

PODERES, CONSTITUCIÓN Y DERECHO

David Sánchez Rubio, Álvaro Sánchez Bravo
y Jesús Ignacio Delgado Rojas
(editores)

David Sánchez Rubio
Pilar Cruz Zúñiga
David Vila-Viñas
Alexandre Bernardino Costa
Jesús Ignacio Delgado Rojas
Hernando León Londoño Berrío
Blanca Rodríguez Ruiz
Luísa Winter Pereira
Alfonso de Julios-Campuzano
Antonio Mesa León
Antonio Carlos Wolkmer



**PODERES,
CONSTITUCIÓN Y DERECHO**

PODERES, CONSTITUCIÓN Y DERECHO

**David Sánchez Rubio, Álvaro Sánchez Bravo
y Jesús Ignacio Delgado Rojas**
(editores)

**David Sánchez Rubio
Pilar Cruz Zúñiga
David Vila-Viñas
Alexandre Bernardino Costa
Jesús Ignacio Delgado Rojas
Hernando León Londoño Berrío
Blanca Rodríguez Ruiz
Luísa Winter Pereira
Alfonso de Julios-Campuzano
Antonio Mesa León
Antonio Carlos Wolkmer**



FACULTAD DE DERECHO

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© De la obra: David Sánchez Rubio, Álvaro Sánchez Bravo y Jesús Ignacio Delgado Rojas

© De los textos: los autores

Primera edición, 2024

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid

Teléfono (+34) 91544 28 46 – (+34) 91544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1170-985-9

Depósito Legal: M-2655-2024

Preimpresión:

Besing Servicios Gráficos, S.L.

besingsg@gmail.com

Índice

INTRODUCCIÓN.....	13
--------------------------	-----------

David Sánchez Rubio y Jesús Ignacio Delgado Rojas

CAPÍTULO PRIMERO. SOBRE PARADIGMAS DE CONOCIMIENTO, PODERES Y TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO.....	17
--	-----------

David Sánchez Rubio y Pilar Cruz Zúñiga

1. INTRODUCCIÓN.....	17
2. TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO Y NUEVOS PARADIGMAS	21
3. ALGUNOS DISPOSITIVOS DE PODERES.....	25
BIBLIOGRAFÍA.....	37

CAPÍTULO SEGUNDO. ENTENDER EL PODER PARA INVESTIGAR SOBRE EL DERECHO. CUESTIONES DE MÉTODO Y GUBERNAMENTALIDAD	41
---	-----------

David Vila-Viñas

1. INTRODUCCIÓN.....	41
2. RACIONALIDADES JURÍDICOPOLÍTICAS HEGEMÓNICAS: UN ITINERARIO	42
3. OTROS ENFOQUES. EL DERECHO DE LAS PLANTAS ALTAS Y EL DERECHO A PIE DE CALLE.....	53
BIBLIOGRAFÍA.....	56

CAPÍTULO TERCERO. O DIREITO ACHADO NA RUA E O NEOLIBERALISMO DE AUSTERIDADE 61

Alexandre Bernardino Costa

1.	INTRODUÇÃO	61
2.	UMA IDEIA PERIGOSA	62
3.	A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A NOVA RAZÃO DO MUNDO	64
4.	NEOLIBERALISMO, UMA TEORIA CIENTÍFICA? QUAIS OS SUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS DA AUSTERIDADE?	66
5.	AUSTERIDADE – DEMOCRACIA E AUTORITARISMO	69
6.	O DIREITO ACHADO NA RUA.....	73
7.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
	BIBLIOGRAFÍA.....	79

CAPÍTULO CUARTO. PODER TECNOLÓGICO Y POLÍTICAS PATERNALISTAS. LA GOBERNANZA ALGORÍTMICA A TRAVÉS DE *HYPERNUDGES* 81

Jesús Ignacio Delgado Rojas

1.	INTRODUCCIÓN.....	81
2.	BIG DATA COMO TÉCNICA DE REGULACIÓN EN EL DISEÑO PREVIO DE OPCIONES ELEGIBLES.....	82
3.	LA CRÍTICA A LOS <i>HYPERNUDGES</i>	88
4.	DE LA TOTAL TRANSPARENCIA A LA VIGILANCIA TOTALITARIA	97
5.	CONCLUSIONES	100
	BIBLIOGRAFÍA.....	101

CAPÍTULO QUINTO. PODER PUNITIVO, PENAS ILEGALES Y DEMOCRACIA 105

Hernando León Londoño Berrío

1.	INTRODUCCIÓN.....	105
2.	LAS PENAS ILEGALES EN EL MARCO DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN Y DE LA PRISIÓN SIN CONDENA	106
3.	AVATARES DE LA “PENA ANTICIPADA” O “PRISIÓN SIN CONDENA”	114
4.	CONCLUSIONES	125
	BIBLIOGRAFÍA.....	127
	JURISPRUDENCIA.....	133

CAPÍTULO SEXTO. LA AUTONOMÍA REIVINDICA SU LUGAR CONSTITUCIONAL: INCURSIONES DEMOCRÁTICAS DESDE LO ÍNTIMO 135

Blanca Rodríguez Ruiz

1.	INTRODUCCIÓN.....	135
2.	CUATRO SENTENCIAS, UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL	136
3.	RAMIFICACIONES DE LA AUTONOMÍA: EL SISTEMA GÉNERO-SEXO, LO ÍNTIMO, LOS CUERPOS.....	141
4.	REFLEXIONES DE CIERRE: AUTONOMÍA E INTERSUBJETIVIDAD	151
	BIBLIOGRAFÍA.....	152

CAPÍTULO SÉPTIMO. LA RISA DE ROUSSEAU. LÍMITES ONTOLÓGICOS DEL CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA SIN CUERPOS..... 155

Luísa Winter Pereira

1.	INTRODUCCIÓN.....	155
----	-------------------	-----

2.	LA DEMOCRACIA SIN CUERPOS EN LA XIV LEGISLATURA ESPAÑOLA.....	157
3.	LA RISA DE ROUSSEAU EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO/COLONIAL.....	161
4.	UNA PROPUESTA DE DEMOCRACIA CORPORAL COMO PRINCIPIO ANTIOLIGÁRQUICO	171
	BIBLIOGRAFÍA.....	175

CAPÍTULO OCTAVO. DERECHOS Y LIBERTADES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1812 179

Alfonso de Julios-Campuzano

1.	EL TRATAMIENTO DISPERSO DE LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ.....	179
2.	LOS DERECHOS COMO CLAVE INTERPRETATIVA DE LA CONSTITUCIÓN.....	181
3.	EL CATÁLOGO DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ.....	184
4.	LOS DEBERES DEL CIUDADANO	191
5.	LA FELICIDAD DE LA NACIÓN Y EL BIENESTAR DE LOS INDIVIDUOS QUE LA COMPONENTE	193
6.	TRADICIÓN Y MODERNIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ.....	196
	BIBLIOGRAFÍA	199
	DOCUMENTOS NORMATIVOS	201

CAPÍTULO NOVENO. LA IDEA DE UNA CONSTITUCIÓN GLOBAL EN EL PENSAMIENTO DE ALEXANDRE KOJÈVE..... 203

Antonio Mesa León

1.	INTRODUCCIÓN.....	203
2.	EL CONSTITUCIONALISMO COSMOPOLITA.....	206
3.	LA PROPUESTA DE KOJÈVE: EL ESTADO UNIVERSAL Y HOMOGÉNEO	210

4. CONCLUSIONES	220
BIBLIOGRAFÍA.....	221
CAPÍTULO DÉCIMO. PARA ALÉM DO ANTROPOCENO: O DIREITO HUMANO AO FUTURO	225
<i>Antonio Carlos Wolkmer</i>	
1. INTRODUÇÃO	225
2. CENÁRIOS DO ANTROPOCENO E SEUS REFLEXOS NA CONSTITUIÇÃO DE MARCOS NORMATIVOS	226
3. DESCOLONIZAR A TRADIÇÃO UNIVERSALISTA DOS DIREITOS HUMANOS	230
4. RESSIGNIFICAR DIREITOS HUMANOS COMO DIREITOS AO FUTURO: DO ANTROPOCÊNTRICO AO ECOCÊNTRICO	232
5. CONCLUSÃO	236
BIBLIOGRAFÍA.....	237

CAPÍTULO PRIMERO.

