

**DERECHO Y DEMOCRACIA EN LOS TIEMPOS DEL ESTADO DE HECHO (LAW AND DEMOCRACY IN THE TIMES OF THE STATE OF FACT)***CARLOS RIVERA LUGO<sup>1</sup>*

**Resumen:** En el presente trabajo se analiza cómo, a raíz de un estado neoliberal mínimo en lo que hace a sus funciones de ayuda social, pero máximo en lo correspondiente a su apoyo a la dominación capitalista, el Estado de Derecho se ha convertido en un Estado de hecho. Por otro lado, y frente a esta situación, emergen movimientos y acciones sociales que comienza a pensar otro Derecho y Estado originado desde el poder constituyente de la soberanía popular, a partir del cual la separación entre Estado y sociedad civil tiende a desaparecer para producir un Derecho vivo y societal.

**Palabras claves:** Estado de Derecho, Estado de Hecho, Movimientos Sociales, Poder Constituyente, Democracia.

Abstract: In this paper the author analyzes how, from the disappearance of the Welfare State thanks to Neoliberal politics, the Rule of Law has turned into a Rule of Fact. In contrast to the Neoliberal State, social actions and movements that are rethinking Law and State from the view point of the constituent power of popular sovereignty are emerging. From their perspective the separation between State and civil society tends to disappear in order to produce a new Live and societal Law.

Keywords: Rule of Law, Rule of Fact, Social Movements, Constituent Power, Democracy.

La guerra y el hecho de la fuerza se han convertido en el mundo contemporáneo, con una contundencia inescapable, en el fundamento último de la política y del Derecho. La guerra, sea imperial o de clases, y las acciones que le son propias, cobran hoy más que nunca una naturaleza constituyente que va definiendo nuestro entendido tanto de lo político como de lo jurídico. Sea la guerra y posterior ocupación de Irak; sea la guerra social y condición de inseguridad pública que de facto se vive en muchos de nuestros países; sea el orden económico-político de batalla que parece perfilarse entre la humareda dejada por la crisis actual del capital desatada inicialmente en *Wall Street*, con serias repercusiones sobre el resto de la llamada economía global; o sean los procesos de refundación constitucional que se protagonizan en Venezuela, Bolivia y Ecuador; es evidente que el orden jurídico de nuestros tiempos es mayormente el resultado de la efectividad local de un conjunto de actos y hechos de naturaleza estratégica, es decir, de fuerza y poder. Normativamente hablando, en el mundo contemporáneo el hecho está hablando con mayor fuerza que el derecho. Dondequiera, el Estado de hecho se le ha superpuesto al Estado de Derecho.

La guerra de Irak ha puesto fin al derecho internacional nacido al calor del modelo westfaliano, con la soberanía propia de los estados-naciones, formalmente iguales entre sí, como fuente material primaria.<sup>2</sup> La militarización de la respuesta estatal a la insumisión social y política que ha irrumpido por doquier en variadas for-

1 Catedrático de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, Mayagüez, Puerto Rico, crivera@hostos.edu.

2 Sobre el particular, véase a Michael Hardt y Antonio Negri, *Imperio*, Paidós, Barcelona, 2002, pp. 21-36.

mas, ha contribuido a la desvaloración creciente del Estado de Derecho.<sup>3</sup> Ha servido para disminuir la centralidad formal de los derechos ciudadanos a favor de la constitución de un Estado de derecho policial (*Polizeistaat*)<sup>4</sup> o Estado de control fundado en la seguridad y el control de las mentes y los cuerpos como valores preeminentes. En este último caso, nos referimos a ese fenómeno relativamente reciente del biopoder que es consustancial al nuevo paradigma de lo jurídico. Es una forma de poder que rige y reglamenta la vida social desde adentro de cada uno de nosotros. De esto trata, en última instancia, la subsunción real de la vida toda bajo los requerimientos del capital.<sup>5</sup>

Hablando del capital, la crisis actual por la que atraviesa éste da testimonio elocuente de los límites ineludibles del mercado como fuente material de Derecho (*lex mercatoria*). La crisis de *Wall Street* que inmediatamente se ha extendido sobre toda la economía global, ha sido descrita por distinguidos economistas, como el Premio Nóbel Joseph Stiglitz, como el equivalente para el capitalismo de lo que la caída del Muro de Berlín fue para el socialismo real europeo. El mercado se ha deslegitimado como fuente material de prescripciones políticas y jurídicas, habiendo demostrado nuevamente, tal y como lo hizo a comienzos del Siglo XX, que es incapaz de sensibilidad ética alguna hacia el bien común.

