamente se rebeló con el objetivo de refundar, desde sí mismo, la sociedad toda, con los efectos normativos correspondientes. Sin embargo, si de una verdadera refundación se trata, se necesitaría realizar una problematización crítica de la forma burguesa del Estado, así como del Estado de derecho, dadas sus limitaciones y restricciones consustanciales para motorizar un constitucionalismo que se potencie desde un poder constitutivo permanente e inalienable del soberano popular, en sus múltiples expresiones, para la superación de la colonialidad capitalista que lo aqueja. Lamentablemente, no lo hubo con la profundidad debida.

Por otra parte, en el caso de Venezuela estamos ante un proceso constitucional que tiene como acontecimiento fundacional el Caracazo de 1989. Mientras en Europa se celebraba la demolición del funesto Muro de Berlín y el “colapso del socialismo real”, proclamando además que la historia de la humanidad había encontrado por fin una razón universal en el liberalismo político y económico, a partir del Caracazo se motorizó una resistencia popular desde abajo contra el capital y sus nuevas políticas neoliberales de desposesión de la inmensa mayoría de la sociedad. El resultado fue el proceso social constitutivo que desembocó en la Constitución bolivariana de 1999, cuyo sujeto protagónico es ese pueblo en rebelión que estuvo marginado y ausente de la hipócrita constitución liberal precedente. Se propuso refundar el orden constitucional a partir de los cambios habidos en el orden material constitutivo, en especial la articulación de un nuevo bloque hegemónico de fuerzas. El despertar y la activación de ese sujeto originario, oprimido y olvidado fueron la razón por la que este proceso constitutivo se convirtió en un nuevo y refrescante referente para el constitucionalismo contemporáneo, sobre todo en la América nuestra.

Ahora bien, Hugo Chávez, quien presidió sobre dicho proceso como mandatario electo entre 1998 al 2013, sabía que la refundación solo se posibilitaría en la medida en que la rebelión civil se encauzara hacia la organización de una propuesta afirmativa de transformación revolucionaria que llevara a la progresiva superación histórica del orden del capital. En ese aspecto, estuvo siempre consciente de las limitaciones que el Estado heredado le impondría a dicho proceso de cambio, en particular por su burocratización, sectarismo y

corrupción. No bastarían las buenas ideas e intenciones, sino que había que instituir lo nuevo para evitar que lo viejo terminara por reimponerse. De ahí el impulso desde su presidencia de las “misiones”, como el primer paso hacia la socialización del poder político (Serrano Mancilla, 2015: 428-463). Así mismo, Chávez propuso el desarrollo de un nuevo poder comunal, fiel a su creencia en un *socialismo del siglo XXI* que superara las deficiencias históricas que llevaron al colapso del llamado socialismo real europeo, sobre todo el soviético. No se trataba de algo definitivamente configurado o realizado, sino de un impulso constitutivo en gestación que se fue potenciando gradualmente en el proceso. Lo planteó como un poder popular, articulado desde abajo, el cual debía irse ampliando progresivamente a todos los ámbitos de la vida nacional como parte de una reestructuración de lo que calificó como la “geometría del poder” (Chávez, 2012).

En la ley orgánica de las comunas de 2009, junto a aquella otra legislación suplementaria sobre la materia aprobada en años posteriores, las comunas se concibieron como un paso en dirección a la institución del poder comunal. Cada comuna redacta y aprueba, en asamblea, una especie de Constitución comunal conocida como Carta fundacional. De este modo, la Constitución bolivariana no solo se comuniza sino que se reproduce creativamente, desde abajo, en cada rincón del país, en reconocimiento efectivo de la pluralidad constitutiva del país. Esto incluye, como corolario, el desarrollo de la economía comunal como expresión de la socialización efectiva de la producción social y los procesos de intercambio desde la comuna. Se reconoce así que la nueva economía política venezolana debe tener como eje y fuente de sus decisiones la voluntad general del pueblo soberano, organizado comunalmente. Solo es soberano quien efectivamente decide, tanto en el plano político y económico, aun en el caso de la llamada propiedad social. Únicamente así se puede ir arrinconando el control que ejerce la institución burguesa de la propiedad privada o el control estatista sobre los medios de producción e intercambio. He aquí, según Chávez, el nudo gordiano que debe romperse si de verdad se ha de avanzar hacia “un socialismo bolivariano del siglo XXI”, apuntalado en el poder comunal.