Sobre paradigmas de conocimiento, poderes y teorías críticas del Derecho

DAVID SÁNCHEZ RUBIO¹ Y PILAR CRUZ ZÚÑIGA²

1. INTRODUCCIÓN

Desde que leímos en el año 2005 el libro del ilustre sociólogo mexicano y marxista Pablo González Casanova, editado en 2004, *Las nuevas ciencias y las humanidades. De la academia a la política*, en el que se hace una ciclópea y magnífica exposición del nuevo paradigma de las ciencias, y donde también se propone y se sientan las bases de un uso emancipador del mismo, pese a su origen conservador, en el ámbito de las ciencias sociales y las humanidades, nos ha resultado muy difícil encontrar en el mundo de la Teoría y de la Filosofía del Derecho obras y teorías que abran la posibilidad, sepan utilizar, conectar o relacionar, seriamente, y emplear como método y marco epistemológico, el paradigma del pensamiento complejo y sus bifurcaciones basadas en la relatividad, en la termodinámica, en la física cuántica, en las teorías del caos y en los sistemas organizacionales. Tampoco creemos que aparezca ni se encuentren muchos ejemplos dentro de las ciencias jurídicas en general. La excepción viene con la influencia de la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann, pero su uso suele moverse dentro de los esquematismos del funcionalismo con evidentes tendencias reaccionarias y defensoras del *statu quo* (Luhmann, 2009 y 2014; Martínez, 1987; Teubner, 2016). La urgencia de la comprensión de la realidad siempre ha estado presente, pero el contexto actual, tan diferente con los contextos de épocas pasadas, demanda la urgencia de elaborar horizontes analíticos, críticos y propositivos tan necesario dentro de la cultura jurídica por los nuevos tiempos que corren y que reclaman transformar una realidad, cada vez más injusta y desigual para la mayoría de la

¹ Profesor del Departamento de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla.

² Profesora del Departamento de Sociología. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

Humanidad, que camina de la mano de los desastres globales que ponen en peligro la sobrevivencia de nuestro común *oikos* planetario.

Este trabajo pretende reivindicar la necesidad de incorporar este nuevo paradigma en el campo de las teorías críticas del Derecho, que, de por sí, ya anticipan y coinciden en muchas ocasiones, con las ópticas marcadas por el pensamiento complejo y las teorías del caos y de sistemas organizacionales. El nuevo contexto planetario empuja aún más a esta demanda, que se hace urgente.

Nos encontramos con evidentes crisis y peligros ontológicos de colapso eco-social y ambiental debido, entre otras razones, al impacto producido por las nuevas tecnologías (ingeniería genética, biotecnología, cibernética, inteligencia artificial, tecnologías y ciencias de la información y la comunicación, nanotecnología, etc.), y los interrelacionados procesos de digitalización, de financiarización y de mercantilización de todas las parcelas de la vida humana, animal y vegetal, dentro del nuevo contexto global del depredador y extractivo sistema económico capitalista, denominado reflexivo, cognitivo y de la vigilancia. Hasta hoy, pocos son los logros de contención de sus efectos perversos, idolátricos y fetichistas por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales con sus respectivos estados constitucionales de derecho. Les ha costado normar, gestionar, regular, controlar y limitar desde una lógica de protección y de garantías de derechos. Solo tenemos que darnos cuenta de todo esto, observando los negativos efectos sobre el medioambiente, el cuestionamiento de las democracias por ideologías populistas y las consecuencias de la flexibilidad laboral y la vertiginosa precarización del mundo del trabajo.

No solo la especie humana y la Naturaleza están en peligro de sobrevivencia, sino que las desigualdades se están incrementando estructural y sistémicamente, siendo la dignidad un privilegio solo reconocido y disfrutado por una minoría, en perjuicio de la exclusión, la tortura y el infierno de la mayoría de la población. Ante este panorama, que es manifiesto en todas las regiones de la Tierra, la cultura jurídica debe saber reaccionar y tomar cartas en el asunto.

Asimismo, en una de las últimas e inspiradoras obras de la feminista estadounidense bell hooks, *Respondona* (2022), la autora denuncia la existencia de una cultura generalizada que impone y hace hegemónicos conceptos, saberes y métodos de conocimiento que fomentan la pasividad y nos incitan a ser meros espectadores de la realidad en la que vivimos. Con ello, la indolencia, el conformismo, la inacción, la irresponsabilidad y el desentendimiento ante los problemas que se nos presentan en el mundo político, económico, jurídico y social se hace predominante y se convierte en la norma general. Las consecuencias son que los sistemas de dominación no se cuestionan y se consolidan.

Nos comportamos como simples observadores obedientes de los poderes establecidos. Por el contrario, bell hooks reivindica la necesidad de recuperar, resignificar e incluso crear e inventar nuevos conceptos, saberes, imaginarios y métodos de análisis que nos empujen activamente a participar y nos motiven a ser protagonistas de nuestro destino. Clama por un lenguaje de liberación frente a las opresiones racistas y patriarcales, además de contra las posturas que se esconden bajo una irresponsable neutralidad.

Mucho se ha avanzado en este sentido desde el lado de las teorías feministas, teniendo como ejemplo, las posiciones de Donna Haraway (2016) y Sandra Harding (1995), entre otras muchas, y que han sabido romper el paradigma mecanicista y ampliar el horizonte de las ciencias con epistemologías que, también, empatizan y se interrelacionan con el nuevo paradigma de las ciencias (Margulis, 2002).

Retomando a bell hooks, hay que ser actores con autoestima para luchar contra las injusticias y para transformar un mundo que sea la casa de todos y no el palacio de una minoría. La guerra por nominar y controlar el lenguaje, los conceptos estratégicos y el conocimiento no es solo una disputa ideológica, sino principalmente una lucha personal y colectiva por construir un mundo donde quepan muchos mundos, junto con toda la Humanidad y la Naturaleza y no solo un planeta derruido que da cabida a unos pocos.

Esto se hace aún más apremiante cuando, también en nuestro presente, el cinismo, que siempre ha existido en nuestra historia acostumbrándose a organizar jerárquicamente la realidad entre seres humanos superiores y seres humanos inferiores, por razones y causas distintas, ahora se manifiesta sin escrúpulos y sin vergüenza alguna. Se está afianzando una cultura cínica que subyace en el mundo del capitalismo central y del capitalismo periférico del sistema-mundo y que vamos a explicar recurriendo a un personaje del universo cinematográfico de Marvel Studios que aparece, dentro de la saga de super-héroes *Los vengadores (Avengers)*, en sus dos últimas películas *Infinity War* (2018) y *Endgames* (2019). También interviene en otras películas, como *Los guardianes de la galaxia* (2014). Estamos hablando de Thanos, el gran enemigo de los super-héroes, que tiene como propósito eliminar a la mitad de la población de cualquier especie inteligente que vive en cada planeta del cosmos. Este personaje tiene alguna conexión con Tánatos, el dios de la muerte dulce, tranquila y sin violencia de la mitología griega, y con su dios superior Hades, señor de los muertos.

Thanos, totalmente convencido, piensa que la mitad de todas las poblaciones de las civilizaciones extendidas por el universo, deben desaparecer para que la otra mitad sobreviva. Eso afecta a la Tierra y a los humanos. Sobra

el 50% de la población humana e incluso de la naturaleza para que el resto pueda vivir en condiciones supuestamente dignas. Bajo este personaje queremos visibilizar una posición cínica, respaldada por los poderes innominados y los poderes salvajes que más adelante explicaremos, y que, en el seno del capitalismo, se está haciendo imperante y ejecuta el dogma de anular la dignidad y la soberanía de la mayoría de la Humanidad en nombre de la soberanía del mercado. Al igual que Thanos, de manera arrogante y prepotente, el cinismo del cosmocapitalismo, expresa que la mitad de la humanidad debe desaparecer y opera clasificando la realidad desde el par superior/inferior, amigo/enemigo, ganador/perdedor, defendiendo la xenofobia, el racismo, el machismo o patriarcado, la violencia y la desigualdad colonial. Esta filosofía o imaginario se está haciendo más pública hoy en día sin vergüenza alguna. No tiene escrúpulos y varios son los sujetos y los dispositivos que implementan esta descarada desfachatez.

Es cierto que a lo largo de la historia, siempre existieron posiciones impúdicas y excluyentes de determinados seres humanos, de ahí que hayan existido en el pasado tantas purgas, guerras, pogromos, campos de concentración, exterminios, esclavitudes..., pero lo preocupante hoy es el deseo de manifestar odio y rechazo por lo humano sin excepciones y sin pelos en la lengua no aprendiendo de pasados genocidas y repitiendo esquematismos muy parecidos. Con un maniqueísmo extremista y fundamentalista, están surgiendo grupos que justifican inferiorizar, discriminar e incluso matar, calificando como enemigo (terrorista, bandido, comunista) a quien defiende derechos humanos para toda la humanidad y a quienes reivindican un trabajo digno, vivo y emancipado del yugo del capital. En este sentido, Gustavo Zagrebelsky (2017) se refiere a un nihilismo estructural elevado a la máxima potencia. Está apoyado por una racionalidad económica competitiva de ganadores/perdedores, financiarizada y acompañada de una cultura militarizada (con la suma entre la industria armamentística y la geoestrategia de Rusia, Estados Unidos, Alemania, Suecia e Israel a la cabeza), así como también, complementada con un proceso omnipresente de digitalización de la realidad, abanderado por las nuevas tecnologías y los sacerdotes transhumanistas. Además, todo ello reforzado por una religiosidad polarizadora y una política “populoquista” extremadamente farisea.