3 “Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho, o mejor el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley; el Estado de Derecho consiste así fundamentalmente, en el ‘imperio de la ley’; Derecho y ley entendidos como expresión de la ‘voluntad general’.” Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, EDICUSA, Madrid, 1966, p. 7. Para Michel Foucault, el Estado de derecho se define, en primer lugar, como “un Estado en el cual los actos del poder público no pueden tener valor si no se enmarcan en leyes que los limitan de antemano. El poder público actúa en el marco de la ley y no puede actuar sino en el marco de la ley. Entonces, no podrá ser el soberano, la voluntad del soberano, el principio y el origen de su carácter coercitivo. Será la forma de la ley.” En segundo lugar, “en el Estado de derecho hay una diferencia de naturaleza, una diferencia de efecto, una diferencia de origen entre las leyes, que son las medidas generales de validez universal y en sí mismas constituyen actos de soberanía, y las decisiones particulares del poder público. En otras palabras, un Estado de derecho es un Estado en el cual se distinguen, en su principio, sus efectos y su validez, las disposiciones legales por una parte, expresión de la soberanía, y las medidas administrativas por otra”. Michel Foucault, *Nacimiento de la biopolítica*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007, pp. 202-203. Véase también a Gustavo Zagrebelsky, para quien Estado de Derecho es el “Estado bajo el régimen de derecho”, bajo el cual la ley constituye el “acto normativo supremo y irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamentos: ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior ‘razón de Estado’.” Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 21-24.

4 “Qué se entiende por *Polizeistaat*, Estado de policía? Se entiende por ello un sistema en el cual no hay diferencia de naturaleza, de origen, de validez y, por consiguiente, tampoco de diferencia de efecto entre, por un lado, las prescripciones generales y permanentes del poder público –en líneas generales, si se quiere, lo que llamaríamos la ley– y, por otro, las decisiones coyunturales, transitorias, locales, individuales de ese mismo poder público: el nivel de lo reglamentario, para decirlo de algún modo. El Estado de policía es el que establece un continuo administrativo que, de la ley general a la medida particular, hace del poder público y de las ordenes emitidas por éste un solo y el mismo de principio y le otorga un solo y el mismo tipo de valor coercitivo.” Michel Foucault, *ibid.*, p. 202.

5 Véase al respecto a Hardt y Negri, *ibid.*, pp. 37-54.

La eficacia como criterio de legitimación<sup>6</sup> en sustitución de la primacía o fuerza de la ley, nos ha llevado, para todos los fines prácticos, a un Estado de anomia, es decir, a un Estado caracterizado por la ausencia de regulaciones centrales en función del bienestar general. Se está ante un Estado relativamente desprovisto de orden normativo alguno o, en todo caso, un espacio dentro del cual se conjugan una diversidad de procesos de forcejeos autogestionados de normas y axiologías contradictorias, tanto dentro como más allá de los límites tradicionales de la esfera estatal. En este último caso, la anomia es el resultado de la existencia de un pluralismo jurídico, integrado por una multiplicidad de formas de producción normativa orientada cada vez más en torno a la autodeterminación y la diferencia o el particularismo local y, consiguientemente, la ausencia de un orden normativo unitario con validez *erga omnes*. El pluralismo jurídico se refiere hoy en potencia a las relaciones entre sujetos singulares, autodeterminados, como parte de una comunidad dada, que responde a una razón o voluntad compartida o consensuada. La soberanía ya no se reduce a un referente territorial centrado en el estado-nación —trascendente con relación al sujeto político concreto— sino que se ha socializado, haciéndose difusa, fluida y difuyente, al igual que el poder y el discurso social en estos tiempos. Se redimensiona la soberanía a partir de este nuevo sujeto político acentrado y autodeterminado. El viejo proverbio romano *Ubi societas, ibi ius*, adquiere un nuevo y más directo sentido.<sup>7</sup> México es hoy, tal vez, uno de los mejores ejemplos de lo antes expuesto.