De esta manera, la propuesta comunal de Chávez buscó orientar el proceso social constitutivo de su país hacia ese impulso equivalencial de la forma-comunidad siempre latente como *potentia* permanente, el cual ha reemergido en estos tiempos. Marx tenía en la comuna su modelo de superación histórica del Estado burgués. A partir de la experiencia histórica de la Comuna de París, Marx comprueba que “la clase obrera no puede simplemente tomar posesión de la máquina estatal existente y ponerla en marcha para sus propios fines”. Luego

de la experiencia de la Comuna de París, tanto Marx como Engels comienzan a vislumbrar como imperativo político el desarrollo de un proceso constitutivo de otra forma de gobernanza ajena a la forma estatal burguesa. Según este, el pueblo como soberano popular se erige en el Estado real, un Estado que deviene progresivamente en su contrario: un *no-Estado* encarnado en ese soberano popular o comunal. Lo que propone Marx es la reabsorción del Estado por la sociedad, haciéndose comunidad, e incluyendo la reapropiación por esta de la producción económica y normativa.

Aquí radica la verdadera prueba de fuego de si el *nuevo constitucionalismo* en los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador representa, más allá de sus eventos fundantes, una secuencia de procesos y hechos históricos de carácter revolucionario. Esto no se puede determinar exclusivamente desde los principios normativos que formalmente enuncian, como por ejemplo la primacía del poder constituyente frente al poder constituido, la plurinacionalidad, la democracia participativa, la pluralidad de fuentes normativas societales y el *vivir bien*. Hay que examinar sus prácticas, incluyendo su interpretación y aplicación, para así identificar si se está realizando concretamente el impulso constitutivo que encierran de lo nuevo, incluyendo la constitución de una subjetividad democráticamente empoderada o si se sigue reproduciendo el marco práctico y doctrinario del constitucionalismo liberal.

Una experiencia reciente que merece destacarse es la relativa a la iniciativa en Venezuela de acudir nuevamente al poder constituyente para intentar estabilizar y superar una crisis constitucional producto de la división del poder gubernamental entre las ramas ejecutiva y judicial, en manos de la izquierda, y la rama legislativa, en manos de una derecha que, incluso, ha estado dispuesta a recurrir a actos violentos y criminales en las calles. Con la instauración de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) en julio de 2017, se logró pacificar la situación. Se trata de un cuerpo cuya composición en términos de condición social, orientación política, raza, etnia y género es representativa de ese nuevo sujeto que ya en 1999 irrumpió desde abajo para refundar política y normativamente el modo de ser y estar en común en Venezuela. Con la ANC se instituyó un nuevo proceso constituyente cuyas decisiones están por encima de cualquier determinación o acto de cualesquiera de las ramas o instancias gubernamentales. Como parte de su agenda, ha decidido emprender además una necesaria actualización del texto de la Constitución Política de 1999, en atención a los nuevos retos planteados, sobre todo la profundización de la revolución hacia el socialismo y la consolidación material del poder comunal como nueva forma política.

De ese modo, se presencia el surgimiento de una nueva normatividad constituyente que no surge del poder constituido sino de un poder constituyente, encarnado especialmente en las comunas, desde una comprensión cabal de lo constitucional como campo de batalla. Incluso se ha podido reconfirmar el poco respeto que demuestran hacia el orden constitucional vigente tanto las fuerzas contrarrevolucionarias u opositoras, como sus aliados externos, sobre todo el Gobierno de Estados Unidos. Al igual que en el caso de Chile en 1973, los llamados abiertos hechos por voceros de estos a un golpe de Estado solo viene a confirmar una vez más la profunda hipocresía de aquellos frente a la legalidad vigente cuando esta no le permite seguir garantizando sus bastardos intereses. En estos momentos reconocen que en la realidad de los hechos prevalece aquel proyecto de país y de sociedad que tiene a su favor el balance real de fuerzas.