A continuación, vamos a exponer algunos posibles caminos en el campo del saber jurídico, de los muchos que existen, con los que poder enfrentar esa simbología cínica en expansión y asumir, así, la ineludible corresponsabilidad que todos los humanos tenemos en nuestro presente, por nuestro vínculo común en tanto especie y que precisa esperanza y garantías para las generaciones futuras. La cultura jurídica debe ser cómplice de este imperativo

ecuménico y que rechaza modular la universalidad de los derechos y de la idea de dignidad. Por ello, debe denunciar cualquier expresión cainita que, bajo el paraguas del mandamiento universal de amar a nuestros prójimos, lo cuestiona, lo matiza, lo sesga y lo gradúa, dando buenas razones para matar y manteniendo las estructuras de desigualdad camufladas bajo un concepto de libertad que solo beneficia a unos pocos. Estos caminos los bifurcaremos por el orden de los saberes, de los poderes y sus relaciones con el Derecho.

2. TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO Y NUEVOS PARADIGMAS

En los últimos siglos, dos han sido los paradigmas científicos hegemónicos y predominantes (González Casanova, 2004): a) el paradigma mecanicista iniciado en el siglo XVII con la física mecánica de Newton y reflejada en su *Nova Scientia*, teniendo a Galileo y a Copérnico como pioneros, junto con Jordano Bruno, Tycho Brahe y Johannes Kepler; y b) el paradigma de las nuevas ciencias y de los sistemas autorregulados, que culmina a partir de la segunda mitad del siglo XX hasta nuestros días en los campos de las tecno-ciencias (cibernética, informática-computación, neurociencia, genética, biología), teniendo como antecedentes y fundadores a Sach Carnot, Norbert Wiener, Clark Maxwell, Ludwing Von Bolzman, Kurt Gödel, Werner Heisenberg, Lynn Margulis, Humberto Maturana, Margarita Salas, Albert Einstein, Edgar Morin, entre muchos otros (González Casanova, 2004; Torres, 2003).

Tradicionalmente la cultura jurídica se ha movido dentro del paradigma mecanicista newtoniano y que en el área de la filosofía ha tenido como base y referente al pensamiento racionalista de René Descartes, siendo un fuerte precedente la filosofía platónica. Hay que subrayar la hegemonía, a partir de la Ilustración y la Modernidad, del positivismo jurídico y el conocimiento lógico-formal basado en la objetividad, la neutralidad, la generalidad y la universalidad tanto de la teoría y la doctrina del mundo del Derecho, como el método hermenéutico deductivo de interpretación de las normas por parte de los operadores jurídicos. Si Newton pretendía descubrir la mecánica y las leyes del universo con una forma de conocimiento basado en los razonamientos trascendentales e ideales, la observación, la experimentación y los cálculos matemáticos, Descartes estaba empeñado en buscar una matemática universal que pudiera visibilizar la estructura armoniosa de la realidad que, tal como un reloj, funcionaba gracias a las leyes de la causalidad, siendo el método de observación dividido entre un sujeto pensante y un objeto pensado el vehículo de conocimiento. El resultado desde la relación saber-poder-ideología y desde el punto de vista socio-económico y político, fue el establecimiento

hegemónico de la cultura burguesa y la consolidación de sus intereses por medio de la organización de los estados nacionales.

Como ejemplo de lo que venimos diciendo, el mundo newtoniano debía ser entendido como un mundo sin azar, determinista, ordenado, estático, armonioso y perfecto. Las clases y grupos sociales debían ubicarse y colocarse, jerárquicamente, según el lugar que le correspondiera sin posibilidad de resistir, criticar y cuestionar esa organización social, económica, cultural y política, salvo en los casos que la defendieran y, en algunas ocasiones, salir beneficiados de sus sesgados ideales de libertad y autonomía dentro del marco mercantil y contractualista. Sobre este orden se estructuraron las sociedades modernas y se construyeron los ordenamientos jurídicos con sus correspondientes saberes jurídicos legitimadores, junto con sus metodologías supuestamente científicas.

No tenemos duda de que se hace necesario superar los viejos y antiguos paradigmas científicos, políticos y filosóficos, que seguirán presentes, pero en un nuevo marco epistemológico y de poderes, ante las nuevas realidades sociales, políticas, económicas y jurídicas establecidas por el actual contexto de la globalización en el que están entrando en crisis la ideología civilizacional del liberalismo y el mismo sistema capitalista, por razones y causas heterogéneas. Por ello, se hace importante señalar las limitaciones y las deficiencias de la teoría jurídica tradicional, excesivamente normativista y simplificadora por su formalismo y su estatalismo, a la hora de entender la riqueza y la complejidad del fenómeno jurídico. Hay que subrayar y desbrozar, deconstructivamente y de forma propositiva, los cimientos y los pilares del paradigma mecanicista que queda reflejado en las teorías empiristas y racionalistas tradicionales, que han reclamado y continúan reclamando un estatuto autónomo de cientificidad del saber jurídico (Santos, 1998 y 2009; Wolkmer, 2017; Fariñas, 2020; Rosillo, 2008; Machado, 2024). En esta dinámica, hay que criticar las posiciones y teorías que se desentienden de los contextos socio-materiales, relacionales, espacio-temporales e históricos, que encarnan los actores colectivos y/o sujetos humanos que hacen la historia en función de cómo conformar la atención de sus sistemas de necesidades y de desarrollo de sus capacidades, con modos de producción más o menos distributivos e inclusivos o más o menos desiguales y excluyentes. Por ejemplo, tanto las posiciones iusnaturalistas racionalistas como las iuspositivistas incurren en la simplificación de la realidad del Derecho al dividir, fragmentar, dualizar, abstraer, absolutizar e idealizar su dimensión normativa y formal como si fuera su única realidad, confundiendo la parte por el todo, y anulando e invisibilizando el resto de elementos que, dinámicamente, conforman su rica y plural estructura (Morin, 2001; Sánchez, 2023; Machado, 2024).

Contra este idealismo abstracto del universo teórico tradicional tanto positivista, limitado por el conocimiento lógico-formal y meramente descriptivo de las normas y las instituciones, objetivadas por el legislador, como iusnaturalista, enraizado en verdades nouménicas y esencialistas racionalmente ahistóricas, reivindicamos nuevos conceptos jurídicos y nuevas teorías sobre el poso ya logrado y sedimentado de las teorías críticas del Derecho (Coelho, 1991; Kennedy, 2010; Wolkmer, 2018; Santos, 1998 y 2009; Machado, 2024). Hay que reconocer que no hay una única teoría crítica. Todo lo contrario. Existe una multiplicidad de posiciones críticas en el campo del Derecho. La ausencia de una teoría crítica bien definida y sistematizada, aludiendo al espíritu carnavalesco de las mismas por su heterogeneidad, en la expresión de Luis Alberto Warat (1988; Machado, 2024), también alude a sus posiciones abiertas a las diversidades de manifestaciones del mundo jurídico en el que se combinan, encarnada y socio-materialmente, múltiples factores, plurales elementos y sujetos diversos (Wolkmer, 2017). El pluralismo jurídico sería uno de sus ejemplos con el que la normatividad del Estado se complementa con otras normatividades jurídicas no estatales en contextos distintos con sus respectivos sujetos diferenciados, entre los que se encuentran los movimientos sociales. Resulta curioso de qué manera el paradigma pluralista del Derecho se ha ido aceptando, poco a poco, para reconocer el nuevo contexto de la *lex mercatoria* y el derecho de los negocios, enmarcado en las acciones y procesos de la Organización Mundial de Comercio (OMC), sumado al papel de organismos internacionales como la Unión Europea (UE), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (De Julios, 2009; González Ordovás, 2018; Fariñas, 2020), pero, por otro lado, como sigue habiendo recelo y una actitud reacia a reconocer expresiones jurídicas no estatales en el ámbito infra-estatal y también desarrollado por movimientos sociales, como son los casos, entre otros, de los pueblos indígenas o las comunidades de quilombos (Santos, 1998 y 2009; Correas, 2000 y 2007; Wolkmer, 2018; Sánchez, 2023; De la Torre Rangel, 2023; Noguera, 2023; Souza, 1984 y 2011; Lemos, 2023).