Por otra parte, el neoconstitucionalismo que se protagoniza en Nuestra América va evidenciando la creciente demitificación de la forma jurídica, producto de la socialización, politización y moralización progresiva del fenómeno jurídico en la conciencia popular y la consiguiente potenciación democrática radical de un poder constituyente que no se reduce al poder constituido. Claro está, si han saltado todas las mediaciones entre el Derecho y la sociedad, es por que bajo el Estado neoliberal ambas se han compenetrado hasta hacerse prácticamente indistinguibles. La restauración del poder cuasi-absoluto de la clase capitalista, el fin último de dicho modelo neoliberal, se logró sólo en la medida en que dicha clase absorbió la superestructura jurídico-política a nivel de la estructura y proceso social de producción, borrando así no sólo los avances logrados por las clases subalternas bajo el Estado social de Derecho sino que, además, las fronteras entre lo jurídico-político y lo económico-social. La subsunción real resultante de la vida toda bajo el capital y la consiguiente reprivatización salvaje del Derecho sentaron las bases para el advenimiento del

6 La eficacia constituye el criterio preferido en estos tiempos en que la economía política neoliberal ha desplazado al Derecho como discurso justificativo de los actos gubernamentales. A ésta no le interesa, como al Derecho, si una norma es legítima o ilegítima, sino cuáles son sus efectos. Aplicado a las prácticas gubernamentales, representa una nueva *ratio* utilitaria en función de si la norma es exitosa o no para el adelanto de unos fines que le son alegadamente consustanciales o naturales al mercado. La razón de Estado pasa a entenderse a partir de la razón del mercado. Se imponen limitaciones de hecho y no de derecho a las prácticas de gobierno. Sobre este tema, véase a Michel Foucault, *ibid*, pp. 26-35.

7 Sobre el tema del pluralismo jurídico en medio de una creciente autonomía social, véase a Gunther Teubner, “The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism”, en Karlo Tuori, Zenon Bankowski & Jyrki Uusitalo (ed.), *Law and Power*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1997, pp. 119-140.

Estado de hecho como forma del Estado neoliberal. La esencial precondition para el cumplimiento de la función legitimadora del Estado de Derecho, aún con todas sus limitaciones históricas e ideológicas, era que al menos se proyectase como independiente del contexto estratégico prevaleciente. Sin embargo, cuando se hace transparente la equivalencia entre el Derecho y el poder de la clase capitalista, como ha sucedido bajo el neoliberalismo, el carácter del Derecho como instrumento de dominación clasista queda al desnudo.

La constitución material de la sociedad contemporánea, es decir, el ámbito histórico-social de las relaciones de poder constituidas, va suplantando progresivamente a la constitución formal, en la medida en que su contenido estrictamente jurídico (lógico-formal) deja ya de reflejar las nuevas realidades de las relaciones sociales de producción e intercambio, así como las relaciones de poder. Como ya se ha expresado, durante las pasadas tres décadas hemos sido testigos del creciente tránsito del Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) al Estado de hecho, a modo de un Estado de necesidad o régimen fundado en la fuerza, es decir, en relaciones estratégicas, en fin relaciones de poder (*Machstaat*). Para Giorgio Agamben, vivimos más bien bajo un Estado de excepción<sup>8</sup> que está redefiniendo tanto al Estado como al Derecho como se han conocido en la Modernidad capitalista. Ahora bien, según Antonio Negri dicho Estado de excepción es, en efecto, la realidad material de siempre del orden constitucional liberal.<sup>9</sup> Tanto Agamben como Negri tienden a coincidir en que estamos presenciando una reconfiguración teórica y práctica del Estado y del Derecho que, para todos los propósitos, hace imposible que se ignore la articulación material entre la vida y el Derecho, los hechos y las normas, el poder constituyente y el poder constituido. Su dimensión material estratégica ha trascendido su aspecto lógico-formal. El Derecho no existe ya solo dentro de sí mismo, sino que también y sobre todo ocupa crecientemente un afuera que es expresión de la vida misma. Más allá del Derecho estatal está la presencia siempre determinante del Derecho vivo de la sociedad. Y es que el Estado burgués resulta siempre, en última instancia, un Estado de hecho que se oculta detrás del Estado de Derecho o del Estado de excepción.