IV. La crisis del Estado burgués de derecho y su constitución

De acuerdo con lo antes expuesto, lo que se ha llamado *nuevo constitucionalismo latinoamericano* representa potencialmente una ruptura paradigmática con el constitucionalismo liberal que ha predominado como modelo en la modernidad capitalista. Sin embargo, para realizar dicha posibilidad histórica se tiene que encarar la necesidad de repensar y replantearse lo que ha sido hasta ahora eso que llamamos Estado de Derecho y Constitución. Hay que rechazar toda pretensión de neutralidad ideológica o axiológica de estas, así como de otras categorías o conceptos que, como ya he anticipado, han servido para guiar – o nublar - nuestro entendimiento acerca del derecho realmente existente. De ahí que habrá que resignificarlos para anclarlos en su realidad material en vez de su alienante razón formal, y a su vez, habrá que superarlos e inventarnos nuevos conceptos, categorías y entendimientos que estén a tono con ese movimiento histórico de lo común que se quiere potenciar más allá del capitalismo y la colonialidad del pensamiento heredado.

Con ese propósito, hay que superar todo ilusionismo juricista. Solo puede entenderse el derecho desde una perspectiva materialista y, por ende, estratégica, como parte de un orden civil de batallas entre clases, grupos, pueblos, razas y sexos. Se trata de un orden material contradictorio, conflictivo y fracturado, cada una de sus expresiones empuñando aspiraciones, intereses y expectativas particulares. Contrario a la noción común, ideológicamente motivada, el derecho no representa la pacificación social. Aspira en todo caso a ocultar el hecho de que en el fondo es la guerra continua por otros medios

alegadamente consentidos. Las múltiples manifestaciones del conflicto social son el motor de las instituciones y el orden estatal.

Marx insistió en que no debemos hablar del derecho en abstracto, ya que lo que prevalece finalmente como tal es el resultado del balance real de fuerzas. Lo jurídico se construye socialmente a partir de las relaciones de poder real y también en su beneficio para servirle de instrumento, justificación y validación. En ese sentido, el derecho es un proceso caracterizado por una estructura concreta de relaciones sociales desiguales de poder que debemos entender para articular estrategias políticas, económicas, legales o normativas de cambio. El derecho burgués es, en el fondo, un modo de regulación social históricamente determinado que está predicado en la sanción coactiva para compeler la sumisión al orden capitalista prevaleciente.

El Estado de derecho moderno no ha sido otra cosa que un Estado burgués de derecho. Su ideal constitucional se limita mayormente a las libertades burguesas: la propiedad privada, la libertad contractual, la libertad empresarial, la libertad del mercado y, como corolario de estas, la autonomía de la voluntad o la libertad individual, en particular para pactar la venta de la fuerza de trabajo con los propietarios de los medios de producción e intercambio. A partir de este, el Estado cumple una función auxiliar e instrumental, cuidadosamente delimitada por un sistema jurídico, para la garantía, incluso armada, de dichas libertades.

En ese aspecto, la libertad burguesa se garantiza mediante ley y solo valdrán aquellas decisiones, acciones y normas que estén comprendidas dentro de este modo burgués de la realización de la libertad humana, que no es otro que el modo de realización del capital. Dentro de ello la Constitución se erige como la ley fundamental y establece la judicialización de toda solución a los conflictos sociales. La llamada independencia judicial para la realización de dicha función siempre está delimitada, para validar sus decisiones, por la norma o regla fijada de antemano en el Estado burgués de derecho.

Ya es hora de que se entienda que la desigualdad y la discriminación *de facto* son consustanciales al Estado burgués de derecho y a su Constitución. Ambos están determinados por un hecho económico-político fundante que le sirve de matriz a toda su normativa, aunque se pretenda invisibilizar: la dominación y reproducción continua y ampliada del capital. Contrario a lo que postula Kelsen, no existe un *grundnorm* ahistórico. Todo Estado de derecho depende en última instancia de un acontecimiento fundacional, esto es, un hecho de fuerza, un hecho constitutivo que es expresión de un nuevo bloque histórico de fuerzas. En

este radica su matriz material constitutiva para la fundación o refundación de toda ordenación política, económica y social. Aun en el caso de esa vertiente del Estado burgués que es el Estado social o de bienestar, este tan solo asumió coyunturalmente una función reguladora de la economía política capitalista como parte de un arreglo político y social conciliador entre las clases, que nunca llegó a representar en el fondo una impugnación sistémica, a pesar del avance de reformas redistributivas e igualitarias que se dieron en su interior. Son las mismas que hoy se van erradicando en el seno de esa nueva expresión del Estado burgués: el Estado neoliberal de la subsunción real y total.