En este marco, desde nuestro punto de vista, casi todas las posiciones críticas del Derecho poseen una gran afinidad con los planteamientos del nuevo paradigma de las ciencias. Si el paradigma mecanicista puede asociarse a las figuras griegas de Demócrito, por su atomismo determinista y mecanicista, y de Platón, por su idealismo y mundos perfectos, el paradigma de las nuevas ciencias puede relacionarse con la figura de Heráclito y su famosa expresión de “todo fluye y nada permanece”. Entre otras características, la vida humana, animal y vegetal es un continuo devenir. Pasan a primer plano los mundos de las creaciones, de los procesos, de las organizaciones multidimensionales, de los sistemas complejos y abiertos y de los acontecimientos. Los entornos

de relaciones, en donde se rompe el dualismo sujeto/objeto para subrayar el protagonismo de todo sujeto como participante al combinarse y co-determinarse la experiencia con el conocimiento, se significan por medio de los conceptos de interfaces, sinapsis, de interacciones, de interconexiones, de inter-definiciones, recursividades y autopoiesis, marcan algo muy característico de la naturaleza humana y no humana. El azar, lo emergente, lo posible y el conflicto entre orden y caos, acentúan la realidad mutable, cambiante y dinámica del universo y de las sociedades humanas (Morin, 2001; González Casanova, 2004).

Si todo ello lo asociamos con la afirmación de Karl Marx de 1852, en *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte*, de que los seres humanos hacen su propia historia y realizan una actividad auto-transformadora condicionada y consciente (Marx, 2014; Laval y Dardot, 2015); y si también lo vinculamos con la exposición del materialismo dialéctico escrito por Marx junto con Friedrich Engels, en *La Ideología alemana* (2014) con el que se expresa que hombres y mujeres son actores que se auto-producen como sujetos en y mediante su acción, y lo hacen a través de una praxis en la que, y mediante la cual, se construyen, una y otra vez, sin cesar, relacionadamente, como sujetos, podemos deducir que las mismas producciones y obras hechas por los seres humanos, como el Derecho, las instituciones estatales, el trabajo, el arte, la cultura y los mercados, entre otras, también son continua y permanentemente creadas y recreadas, significadas y resignificadas, generadas y regeneradas.

El propio F. Engels, para responder a la pregunta de ¿cuál es el fundamento último de la existencia humana del *homo sapiens sapiens*?, en su *Carta a José Bloch*, afirma que para Marx y él, según “la concepción materialista de la historia, el factor que en última instancia determina la historia es la producción y reproducción de la vida real” (Salamanca, 2021). Vivir implica mantenerse en proceso continuo para no morir y la vida productiva en tanto actividad vital en la naturaleza y como vida que produce la vida, aparece para el ser humano como un medio para la satisfacción de sus necesidades y posibilitar su continuidad en contextos contingentes y que no controla en su totalidad. La naturaleza humana, conformada por expresiones y determinaciones múltiples, heterogéneas y diversas, en función de cada contexto cultural y de los procesos históricos, es el eje sobre el cual fundamenta una materialidad vital substantiva basada en la realidad eminentemente práctica y en permanente dinamismo actuante de nuestra condición. Nuestras acciones nos posibilitan un modo de estar en el mundo por medio de una praxis vital de construcción abierta de realidad, dinamizada y desarrollada a través de distintos sistemas de necesidades y de capacidades materiales e inmateriales, siempre encarnados y corporizados.

Por estas razones, este mundo vivo de praxis y cambios, también debe ser el objeto de estudio de las ciencias jurídicas con sus métodos abiertos a una realidad que siempre excede cualquier teoría y en donde la metodología dialéctica, múltiple e interdisciplinar, es la que mejor punto de partida ofrece desde un campo crítico y transformador. El Derecho es un fenómeno pluridimensional, complejo y dinámico. Complejo porque se trata de un fenómeno integrado por varios factores, de naturaleza política, económica, social, cultural, ética y normativa; es dinámico porque emerge, se desarrolla y desaparece en el ámbito del proceso histórico conflictivo y empujado por las contradicciones y luchas sociales. Encierra tantos intereses tan variados que, sería un reduccionismo inaceptable confinarlo solo al plano normativo. Las nuevas miradas sobre la realidad del Derecho deben ofrecernos una visión de la diversidad mutable, cambiante, compleja y dialéctica del fenómeno jurídico ampliándolo a realidades que van más allá de lo jurídico-positivo y lo estatal. Los distintos enfoques que atiendan a estas características ponen el foco en las relaciones de poder en las que se inserta cualquier producción y creación humanas. En esta dimensión pondremos la atención en el próximo apartado.

3. ALGUNOS DISPOSITIVOS DE PODERES

Entre alguno de los comunes denominadores de las teorías críticas en general, está el elemento ideológico y la omnipresencia de las relaciones de poder en toda expresión antropológica, tan ocultada e ignorada por la mayoría de las posiciones cimentadas en el mecanicismo científico. Las normas y las leyes son productos de voluntades e intereses concretos. Las luchas, los conflictos sociales y las experiencias de contrastes expresan los diversos proyectos de vida de los grupos y clases sociales que discrepan en el modo como interpretar, gestionar, ordenar y consolidar sus imaginarios y cosmovisiones de organización institucional, en lo económico, lo político, lo social, lo religioso y lo cultural. Estas dimensiones de disputa, choque, pugna y enfrentamiento son las fuentes y el motor de la dinamicidad, la mutabilidad y el cambio continuo y permanente. El Derecho, como toda creación humana, es un producto artificial, discursivo, procedimental y material, siempre sujeto a interpretación. Está “contaminado” por las “estructuras de pensamiento y de acciones” de quienes lo crean, producen, recrean y reproducen a lo largo del tiempo. Además, el Derecho legitima el poder (que también lo crea), lo instituye, le dota de autoridad. Asimismo, faculta a decir o a hacer a quienes, jerárquicamente, conforman, la cúspide y la estructura social. Posee una alta carga simbólica y es un instrumento que es expresión, consolidación de los poderes

tanto instituidos como instituyentes e innominados. El Derecho implica una lucha y una tensión continua (de ahí su dinamicidad compleja) entre la sujeción a los poderes y sus reglas y el ejercicio de dominio de estos poderes sobre las reglas. En este conflicto y combate, se buscan privilegios, equilibrios precarios o inestables entre intereses colectivos, de grupos, individuales y generales. El papel del Derecho depende de las relaciones de fuerza y la lucha de clases en el marco de los conflictos sociales. Donde hay poder, hay resistencia. La resistencia está en el interior de las relaciones de poder y siempre aparece una dialéctica entre dominadores y dominados, incluidos y excluidos. Además, las luchas en esa praxis dialéctica (Machado, 2024), se desdobl原因 dentro del marco normativo y jurídico estatal, con derechos ya legalizados y, también, fuera de él, en el marco normativo establecido por la sociedad y más allá de los aparatos del Estado. Por ello, los nuevos paradigmas jurídicos deben partir de la aceptación y el reconocimiento de una normatividad plural en pugna, a ser efectivizada por los intereses de las clases populares con sus luchas frente a los intereses de las clases dominantes.

Es evidente de qué manera la tradición marxista ha insistido sobre esta realidad en el marco de la lucha de clases y la toma del poder estatal, al igual que la filosofía de Michel Foucault y Pierre Bourdieu, junto con sus seguidores, han destacado la importancia de tener en cuenta la relación entre poder y saber, junto con los distintos tipos de poder como son el poder pastoral, el poder soberano, el poder de la ley y la ciudad amurallada, el poder disciplinario y el biopoder o biopolítica (Foucault, 1993; Medici, 2011). A ello se le añade el papel del *habitus* y de los espacios de lucha discursiva, combinados con la función de los capitales jurídicos, económicos y culturales, entre otros (Bourdieu, 2000), oficialmente condicionados bajo la mirada weberiana negativa y pesimista del poder, entendido como dominio de la voluntad.

Desde una intención de sumar constructivamente, a continuación, como complemento vamos a detenernos en otras tipologías de poderes que son dignos de mención y que se interrelacionan, coinciden, se retroalimentan y se intercomunican entre sí, pese a que también funcionen con sus propias dinámicas y sus propias particularidades.

3.1. Poderes innominados

En primer lugar, el paradigma mecanicista ha ido de la mano de un orden social conservador, hecho a la medida del proyecto de vida de la burguesía (Pontón, 2018), basado en los estados de derecho con el subterráneo que le sirve de soporte y sostén formado por los llamados poderes innominados, en

su momento indicados por John Locke y señalados recientemente por el historiador del Derecho sevillano Bartolomé Clavero (2007) en su libro *El orden de los poderes*. Son dispositivos y poderes tradicionalmente ignorados por la cultura jurídica oficial, pero que han sido y son recurrentes en todas las fases de desarrollo del capitalismo: (i) el poder del padre de familia y patriarcal; (ii) el poder propietario competitivo y acumulativo; y (iii) el poder colonial, expropiador y racista, asociado al poder federal como brazo ejecutor del proceso de expansión económica de Inglaterra por todo el orbe terrestre, bajo la figura universal del hombre blanco, heterosexual, creyente religioso, mayor de edad y propietario.