Para Negri, el Estado de excepción es interno al Estado de derecho burgués: “El *derecho de excepción* ya no puede ser considerado como un mecanismo que prolonga la organización jurídica del Estado y la organización social de los ciudadanos y que está unido a la simple brutalidad de las relaciones de fuerza, como si interviniera casi *desde el exterior*. En cambio, no se trata tanto de una ruptura, en este caso, como de un dispositivo continuo y coherente que interviene desde dentro mismo del sistema (desde arriba, ciertamente, pero siempre desde el interior) con la finalidad de bloquear la espontaneidad y la fuerza de los movimientos democráticos”.

Tal vez el Derecho ha llegado a un punto sin retorno en el que ya se le hará imposible restablecer la racionalidad jurídica precedente, con sus consabidas

<sup>8</sup> Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires, 2007.

<sup>9</sup> Antonio Negri, *La fábrica de porcelana: Una nueva gramática de la política*, Piados, Barcelona, 2006, p. 164.

ficiones y mistificaciones. El Derecho moderno pudo haber sido en parte pura retórica, es decir, un proyecto incompleto en necesidad de una efectiva materialización para todos. Lo que no podía, ciertamente, era reducirse a pura retórica si pretendía mantener su pertinencia y legitimación. Tal vez el Derecho, como la hemos conocido hasta ahora bajo la Modernidad, ya no funciona pues ha dejado de garantizar la gobernabilidad de lo concreto. La crisis de legitimación del Estado y el Derecho modernos es una expresión de la obsolescencia de sus formas históricamente determinadas en relación con la vida misma. Como expresó Jacques Derrida, la sociedad contemporánea tiene hoy el reto de explorar nuevas formas del Estado y el Derecho en un contexto social y político en que ambos han dejado de ser factores determinantes absolutos.<sup>10</sup>

Para Michel Foucault, el Derecho nunca ha sido un fenómeno unitario, sino que un complejo de prácticas, discursos e instituciones. Ello ha tenido como consecuencia un cambio en la forma del Derecho, pasando éste de la forma estrictamente jurídica, como ley, a la forma de actos político-estratégicos, revestidos de eficacia táctica, relativos a la gobernabilidad de la sociedad. La ley como tal ha perdido efectividad y, como tal, importancia. Ha perdido toda capacidad para encubrir el orden de batalla que es la sociedad civil y legitimar las relaciones de dominación u opresión.

Para el filósofo francés, “es parte del destino del Derecho absorber poco a poco elementos que le son ajenos”. Y es que la forma moderna de lo jurídico es crecientemente incapaz de codificar las nuevas relaciones de poder, de representarlas adecuadamente debido, entre otras cosas, al estrecho ámbito disciplinario al que se pretende reducir su saber y prácticas. De ahí la necesidad de que el Derecho asuma una forma nueva como proceso normativo que desborda la forma del estado-nación soberano, que esté libre “de toda relación de sumisión”, que saque a la intemperie las luchas reales de las que es el resultado, y aquilate las múltiples perspectivas singulares que se manifiestan a través de esa trinchera del orden de batalla civil que se expresa por medio de lo jurídico y cuyo objeto es la autodeterminación. En fin, como cualquier otra relación social y de poder, la jurídica está sujeta hoy a cambios paradigmáticos en su forma.<sup>11</sup>

Tal vez, habría que advertir con Antonio Gramsci que los procesos prescriptivos de normas, así como las prácticas encaminadas a asegurar su cumplimiento, permean a toda la sociedad civil, como escenario predilecto de la historia social.<sup>12</sup> Como tal, es en la sociedad civil que se escenifica la lucha perenne por alcanzar un posicionamiento estratégico tal que permita la creación y legitimación de normas autoritativas y de reivindicación de derechos, sobre todo, en unos tiempos caracte-

10 Jacques Derrida, *Specters of Marx*, Routledge, New York, 1994, p. 94. Maureen Cain, “Gramsci, The State and the Place of Law”, en David Sugarman (ed.), *Legality, Ideology and the State*, Academic Press, London, 1983, pp. 102-103.

11 Véase Alan Hunt & Gary Wickham, *Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance*, Pluto Press, London, 1994, pp. 56-58.