V. Las dos caras del constitucionalismo societal

Hay quienes postulan la creciente obsolescencia del modelo constitucional liberal para garantizar la necesaria integración y control social en el modo capitalista de producción y dominación (Sciulli, 1992). Frente a esa multiplicación de fuentes materiales para la prescripción normativa, ha ido evidenciándose la existencia de un nuevo orden material del capital y el consiguiente surgimiento de lo que se ha calificado como un *constitucionalismo societal* expresivo de impulsos contradictorios de cambio y cuyos protagonistas están situados generalmente más allá de los estados. Por *constitucionalismo societal* se entiende el proceso social constitutivo que ha caracterizado la prescripción normativa bajo la economía política capitalista en este nuevo periodo de expansión e internacionalización del capital conocido como globalización. Se trata de la normativa producida por los operadores de dicha economía global, tanto los privados, por ejemplo, las corporaciones multinacionales o transnacionales, como los públicos, es decir, los ministerios de Economía y Finanzas, los bancos centrales y las organizaciones internacionales reguladoras como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) y la Organización Mundial de Comercio (OMC). Según Gunther Teubner, estos se han divorciado crecientemente del Estado-nación y sus procesos de prescripción normativa y de solución de conflictos. Este se lo achaca a una fragmentación que ha acaecido en las sociedades, lo que ha potenciado una autonomización creciente o, si se prefiere, atomización de sus componentes sociales, con la consiguiente ruptura del vínculo común que le servía de sustrato al Estado (Teubner, 2004).

Teubner puntualiza que la constitución de otros órdenes normativos desde procesos constitutivos, ya no nacionales sino que globales o transnacionales, ha dado impulso a la demanda por un constitucionalismo independiente del derecho constitucional

estadocéntrico. Si bien tradicionalmente se ha considerado que los procesos constitucionales son estadocéntricos, existe hoy una tendencia a considerar que sus procesos constitutivos abarcan a la totalidad de la sociedad, sin la necesidad de requerir actores colectivos en el sentido del soberano popular o el poder constituyente, en el sentido clásico. Incluso, según este, el *constitucionalismo societal* trata de la posibilidad real de un constitucionalismo desvinculado del Estado o de una multiplicidad de constituciones civiles o privadas, con efectividad tanto nacional como mundial, producto de unos sujetos mayormente desnacionalizados en sus intereses que, por ende, ya no se sienten representados por el Estado-nación y su Constitución desde su nueva identidad transnacional o global (Teubner, 2012). Esto conduce a la coexistencia imperativa de los estados con sus nuevos actores globales, para la efectiva gobernanza sobre las relaciones económicas internacionales.

En el fondo, toda sociedad se caracteriza cada vez más abiertamente no solo por una pluralidad jurídica y normativa en general, compuesta por una constelación de sistemas o modos autónomos de normatividad más allá del Estado, sino que como parte de esta, también está definida por una pluralidad constitutiva, la cual, al fin y al cabo, caracteriza toda constitución como representativa de un orden material dado. Como tal, toda Constitución es fecundada permanentemente desde múltiples contextos y a partir de una pluralidad de sujetos con capacidad autónoma para la producción de normas.