Entrando en mayor detalle, estos poderes innominados permanecen, pues subyacen hasta nuestros días detrás de las instituciones y de los poderes constituidos propios de los estados constitucionales (legislativo, ejecutivo y judicial): el poder del padre de familia (*fatherly power* o dominio jurisdiccional paternal) y el poder propietario (*power grounded on property* o dominio privado) descritos por John Locke en el *Primer ensayo del gobierno civil* centrado en la discusión con Robert Filmer sobre la monarquía absoluta, son el soporte y el sustrato sobre los que camina la trinidad constitucional y su división en los tres poderes nominados y públicos desarrollados en el *Segundo ensayo del gobierno civil*. Siendo más precisos, para Locke el poder legislativo, el poder judicial y el poder federal (que lo sustituye por el poder ejecutivo), sirven de garantía institucional de los poderes innominados (Locke, 1991: 53 y ss.; Clavero, 2007: 42 y ss.; Medici, 2016: 174-175). El poder doméstico o del padre de familia y el poder propietario poseen órbitas separadas y procedimientos distintos de apoderamiento, pero según Locke, para muchos son la fuente de todo poder, al que se le suman el poder federal y colonizador (Locke, 1991: 204; Clavero, 2007: 42). Los tres justifican la propiedad en el ámbito doméstico y sobre los frutos de trabajo propio, por cuenta ajena y el trabajo esclavo. Al acumularse por medio de la moneda, legitiman la protección de los tres poderes a los individuos propietarios o padres europeos propietarios, y a dilatarlos espacial y temporalmente por medio de la conquista de otras civilizaciones y otros reinos para establecer colonias y justificar el derecho de conquista, apropiación y esclavización.

El constitucionalista argentino Alejandro Medici añade diciendo que “esos poderes domésticos, propietario y federativo, se transformaron en exorbitantes en el contexto de las colonias americanas” (2016: 175). El poder del padre de familia y el poder propietario junto con el poder colonial se complementan con múltiples dispositivos de control y terminan consolidando una subjetividad indolente, pasiva, obediente y subyugada sobre los no propietarios, así como un imaginario con el que el *statu quo* hay que mantenerlo por

medio de jerarquías, asimetrías y desigualdades naturales, indiscutibles y blindadas que controlan estructuralmente los medios de producción y de distribución, así como también, los centros de conocimiento y de saberes (Canales y Castillo, 2022). Junto a ellos, pese a los procesos de secularización, la importancia de las espiritualidades religiosas hizo que continuaran siendo gestionadas y administradas por parte de las iglesias cristianas (católicas y protestantes, principalmente), las cuales, como otro poder innominado adicional, también fueron reforzando el dominio y la hegemonía de los proyectos de vida burgueses de los incipientes estados nacionales.

En este sentido, Gonzalo Pontón, describe minuciosamente la estrategia multidimensional que la burguesía desarrolló a lo largo del siglo XVIII para iniciar y consolidar una estructura desigual de las sociedades, sentando las bases de su hegemonía en los siglos posteriores. Cuando le interesó luchó contra la nobleza, la iglesia y la monarquía, negoció con ellas, y lo mismo hizo con las clases populares con el único y principal propósito de hacerse con el poder y el saber (las ciencias), para así, dominar todas las esferas económicas, culturales y sociales, dando cobertura intelectual al ascenso de la desigualdad, y privando de alfabetizar y enseñar a las clases populares (campesinos y trabajadores) para impedir su autonomía y mantenerlos en un *apartheid* económico sin posibilidad de ascenso social (Pontón, 2018: 483).

Incluso la desigualdad estructural consustancial a la cosmovisión burguesa se ha manifestado políticamente con lo que Antonio Domenech (2019) denomina como *isonomía oligárquica del liberalismo*, que limita cualquier expresión republicana popular basada en la libertad, la igualdad y la fraternidad económica, civil y política. Guarda mucha relación con esa manía muy arraigada en la cultura occidental de hablar sobre los derechos humanos en términos de inclusiones abstractas bajo un manto de igualdad formal, pero sostenidas sobre un terreno y un suelo de exclusiones, asimetrías y desigualdades estructurales que nunca pretende enfrentar y transformar (Sánchez, 2018).

3.2. Poderes salvajes

En otro plano y en la época actual, otra expresión de los poderes innominados y de características oligárquicas es aquella que Ferrajoli (1995) denomina como poderes salvajes. Mientras que el jurista italiano los sitúa fuera de las esferas de los estados constitucionales de derecho, nosotros consideramos que actúan también al interior de los poderes constituidos, siendo muy difícil deslindar los espacios de actuación extrarradio y al interior de los aparatos del Estado. Como veremos con la distinción que hacemos más adelante, entre

poderes constituyentes e instituyentes, los poderes salvajes son la expresión oligárquica de ambos. Se mueven dentro de las instancias institucionales del Estado y también por fuera, tanto en las esferas del mercado, como de la comunidad y del mundo de lo privado. La mayoría de los poderes privados se mueven y defienden la ley del mercado y las normas del mundo financiero, sustituyendo el orden del Derecho por el orden de la economía, incluso apoyándose con aparatos estatales que, como instancias y dispositivos paralelos, consolidan el predominio de una nueva constitución, la del mundo económico de los negocios, por encima de la democracia política, los derechos humanos (con el derecho al trabajo entre ellos) y las constituciones políticas y jurídicas de los estados constitucionales de derecho. Poseen una capacidad simbólica y de *habitus* e influencia cultural, muy fuertes. Los poderes salvajes son de cuatro tipos: a) poderes privados extralegales referidos a los macro-poderes económicos y financieros propios del mundo del mercado; b) poderes privados ilegales, vinculados con el crimen organizado, grupos terroristas y mafias; c) poderes públicos extralegales, que aluden a las actuaciones interestatales en el ámbito internacional contrarias al derecho internacional de los derechos humanos; y d) poderes públicos ilegales, relacionados con los servicios secretos (Ferrajoli, 1995: 931 y ss.; 2014: 139 y ss.).

Los poderes innominados y los poderes salvajes expresan tanto a los actores y/o agentes como a las dinámicas, lógicas y filosofías cínicas que denominamos arriba, y que articulan, difunden, expanden y consolidan las relaciones sociales patriarcales, propietarias y de dominación e imperio, simbólicamente refrendadas, que forman parte del suelo, el piso o la tierra sistémica y estructural de las relaciones de poder cotidianas y diarias que rodean y se internan en los poderes del Estado de forma tanto nominada como innominada. Se trata del rostro caníbal, devorador autofágico del capitalismo (Frazer, 2023). Las expresiones más extremas, más exhibicionistas más violentas de estos poderes irracionales que se enorgullecen y se vanaglorian de su maldad, las estudia muy bien Sayak Valencia (2010), bajo lo que bautiza como capitalismo gore.

3.3. Poderes constituyentes y poderes instituyentes

Por otra parte, Cornelius Castoriadis (2013: 205, 234-236, 564 y ss.) subraya el juego que se presenta en toda organización humana con su expresión cultural, entre el imaginario social y su red de significaciones expresadas en sus instituciones. La creatividad de la historia es una permanente tensión entre lo instituido y lo instituyente, entre lo dado y lo que está dándose y está por darse, con los intentos de fijar como inmutable, lo que siempre es mutable y temporal. Lo simbólico, sus significaciones y las representaciones de lo real

abren y cierran la alteridad y lo nuevo, en cada época, siendo una disputa sin fin el marco histórico social de lo imposible y lo posible, estructurado de manera inmanente, con sus opciones socio-materiales trascendentes. Lo que condiciona culturalmente desde el pasado en términos de identidad y sentido de pertenencia, conflictúa con la apertura del imaginario instituyente, que abre posibilidades en una espiral de mayores o menores abanicos y bifurcaciones de modos de vida individuales y colectivas. Lo histórico-social es omnipresente entre lo cierto y lo incierto, lo previsible y lo imprevisible, dentro del mundo político, moral, económico y social. Afecta a cualquier institución, sea el lenguaje, el Estado, el mercado, el arte, el Derecho y la cultura en general.