12 Maureen Cain, “Gramsci, The State and the Place of Law”, en David Sugarman (ed.), *Legality, Ideology and the State*, Academic Press, London, 1983, pp. 102-103.

rizados por la incapacitación y deslegitimación creciente del gobierno, tanto en su rama legislativa como judicial, sin hablar de la ejecutiva. En ese sentido, el Derecho no constituye una prerrogativa exclusiva del Estado. Por necesidad, como propone Gramsci, la sociedad civil se erige en escenario alternativo de lucha para la creación de un muy otro orden normativo, comprometido éste con otros fines éticos centrados en el bien común a partir de una esfera crecientemente ampliada de lo público, el cual trasciende, por necesidad, al Estado.

Bien lo advirtió Marx: el Derecho no tiene una realidad e historia propia. Es la sociedad civil el verdadero “hogar y escenario de toda la historia” y añadía: “cuán absurda resulta la concepción histórica anterior que, haciendo caso omiso de las relaciones reales, sólo mira, con su limitación, a las acciones resonantes de los jefes y del Estado”.<sup>13</sup> El Derecho ha sido hasta ahora una forma mitificada de una relación social específica, históricamente determinada y cambiante: el proceso social de producción e intercambio de mercancías. Lo específico de la relación jurídica, pues, se halla en aquella relación social y de poder *sui generis* de la que la forma jurídica es esencialmente reflejo. Lo jurídico corresponde, en última instancia, a la lógica de dichas relaciones sociales y no a las determinaciones de las autoridades estatales. El poder del Estado podrá conferirle claridad y estabilidad a la estructura jurídica, pero no crea sus premisas. Es la acción social y no el Derecho como norma el marco constitutivo de lo jurídico.<sup>14</sup>

Es así como los actos sociales, económicos y políticos, y su efectividad concreta en la determinación de las coordenadas de la esfera jurídica, constituyen el verdadero criterio de legitimación, así como la real fuente material del Derecho en el mundo contemporáneo, sobre todo a la luz de la creciente incapacitación y corrupción del Estado para atender las necesidades concretas y complejas de la sociedad actual. Por ejemplo, el derecho legislativo ha perdido su centralidad. Se ha hecho periferal. Por otra parte, los procesos judiciales se han tornado cada día más costosos y se han visto permeados crecientemente de un sesgo marcadamente clasista, favorable a los intereses del capital.<sup>15</sup> La sociedad civil es ya no sólo el escenario principal de la lucha de clases, sino que también de los procesos pertinentes de prescripción normativa. Las fronteras espaciales de la producción de normas han desbordado al Estado, La vida del Derecho está crecientemente en otra parte.

Durante las pasadas tres décadas han habido, concretamente dos fuentes materiales decisivas del Derecho, que bajo la racionalidad anterior son despachadas de informales o no-oficiales por ser ajenas al estado-nación clásico. La primera de éstas es el mercado, el cual, según los sociólogos Pierre Bourdieu y Zygmunt Bauman, ha

13 Carlos Marx y Federico Engels, *La ideología alemana*, Ediciones Pueblo Unido, Montevideo, 1971, p. 38.

14 Precisamente, el ilusionismo o reificación de lo jurídico es el reflejo del fetichismo de la mercancía, es decir, la existencia aparentemente autónoma de lo jurídico frente a la realidad social es un reflejo de la existencia aparentemente independiente de las mercancías en relación a sus productores. El fetichismo es, pues, una relación social entre personas que aparece más bien ser entre objetos. Las personas quedan reducidas a meros objetos.

15 David Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 78.

jugado un papel hegemónico en la determinación de la agenda política de la sociedad contemporánea.<sup>16</sup> Sin embargo, el neoliberalismo como un modelo de “acumulación por desposesión”, según definido por David Harvey<sup>17</sup>, nos ha llevado a un estado de conflicto y guerra permanente, en la forma del Estado de excepción previamente enunciado. La omnicrisis que ha desatado parecería apuntar, como posibilidad histórica real, al fin de su hegemonía incontestada.