Para Teubner, el *constitucionalismo societal* es la regulación de ese proceso social global preexistente para limitar sus efectos negativos, en especial los desestabilizadores del funcionamiento ordenado de la economía global. Un ejemplo de este *constitucionalismo societal* privatizador de los procesos de producción normativa y solución de conflictos lo vemos claramente en los términos propuestos por el capital para el reconocimiento y puesta en vigencia de unas nuevas reglas para la regulación de sus actividades económicas internacionales, consignadas en los proyectos secretos del Acuerdo del Transpacífico (TPP), el Acuerdo del Transatlántico (TTIP) y el Acuerdo sobre Comercio de Servicios (TISA), entre otros. Con las negociaciones gubernamentales que han precedido la aprobación de estos tratados, desarrollados dentro del más absoluto secreto, se pretende al menos dar la apariencia de que han sido sometidos a controles regulatorios para evitar los efectos negativos que puedan resultar producto de su eventual implantación. Teubner concluye insistiendo en que el gran reto es sacar estos impulsos normativos autónomos de su actual estado de latencia, potenciando efectivamente el curso real que está tomando el constitucionalismo en la

sociedad contemporánea y de ese modo influir sobre la dirección que han de seguir. Se trata, en última instancia, de validar la gobernanza plena del capital.

Ahora bien, se olvida Teubner de que el capital es en el fondo una relación social en la que sus estrategias actuales de dominación se enfrentan, como en el pasado, a unos impulsos contestatarios que plantean otras posibilidades constitutivas como, por ejemplo, el representado por el llamado *nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Frente al agotamiento de las posibilidades del constitucionalismo liberal y a la intensificación de las luchas de todo tipo contra la reordenación neoliberal que se fue imponiendo desde mediados de la década de los setenta del siglo pasado, se ha atestiguado el nacimiento de un nuevo proceso social constitutivo. Este no solo se propone tomar distancia del marco constitucional liberal sino que construye alternativamente nuevos sentidos enraizados en la potenciación de una nueva esfera de lo común, mas allá de las esferas privada y pública en torno a las cuales ha girado hasta ahora el constitucionalismo. El *nuevo constitucionalismo latinoamericano* representa no solo la oportunidad para explorar otra forma de organizar la gobernanza y la regulación social sino, sobre todo, el reto de hacerlo de manera que vaya más allá del horizonte limitado del Estado burgués de derecho para arraigarse en una vida social crecientemente autonomizada frente a este. Se trata de potenciar la realización plena del constitucionalismo mediante su socialización o, para ser más precisos, su comunalización. Estamos, en el fondo, ante otra vertiente histórica del *constitucionalismo societal*. Para ser más preciso, se trata de un *constitucionalismo comunal* representativo de una nueva posibilidad: la construcción de espacios comunes y plurales de producción, decisión y vida más allá de las lógicas triturantes del Estado de la subsunción real y total. Esto introduce una nueva espacialidad extendida, que valora lo local y lo singular, particularmente en el contexto comunitario, en sus múltiples manifestaciones. Se trata de la *potentia* del *potestas constituta* para revolucionar las relaciones sociales y de poder desde lo local, que es desde donde se implantan, desarrollan y reproducen, en primer lugar, los efectos reales de cualquier poder constitutivo.

La dialéctica de ese *constitucionalismo comunal* no solo se manifiesta como *potentia* en el seno de aquellos estados que, como Venezuela, Bolivia y Ecuador, han sido protagonistas principales del llamado *nuevo constitucionalismo latinoamericano*. La progresiva autonomización de los procesos constitutivos y su desvinculación creciente del Estado y su derecho, nos obligan a aquilatar también procesos que se plantean la construcción, desde abajo, de unas estructuras muy otras de poder y de producción normativa

como, por ejemplo, las representadas por los "caracoles" o las Juntas de Buen Gobierno organizadas por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en Chiapas, lo que incluye su propio sistema de administración de justicia ajeno a la forma-jurídica burguesa. Además, ante la creciente crisis de legitimidad que arroja al gobierno en México, ha surgido un movimiento societal y comunal que ha ido promoviendo activamente la demanda a favor de una convocatoria a una Constituyente Ciudadana-Popular. La iniciativa popular se basa en el artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece: "La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo y se instituye para beneficio de este. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno". Estamos aquí ante la afirmación de esa otra soberanía, propia de un *constitucionalismo comunal*: la soberanía comunitaria. He ahí, insisto, la nueva posibilidad histórica: el reconocimiento de la sociedad toda como fuente de una pluralidad de procesos constitutivos independientes del orden constitucional estadocéntrico.