Dentro de este juego de lo simbólico y de lo imaginario de las instituciones que combina lo instituido con lo instituyente, pero situándolo al interior de las sociedades que se gestionan con formas de gobierno consideradas como democráticas y que se identifican como estados constitucionales de derecho, nosotros vamos a centrarnos en otros cuatro poderes que, hemos distinguido en otros trabajos: por un lado, a) los poderes constitucionales populares y los poderes constituyentes oligárquico-plutocráticos; y por otro lado, b) los poderes instituyentes también populares y c) los poderes instituyentes también de carácter oligárquicos (Sánchez y Zúñiga, 2020). No obstante, esto lo vamos a hacer relacionándolos con el tipo de sociabilidades, espacios de convivencia y entornos relacionales que se desarrollan en esas sociedades, pues retomando la importancia que el nuevo paradigma de las ciencias otorga a los procesos y las relaciones de los distintos elementos que conforman el mundo cuántico y el mundo cósmico, nosotros lo aplicamos ahora sobre las realidades humanas. Para ello, partiendo de la premisa de que todo ser humano siempre está inmerso en una red de relaciones y de entornos inter-relacionales, no pudiendo existir sin ellos y fuera de ellos, Helio Gallardo, considera que las relaciones humanas pueden desarrollarse por medio de dos dinámicas o lógicas, aunque existan otras tipologías: a) de emancipación y liberación; y b) de dominación e imperio (Gallardo, 2008):

a) Las dinámicas de emancipación se establecen a través de relaciones en las que los seres humanos se tratan unos a otros como sujetos, recíprocamente y en un clima horizontal, solidario, de acompañamiento, colaborativo y de respeto. Estas lógicas permiten al ser humano vivir y le posibilitan la capacidad de dotar de sentido a la realidad y de hacer y deshacer mundos, en condiciones de igualdad, no violencia y de dependencias gratificantes, no entendidas como subordinación, sino como fuente de crecimientos y enriquecimientos mental, espiritual y corporal mutuos. A partir de ellas, el ámbito de reconocimiento de lo humano es inclusivo, tiende a lo ecuménico y a lo universal sin excepciones, enfrentando que haya seres humanos de primera o de segunda

en su dignidad tanto en sus vidas, como en sus muertes, pues todos son tratados como seres supremos unos a otros y, también por las instituciones que crean y significan continuamente.

A partir de estas relaciones, el modo de dotar de carácter al poder y ejercerlo a todos los niveles, sería muy distinto al sentido weberiano de dominio y de control, sin odios, ni recelos o sin avaricias de poder. Enfrentarían también las estructuras simbólicas, institucionales y socio-materiales de los poderes innominados.

b) En cambio, las dinámicas o lógicas de dominación e imperio son aquellas que estructuran relaciones en las que los seres humanos son discriminados, inferiorizados, marginados y/o eliminados, siendo ninguneados o considerados objetos. En ellas, se pierde la solidaridad, el acompañamiento y la horizontalidad, y se establecen procesos hegemónicos y jerárquicos colonizadores, en los que todo es manipulable y prescindible a partir de la superioridad de unos sobre otros y sobre la Naturaleza. Se potencia la desigualdad y la violencia. Los motivos pueden ser debidos a distintos modos o tipos de sujeción basados en la raza, el género, la clase social, la edad, la espiritualidad religiosa, etc. A partir de ellas, el círculo de reconocimiento de lo humano es cerrado, excluyente y se modula sesgadamente la dignidad universal de cada ser humano por medio de las instituciones que generan y significan permanentemente.

Los poderes innominados y los poderes salvajes se moverían en estas lógicas y con estos entornos relacionales.

Sobre estas dos sociabilidades y estos dos espacios de convivencia diferentes hacemos la distinción entre poderes constituyentes e instituyentes con el propósito de romper el dualismo jurídico y político doctrinal hegemónico y simplificador de poder constituyente y poder constituido. Veamos de qué manera.

3.3.1. Poderes constituyentes populares y poderes constituyentes oligárquicos

La premisa a tener en cuenta es que el poder constituyente no hay que entenderlo solo como fundante y originario que desaparece hasta que los poderes constituidos toman las riendas del proceso de significación jurídica y constitucional. Lo constituyente permanece y está presente continuamente en lo instituido y lo hace de forma plural, no solo bajo la titularidad del pueblo. Pero vayamos paso a paso.

Por poder constituyente entenderemos, en principio, tanto al sujeto o actor social, como también a los dispositivos de poder implementados por esos agentes, que expresan la capacidad de dotar de carácter, afectar y controlar a las instituciones estatales encargadas de regular, gestionar y administrar la convivencia de los miembros de una sociedad en función de sus intereses. Serían aquellas expresiones de poder que se manifiestan en los procesos de institucionalización y establecimiento de una constitución o norma fundamental en el marco de los estados nacionales. Hay dos tipos de poder constituyente: el popular y el oligárquico. Siguiendo la clasificación clásica sobre formas de gobierno de Aristóteles y Polibio, el poder constituyente popular es el poder democrático, representativo y participativo, ejercido por muchos. En cambio, el poder constituyente oligárquico es el poder demagógico y plutocrático, ejercido representativamente por unos pocos (Sánchez, 2020).

Para el poder constituyente popular los intereses estarán determinados por el reconocimiento de los derechos humanos, la distribución igualitaria del poder, la lucha contra la desigualdad, el bien común incluyente y la satisfacción de las necesidades que hace posible una vida digna de ser vivida y un mundo en el que quepan todos. Los entornos relacionales y las prácticas que desarrollan, en función de la clasificación de Helio Gallardo, son de corte de emancipación y liberación, con espíritu e intención de apertura, incluyentes y no cerrados.

En cambio, los intereses de los poderes constituyentes oligárquico-plutocrático serían concretizados en la estructuración vertical del poder, en el mal común para la mayoría y en el bien común excluyente y para una minoría, y en la distribución desigual de los bienes materiales e inmateriales con los que satisfacer las necesidades humanas que hagan posible un mundo en el que solo quepan unos pocos. Los entornos relacionales y las prácticas serían de cortes de dominación e imperio, excluyentes, de cierre y no abiertos.

Ambos poderes solo quedan referidos a los actores y agentes que participen en los actos de conformación de las constituciones y de las instituciones responsables de aplicarlas (los poderes constituidos: legislativo, ejecutivo y judicial) y al proyecto social y al programa político y económico que se quiere plasmar en las constituciones, tras procesos revolucionarios o procesos más o menos pacíficos de cambio de sistemas de gobierno. El poder constituyente popular-participativo lo asociamos con la idea y la práctica que posibilita que el pueblo esté democráticamente presente en el proceso de conformación de los sistemas políticos. En cambio, el poder constituyente oligárquico-plutocrático (mediado por el dualismo ricos/pobres, superior/inferior) enfrenta, limita, controla y frena al pueblo en esos mismos procesos.

Por lo general, el imaginario oficial descansa en una definición de democracia entendida como el poder del pueblo y para el pueblo o el gobierno del pueblo y para el pueblo (González Casanova, 2017). Por ello, aunque el pueblo político suele dejar fuera a buena parte del pueblo real, el poder constituyente popular se refiere a esa dimensión participativa del pueblo y que lucha contra la desigualdad y contra los poderes de dominación y sujeción. No obstante, históricamente el poder popular se ha dado fáctica y realmente en contadas ocasiones, pues continuamente se ha cortado y reducido en el marco de los estados nacionales, ya que los mecanismos de representación han menguado la presencia y la intervención del pueblo real, que, fáctica-mente, no es el poder que es capaz de coaccionar por medio de la fuerza ni el poder capaz de organizar y administrar la sociedad matricial y emancipadora-mente, labor que queda en manos del poder constituido controlado por unos pocos y que suelen estar enmarcados en los poderes constituyentes oligárquicos y que actúan, como veremos, en hermandad con los poderes instituyentes plutocráticos.

3.3.2. Poderes instituyentes populares y poderes instituyentes oligárquicos

Junto a los poderes constituyentes están los poderes instituyentes que van más allá de las instancias del Estado. El poder instituyente alude a aquella dimensión de la acción humana y a la producción simbólica, que actúa fuera y dentro de las esferas estatales y que se encarga de establecer los métodos de la acción social dominante que orienta el modo como se puede reaccionar ante los entornos de las relaciones humanas, es decir, el sistema director y el principio directriz de los procesos ideológicos, de los contenidos concretos y específicos que deben orientar las acciones humanas, así como de las formas de producción de los valores sociales. (Herrera, 2005: 14 y 254). Asimismo, el poder instituyente da forma y significa las subjetividades, las identidades y las sociabilidades que refuerzan y consolidan las dinámicas y lógicas acordes a los intereses del pueblo o a los intereses de los grupos dominantes y que se proyectan sobre los poderes constituyentes sobre el pacto social desigualmente consensuado, ya sean populares o plutocráticos y oligárquicos. Los poderes instituyentes se vinculan con las dinámicas, las lógicas y los procesos de significación de realidad fuera y dentro de las instituciones, en el mundo de lo privado (lo económico y lo doméstico, por ejemplo) y también de lo público estatal, de lo público no estatal y de lo común (Sánchez y Cruz, 2020). Asimismo, los poderes instituyentes son los actores y agentes sociales que nominan, significan y dan contenido a la realidad, creando y produciendo cultu-

ra, así como el imaginario social, el sistema de creencias o *ethos* social, los comportamientos, usos y hábitos convivenciales, la opinión pública, la gestión de las espiritualidades religiosas y la identidad nacional (sentido de ciudadanía) y el sentido de humanidad.