Ahora bien, más allá del mercado, ha habido otra fuente material emergente de Derecho alternativo procedente del ámbito comunitario y representado por lo que se ha dado en llamar “el movimiento de movimientos”. Su poder constitutivo proviene de acciones de resistencia y desobediencia civil que, en términos generales, se niegan a reconocer la legitimación de la autoridad estatal. En cambio, valida sólo aquella legitimación que tiene al soberano popular como su fuente material. A la crisis de legitimación del Estado y del Derecho corresponde la efectividad de una lucha difusa que necesita desbordar el poder dominante del capital en todas sus manifestaciones. Se trata de luchas particulares buscando, como bien puntualiza John Holloway, “un camino alternativo” más allá de la forma Estado. Señala al respecto: “Las formas capitalistas no son neutrales. Son formas fetichizadas y fetichizantes: formas que niegan nuestro hacer, formas que tratan a las relaciones sociales como cosas, formas que imponen estructuras jerárquicas, formas que hacen imposible expresar nuestro simple rechazo, nuestro NO al capitalismo”. De ahí que, según Holloway: “Todas esas rebeldías e insubordinaciones están caracterizadas por un impulso hacia la autodeterminación, un impulso que dice ‘NO’, ustedes no nos van a decir qué tenemos que hacer, nosotros mismos vamos a decidir lo que tenemos que hacer o lo que queremos hacer”.

Por su parte, Agamben afirma que, históricamente hablando, el *movimiento* como forma de participación política ajena al Estado y las organizaciones partidarias que le apuntalan, constituye la expresión soberana de las fuerzas dinámicas de la sociedad, en contraposición a los defensores del orden establecido, quienes pretenden limitar la soberanía al Estado y sus representantes. Para Marx y Engels, el *movimiento* ha sido a través de la historia el elemento político real. Por ejemplo, a **ambos** siempre les interesó “el movimiento real que anula y supera el estado de cosas actual” más que las propuestas ideológicas divorciadas de las condiciones empíricas necesarias para su viabilización. Sólo mediante ese “movimiento real”, se puede expresar el cambio que la realidad contiene en potencia y que es la manifestación de lo que el filósofo político argentino Enrique Dussel llama la *voluntad-de-vivir* del pueblo. En gran medida, esa voluntad de vida se ha encarnado en eso que llamamos hoy el *movimiento de movimientos*, como expresión difluente de esa multiplicidad de luchas singulares que van reconstruyendo el sentido de lo común bajo la forma de una praxis libre y no un efecto controlado o acción dirigida con apego a paradigmas históricamente *passé*. En el ejercicio de lo común está la nueva base de la democra-

16 Véase, por ejemplo, a Zygmunt Bauman, *En busca de lo política*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006, pp. 82-83.

17 David Harvey, *ibid*, p. 159.

cia como gobierno de cada uno conforme a una razón o un bien común, pero a través de todos. En lo común está el nuevo fundamento de ese muy otro Derecho que se va forjando desde abajo, desde las entrañas mismas de nuestro modo de vida presente.

La multitud de explotados constituye, en ese sentido, un nuevo dispositivo de poder, es decir una red estratégica, que aspira activamente a autodeterminarse, tanto como productores, ciudadanos y, sobre todo, seres humanos. En ello radica precisamente el valor del poder constituyente. Constituye una fuerza impetuosa y expansiva que, al decir de Negri, “irrumpe, quebranta, interrumpe, desquicia todo equilibrio preexistente y toda posible continuidad”.<sup>18</sup> Como tal, constituye un factor potenciador de la democracia como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Dice el filósofo político italiano: “El poder constituyente es la capacidad de renovación de la estructura pública de los poderes, la capacidad de proposición y de afirmación de nuevas dimensiones públicas en la distribución de esos poderes, una innovación radical de la constitución formal a partir de la reformulación radical de la constitución material”.<sup>19</sup> Contrario a la limitativa concepción liberal que comúnmente existe en ciertos círculos, el poder constituyente está situado en ese sentido por encima del Estado y del Derecho, pues como poder originario su acción fundacional es ininterrumpida. El ejercicio del poder constituyente es el ejercicio de lo común. El poder constituyente es el poder de decidir, para determinar e instituir lo nuevo.