Claro esta, hay que evitar sucumbir ante el espejismo de que lo local lo es todo. No podemos olvidar que el capitalismo es una totalidad social que busca imponer sus lógicas de dominación desde lo local hasta lo global. Para que la forma-comunidad realice su *potentia* transcapitalista, tiene que pensarse y asumirse desde una perspectiva igualmente expansiva e integral. Lo local constituye un campo de lucha y transformación desde el cual potenciar e instituir un modo alternativo de socialidad y de mundo.

La revolución es un proceso constitutivo de lo nuevo y no meramente de negación o destrucción de lo viejo, por lo que resulta imperativo que rompamos definitivamente con la idea que hasta ahora se tiene del constitucionalismo como proceso estadocéntrico con un sentido unitario. Hay que encaminarse hacia formas más comunitarias y plurales de mando político y prescripción normativa. En las comunidades y comunas está el embrión empíricamente comprobable de una nueva posibilidad transformativa, tanto sistémica como civilizatoria. Y es que la apuesta por lo común no trata en última instancia de tomar el Estado existente, sino de transformarlo progresivamente, tomar distancia para romper finalmente con él como modo hegemónico de regulación y gobernanza sobre nuestra vida en común. La izquierda no puede seguir asumiendo la función de perfeccionamiento del Estado y el derecho heredado sin que termine finalmente atrapada por sus lógicas reproductoras. En el proceso, en vez de construir lo propio, solo se desgasta al tratar de enderezar mínimamente el entuerto sistémico del capital, el cual, por más que se busque, no tiene salida.

Referencias

- BOSTEELS, Bruno. Estado, comuna, comunidad. **Revista Boliviana de Investigación**, Vol. 11, n.º 1, 2014.
- CARBONNIER, Jean. **Derecho flexible**. Madrid: Tecnos, 1974.
- CHÁVEZ FRÍAS, Hugo. **Golpe de timón**. Caracas: Ediciones Correo del Orinoco, 2012.
- GARCÍA LINERA, Álvaro. **Forma valor y forma comunidad**. La Paz: Clacso-Muela del Diablo-Comuna, 2009.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Assembly**. New York: Oxford University Press, 2017.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.
- NEGRI, Antonio. **El poder constituyente**. Madrid: Libertarias/Prodhuñi, 1994.
- _____. **La forma-Estado**. Madrid: Akal, 2003.
- NOGUERA, Albert; NAVAS, Marco. **Los nuevos derechos de participación en Ecuador**, ¿Derechos constituyentes o derechos constitucionales? Estudio del modelo constitucional de 2008. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.
- PASHUKANIS, Eugeny. **La teoría general del derecho y del marxismo**. México, D.F.: Grijalbo, 1976.
- REISMAN, W. Michael. Law from the Policy Perspective. In: WEISSTUB, David (ed.). **Law and Policy**. Toronto: Osgoode Hall Law School, York University, 1976.
- RIVERA LUGO, Carlos. La soberanía comunitaria. **Claridad**. San Juan de Puerto Rico: Editorial Claridad, 2010. Disponible em: <<http://www.rebellion.org/noticia.php?id=112198>>.
- RIVERA LUGO, Carlos. **¡Ni una vida más para el Derecho!** Reflexiones sobre la crisis actual de la forma-jurídica. Aguascalientes/San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat y Programa de Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2014.
- RIVERA LUGO, Carlos; CORREAS VÁZQUEZ, Oscar. **El comunismo jurídico**. México, D.F.: CEIICH-UNAM, 2013.
- RODATÀ, Stefano. **La vida y las reglas: entre el derecho y el no-derecho**. Madrid: Trotta, 2010.
- RUBIO CARRACEDO, José. **Paradigmas de la política**. Barcelona: Anthropos, 1990.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: IIDS, 2010.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1982.

SERRANO MANCILLA, Alfredo. **El pensamiento económico de Hugo Chávez**. Caracas: Vadell, 2015.

SCIULLI, David. **Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

TEUBNER, Günther. Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory. In: AA. VV. **Constitutionalism and Transnational Governance**. Oxford: Hart Publishing, 2004.

_____. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**. Oxford: Oxford University Press, 2012.