Además, el poder instituyente vendría a determinar el contenido práctico relacional, del orden de la convivencia diaria y cotidiana que orienta el sentido de las tramas sociales sobre las que se desenvuelven las instituciones sociales y que enmarcan los contextos de los poderes constituidos y de sus normas jurídicas, aunque también van más allá de lo regulado por el Estado. Tal como acabamos de decir, se mueve en la esfera de lo privado, de lo público y de lo común. Interactúa con la dimensión constituyente del poder y se retroalimentan.

Hay poderes instituyentes oligárquicos, de dominación e imperio, movidos por ideologías y dinámicas excluyentes y desiguales, con los que se tratan a determinados seres humanos como objetos, y también hay poderes instituyentes populares de emancipación y liberación, direccionados por ideologías y dinámicas de inclusión y distributivas, con las que se tratan a todos los seres humanos como sujetos, solidariamente. Los primeros establecen dominaciones y sujeciones bajo el par superior/inferior. Los segundos, establecen prácticas de liberación y espacios de sensibilidad y conciencia por el respeto de los derechos humanos y de la dignidad para tod@s. No obstante, la fragilidad del poder popular y su histórica y plural lucha desigual limita su capacidad contra-hegemónica y, con ellos, las transferencias de poder posibles para articular espacios estructurales de emancipación y liberación donde nadie sea tratado como objeto y todos sean tratados y dignificados como sujetos (Gallardo, 2006).

Es más, junto al poder constituyente formalmente reconocido en el pueblo, materialmente quienes actúan estableciendo e imponiendo las condiciones del consenso y el pacto social son los poderes instituyentes oligárquicos, formados por elites económicas, políticas, comerciales, religiosas y militares, que, son instituyentes antes del nuevo pacto constitucional y se asocian, negocian y/o e influyen en los poderes constituyentes cuando afectan al contenido de las acciones e interpretaciones implementadas por los poderes constituidos, menguando la participación democrática, las garantías de los derechos y las políticas distributivas y favorables de la igualdad en la diferencia.

Cuando se habla de procesos constituyentes y poderes constituyentes, el foco se sitúa en el marco del Estado nacional y el pacto que sobre él se debe realizar entre actores y agentes que no solo actúan para tomar el poder del Estado, sino que le dan un contenido desde marcos y métodos de acción que

sobrepasan la dimensión estatal y la modelan e interpretan para consolidar e imponer el método de acción social más acorde a sus intereses y proyectos de vida, cuyas sociabilidades se inspiran y significan desde los poderes innominados y los poderes salvajes arriba señalados. La dialéctica entre poder constituyente democrático y poder constituyente oligárquico nos ayuda a entender mejor de qué manera la historia de las constituciones están llenas de procesos donde se da una correlación de fuerzas entre clases o grupos sociales en conflicto que disputan el poder del Estado, pero que son mucho más que el Estado, de ahí la expresión de lo instituyente. Según Albert Nogueira, el constitucionalismo sería un sistema de ordenación de las relaciones entre dominadores y dominados, pero con la peculiaridad de que no está controlado por los más fuertes. La diferencia está en que la distribución de recursos, bienes y oportunidades está ordenada por medio de límites y un sistema organizado que regula las relaciones de los dominadores y de los dominados, pero ofreciendo mayores posibilidades y opciones a los segundos, aunque en condiciones siempre asimétricas y desiguales (Nogueira, 2019: 80).

Por esta razón, cuestionamos el planteamiento de Luigi Ferrajoli cuando afirma que el garantismo jurídico y los estados constitucionales de derecho se presentan como la ley de los más débiles, frente a los más fuertes. No es así por lo general, aunque sí se da en casos excepcionales. Consideramos que ese es un ideal que no se da en la realidad del sistema capitalista porque su ámbito de acción supera la dimensión estatal y constitucional y, además, es difícil que un sistema jurídico e institucional resignificado y apuntalado por la burguesía (y la oligarquía compleja comercial-empresarial, militar, financiera, bancaria y tecnocrática que ha ido conformándose en torno a las distintas fases del capital), se diga que sirve de garantía para los más débiles, cuando la clase burguesa nunca fue débil en su capacidad de establecer los estados nacionales en su lucha frente a los señores feudales, reyes y papas, y tal como los concebimos en el marco o el contexto del sistema económico y cultural capitalista predominante y bañado de poderes innominados estructuralmente. Por eso afirmamos que, tras la Modernidad, no ha habido una clase o grupo social que haya establecido un sistema distinto al orden burgués, equivalente al orden económico, político y cultural que el capitalismo instaló tras el orden medieval. La burguesía con el capital es un poder instituyente que se enfrenta al poder instituyente popular plural y que, en el marco de los estados nacionales, se asocia con otros actores políticos, aprovechando estratégicamente los poderes constituidos y dándoles un contenido constituyente e instituyente. Por ello, siendo continuamente poderes instituyentes, también se transforman en poderes constituyentes que disputan con el poder constituyente e instituyente popular los métodos de la acción social, el sistema de división social del traba-

jo, el sistema de valores, las identidades, las racionalidades y las sociabilidades dentro del campo estatal, pero sin quedarse solo en él (Sánchez, 2020).

En la línea que estamos marcando, junto al poder constituyente formalmente reconocido en el pueblo, materialmente quienes actúan estableciendo e imponiendo las condiciones del consenso y el pacto social son los poderes instituyentes oligárquicos, formados por elites económicas, políticas, comerciales, religiosas y militares, que, son instituyentes antes del nuevo pacto constitucional y se asocian, negocian y/o se convierten en poderes constituyentes cuando afectan al contenido de las acciones e interpretaciones implementadas por los poderes constituidos, menguando la participación democrática, las garantías de los derechos y las políticas distributivas y favorables de la igualdad en la diferencia (Sánchez, 2020: 25 y ss.).

Desde esta perspectiva, el pueblo es ficticiamente soberano. La simbólica titularidad del pueblo como legítimo soberano es fácticamente falsa antes, durante y después de los procesos de institucionalización de los poderes constituidos, porque no es verdad ni es real su fuerza cultural y así se plasma materialmente y en el plano de los hechos por medio del control de los poderes instituyentes oligárquicos y plutocráticos que marcan la dirección de los procesos constituyentes y las reglas de juego que los poderes constituidos no pueden afectar ni modificar. El pueblo tiene sus representantes, pero los poderes instituyentes oligárquicos presionan y condicionan a quienes establecen las condiciones y los contenidos de las actuaciones institucionales. Dichos representantes que son coherentes, afines y acompañantes del poder popular, mantienen la condición constituyente presencial del pueblo que en sistemas democráticos puede resistirse y cuestionar a los poderes establecidos, combinando la dimensión constituyente con la instituyente que, en este caso calificamos de popular participativa (Sánchez, 2020).

El caso es que, en función de todo lo dicho, toda expresión jurídica, en su análisis debe tener en cuenta todos los juegos de poder y sus disputas, con sus rostros innominados, nominados, salvajes, populares, oligárquicos, emancipadores y de dominación. Se hace difícil pensar en una instancia del Derecho descontaminada, pura e inmaculada ajena a todas estas conflictividades llenas de luchas y experiencias de contrastes. Incluso utilizando la recursividad de las acciones, las relaciones ordenadas y/o desordenadas, organizadas y/o desorganizadas (Morin, 2001), junto a la dialéctica abierta de los procesos de lo real, hay que subrayar que todo poder en su versión emancipadora, puede, en cualquier momento, revertirse y pasar a una dinámica de dominación. La historicidad de los acontecimientos, la intervención de sus actores y sus contextos espacio-temporales y relacionales, en sus dinámicas, los pueden produ-

cir y provocar, pues está llena de potencialidades, bifurcaciones y opciones. El paradigma de las nuevas ciencias nos ayuda a encarar estas conexiones, con sus interfaces, sus sinapsis y sus realidades.

La propuesta iusfilosófica crítica que aquí realizamos y sobre la que hay que profundizar, es que las teorías y los análisis jurídicos dentro del nuevo contexto complejo y global en el que nos encontramos demanda nuevas miradas sobre la realidad del Derecho, que deben ofrecernos paisajes de la diversidad mutable, cambiante, compleja y dialéctica del fenómeno jurídico ampliándolo a realidades que van más allá de lo jurídico-positivo y lo estatal. Incluso, para terminar, aunque la realidad excede toda teoría y hasta la ignora, en la época actual y en nuestro presente globalizado, los mecanismos o dispositivos de los actores instituyentes y constituyentes oligárquico-plutocráticos, ahora se vuelven mucho más complejas y sofisticadas, afectando biológica, corporal, mental, cultural, espiritual y psíquicamente sobre la ciudadanía y sobre todos los seres humanos. El mundo digital y de las nuevas tecnologías residente en el capitalismo de la vigilancia lo hace todo más complicado, pues ahora se combinan la bio-política o el bio-poder foucaultiano con el psico-poder analizado por Byung-Chul Han (2014 y 2016), Medici (2011: 131 y ss.) y Zagrebelsky (2017). Pese a que, en ocasiones, son relaciones de poder difusas, anónimas, imperceptibles, innominadas, ilocalizables, ocultas y difíciles de descifrar, siempre aparecen refrendadas por determinados actores o grupos oligárquicos que expanden un gobierno de elites y de pocos sobre estructuras fractales de dominación, establecidas verticalmente en forma de red, esparcidas heterárquicamente, desde dinámicas excluyentes. Si bien es cierto que el poder se ejerce en un plexo de relaciones recursivas formando una estructura reticular sin centro determinado –pluriarquía de los sistemas complejos que se articulan multidimensionalmente (Innerarity, 2020: 117)–, ese policentrismo no implica la eliminación de las jerarquías y los sistemas verticales simbólicamente refrendados por el imaginario social. Los poderes innominados y los poderes salvajes son un claro ejemplo de ello y el Derecho participa en su proceso de significación y producción.