Así, pues, nos hallamos con el reto de desenredar el nudo problemático constituido por la naturaleza dual y ambigüedad constitutiva del Derecho que “parece estar siempre al mismo tiempo afuera y adentro de sí mismo”, como bien nos señala Agamben, es decir, experiencia y norma a la vez, así como el resultado de expresiones colectivas e individuales de autodeterminación y apoderamiento jurídico. Al Derecho no se le puede reducir a su función estrictamente regulatoria, es decir, como obligación, sino que debe materializar expresamente su función emancipatoria, como autodeterminación. Siendo el Estado de hecho actual el lugar donde esta ambigüedad emerge a plena luz y con una fuerza inusitada, consecuentemente estamos inmersos en una verdadera *guerra civil legal* cuyo resultado será la reconfiguración de las categorías y formas actuales del Derecho.<sup>20</sup>

Jean-François Lyotard tiene razón cuando advierte que el futuro será hechura de los productores de nuevos saberes y sentidos, así como de los que, a partir de éstos, decidan constituir una nueva dirección a nuestro modo de vida. Queda claro que la forma legal por sí sola ya no es suficiente para reestablecer un orden normativo legítimo bajo el cual la justicia y el bien común son valores éticos centrales e imprescindibles. De ahí que la posibilidad de trascender los fracasos del Estado de Derecho moderno, así como del Estado de hecho postmoderno, recae en la construcción de un Estado de Justicia o, más preciso aún, una Comunidad de Justicia como imperativo ético-político poscapitalista.<sup>21</sup>

18 Antonio Negri, *El poder constituyente*, Libertarias/Prodhufi, Madrid, 1994, p.29.

19 Antonio Negri, *La fábrica de porcelana*, p. 150

20 Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2007, pp. 13-26.

21 Véase, por ejemplo, a Augusto M. Morello, *El Estado de Justicia*, Librería Editora Platense, La Plata,

En fin, la idea y forma actual del estado-nación, de raíz fundamentalmente hobbesiana, ha llegado históricamente a su fin.<sup>22</sup> Este declive del Estado fue previsto incluso por el constitucionalista alemán Carl Schmitt en las postrimerías de su vida: “El tiempo del Estatismo toca a su fin. El Estado como modelo de la unidad política, el Estado como titular del más extraordinario de los monopolios, es decir, del monopolio de la decisión política, está a punto de ser destronado”.<sup>23</sup> Claro está, ello no quiere decir que deje de existir el Estado, al menos en cuanto a su función actual de administración. Eso sí, ello le plantea el reto a la sociedad de explorar nuevas formas del Estado y el Derecho a partir de un espacio social que ya éstos no dominan absoluta y burocráticamente, y que al fin y al cabo nunca realmente dominaron por sí sólo.<sup>24</sup>

En términos prácticos y retomando viejas aspiraciones utópicas (es decir, ideales apuntaladas en la potencia real de cambio que encierran empíricamente las circunstancias histórico-sociales), quizás nos permitiría reencontrar el rumbo hacia la realización de aquel viejo sueño de Marx y Engels que alumbró las esperanzas de no pocas generaciones: la desaparición gradual del Estado como forma de dominación. En la medida en que Estado y sociedad, sociedad política y sociedad civil se confundan, el Estado como hasta ahora lo hemos conocido se diluye hasta desaparecer. En su obra **Del socialismo utópico al socialismo científico**, Federico Engels nos dice: “Cuando el Estado finalmente se convierta en representante efectivo de toda la sociedad será por sí mismo superfluo”. Ya lo había advertido también en su carta a A. Babel, de 1875: la superación histórica del Estado es en dirección al desarrollo, en la alternativa, de la comunidad como esfera ampliada de lo público y como nueva y decisiva fuente material de lo jurídico.

---

2003.

22 Hablo precisamente del modelo que el neoliberalismo ha pretendido apuntalar y que el gobierno estadounidense bajo el presidente George W. Bush fracasó en agenciar. Me refiero a la idea de que para salvar a la humanidad de sí misma, ante su incapacidad manifiesta para autogobernarse y su proclividad al conflicto y la violencia, ésta no tiene otra opción que no sea consentir a la creación de un poder absoluto que impondrá el orden desde arriba. Se conforma así los fundamentos de un poder trascendente en representación o, mejor dicho, en sustitución del pueblo. Es éste modelo el referente normativo de la sociedad de control que se ha escenificado en los últimos tiempos en las llamadas sociedades democráticas de inspiración liberal o neoliberal.

23 Citado en Paolo Virno, “Virtuosismo y revolución: notas sobre el concepto de la acción política”, *Luogo Comune*, Núm. 4 (1993).

24 Jacques Derrida, *Specters of Marx*, Routledge, New York, 1994, p. 94.