BIBLIOGRAFÍA

- CANALES, Alejandro y CASTILLO, Dídimo (2022), *Contra la desigualdad. Contribución para un discurso de emancipación social*, Akal, Madrid.
- CAPELLA, Juan Ramón (1999), *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid.
- CASTORIADIS, Cornelius (2013), *La institución imaginaria de la sociedad*, Fábula Tusquets Editores, México D.F.

- CLAVERO, Bartolomé (2007), *El orden de los poderes*, Trotta, Madrid.
- COELHO, Luiz Fernando (1991), *Teoria crítica do Direito*, Sergio Antonio Fabris Editor, 2ª edición, Porto Alegre.
- CORREAS, Oscar (2000), *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)*, Fontamara, México D.F.
- CORREAS, Oscar (coord.) (2007), *Pluralismo jurídico. Otros horizontes*, Ediciones Coyoacán, México D.F.
- DE JULIOS CAMPUZNO, Alfonso (2009), *La transición paradigmática de la teoría jurídica. El derecho ante la globalización*, Dykinson, Madrid.
- DOMENECH, Antoni (2019), *El eclipse de la fraternidad. Una visión republicana de la tradición socialista*, Akal, Madrid.
- ELLACURÍA, Ignacio (1990), “Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares”, *ECA*, 502.
- FARIÑAS DULCE, María José (2020), “Sistemas jurídicos en la globalización post Covid: regulación, desregulación, (re)regulación”, en Sánchez Rubio, D. y Sánchez Bravo, A. (eds.), *Temas de teoría y filosofía del derecho en contextos de pandemia*, Dykinson, Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi (1995), *Derecho y razón*, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi (2014), *La democracia a través de los derechos*, Trotta, Madrid.
- FOUCAULT, Michel (1990), *La arqueología del saber*, Siglo XXI, México D.F.
- FOUCAULT, Michel (1993), *Las redes del poder*, Almagesto, Buenos Aires.
- FRAZER, Nancy (2023), *Capitalismo caníbal. Qué hacer con este sistema que devora la democracia y el planeta, y hasta pone en peligro su propia existencia*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- GALLARDO, Helio, (2006), *Siglo XXI, producir un mundo*, Arlekín, San José.
- GALLARDO, Helio (2008), *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, Imprenta Francisco Gómez, Murcia.
- GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo (2004), *Las nuevas ciencias y las humanidades. De la academia a la política*, Anthropos-Editorial Complutense de Madrid-UNAM, Barcelona.
- GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo (2017), “La democracia de todos”, en González Casanova, Pablo *Explotación, colonialismo y lucha por la democracia en América Latina*, Akal, Madrid.
- GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José (2018), *Esbozo de una teoría imperfecta del derecho. Reflexiones sobre la cultura jurídica de la globalización*, Atelier, Barcelona.
- HAN, Byun-Chul (2014), *Psicopolítica*, Herder, Barcelona.
- HAN, Byun-Chul (2016), *Sobre el poder*, Herder, Barcelona.
- HARAWAY, Donna (1995), *Ciencia, cyborgs y mujeres: la reinención de la naturaleza*, Cátedra, Madrid.
- HARDING, Sandra (2016), *Ciencia y feminismo*, Morata, Madrid.

- HERRERA FLORES, Joaquín (2005), *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*, Aconcagua, Sevilla.
- HOOKS, Bell (2022), *Respondona*, Paidós, Barcelona.
- INNERARITY, Daniel (2020), *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Galaxia Gutenberg, Barcelona.
- KENNEDY, Duncan (2010), *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- LAVAL, Christian y DARDOT, Pierre (2015), *Común*, Gedisa, Barcelona.
- LE MOS, Eduardo Xavier (2023), *Teoría crítica dos direitos humanos desde América Latina*, Lumen Juris, Rio de Janeiro.
- LOCKE, John (1991), *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Espasa Calpe, Madrid.
- LUHMANN, Niklas (2014 [1988]), “Dos caras del Estado de Derecho”, en Luhmann, N. *La paradoja de los derechos humanos. Tres escritos sobre política, derecho y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- LUHMANN, Niklas (2009), *El derecho de la sociedad*, Herder, México, D. F.
- MACHADO, Antonio Alberto (2024), *A teoría do direito, hoje*, Cultura Académica/UNESP, Sao Paulo.
- MARGULIS, Lynn (2002), *Planeta simbiótico*, Debate, Madrid.
- MARTÍNEZ GARCÍA, José Ignacio (1987), “Justicia e igualdad en Luhmann”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo IV, Madrid, 1987.
- MARX, Karl (2015), *El Dieciocho Brumario de Luis Bonaparte*, Alianza Editorial, Madrid.
- MARX, Karl y ENGELS, Fredrich (2014), *La ideología alemana*, Akal, Madrid.
- MEDICI, Alejandro (2011), *El malestar en la cultura jurídica*, Editorial de la Universidad de La Plata, La Plata.
- MEDICI, Alejandro (2016), *Otros nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat y Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Aguascalientes-San Luis Potosí.
- MORIN, Edgar (2001), *Introducción al pensamiento complejo*, Gedisa, Barcelona.
- NOGUERA, Albert (2019), *La ideología de la soberanía. Hacia una reconstrucción emancipadora del constitucionalismo*, Trotta, Madrid.
- NOGUERA, Albert (2023), *El asalto a las fronteras del derecho*, Trotta, Madrid.
- PONTÓN, Gonzalo (2018), *La lucha por la desigualdad Una historia del mundo occidental en el siglo XVIII*, 4ª edición, Ediciones de Pasado y Presente, Barcelona.

- ROSILLO, Alejandro (2008), “Derechos humanos, liberación y filosofía de la realidad histórica”, en VV.AA., *Teoría crítica dos direitos humanos no século XXI*, Editora PUCRS, Porto Alegre.
- SALAMANCA, Antonio (2021), *Las fuerzas esenciales del florecimiento versus guerra contra la naturaleza humana*, Editorial Fi, Porto Alegre.
- SÁNCHEZ RUBIO, David (2018), *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*, Akal, Ciudad de México.
- SÁNCHEZ RUBIO, David (2020), “Crítica al poder constituyente: entre lo constituido, lo instituyente y la praxis de liberación”, en Sánchez Rubio, D. y Cruz Zúñiga, P. (eds.), *Poderes constituyentes, alteridad y derechos humanos. Miradas críticas a partir de lo instituyente, lo común y los pueblos indígenas*, Dykinson, Madrid.
- SÁNCHEZ RUBIO, David (2023), *Miradas críticas en torno al derecho y la lucha social*, Dykinson, Madrid.
- SÁNCHEZ RUBIO, David y CRUZ ZÚÑIGA, Pilar (eds.) (2020), *Poderes constituyentes, alteridad y derechos humanos. Miradas críticas a partir de lo instituyente, lo común y los pueblos indígenas*, Dykinson, Madrid.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1998), *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Universidad de Colombia/ILSA, Bogotá.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2009), *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta, Madrid.
- SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (1984), *Para uma critica da eficácia do direito*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre.
- SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (2011), *Direito como liberdade. O direito achado na rua*, Sergio Antonio Fabris, Sao Paulo.
- TEUBNER, Gunther (2002), “El Derecho como sujeto epistémico. Hacia una epistemología constructivista del Derecho”, *Doxa*, 25.
- TORRES MARTÍNEZ, Raúl (2003), *Los nuevos paradigmas en la actual revolución científica y tecnológica*, EUNED, San José.
- VALENCIA, Sayak (2010), *Capitalismo Gore*, Melusina, Barcelona.
- WARAT, Luis Alberto (1988), *Manifesto do surrealismo jurídico*, Acadêmica, São Paulo.
- WOLKMER, Antonio Carlos (2017), *Teoría crítica del derecho desde América Latina*, Akal, Madrid.
- WOLKMER, Antonio Carlos (2018), *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*, 2ª edición, Dykinson, Madrid.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2017), *Libres siervos. El Gran Inquisidor y los enigmas del poder*, Trotta, Madrid.