(Versión final. 27.04.10)

UNA APROXIMACIÓN BIENESTARISTA AL ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LAS POLÍTICAS DE SEGURIDAD

PABLO LARRAÑAGA

ITAM

Whoever proposes to draw any profit from our submission, must engage himself, either expressly or tacitly, to make us reap some advantage from his authority; nor ought he to expect, that without the performance of his part we will ever continue in obedience.

David Hume

Introducción

En el verano de 2001 dediqué parte del tiempo libre que me dejaba la bicicleta y la playa a preparar uno de mis cursos del siguiente otoño: "Derecho y globalización. Realidad, doctrina e ideología". Tenía claro entonces que uno de los temas sobre el que debía girar la última parte del curso era el ingreso de China a la OMC -cuyas negociaciones, efectivamente, finalizaron el 17 de septiembre y cuya membresía entró en vigor el 11 de diciembre de ese mismo año. Tenía la confianza de que el curso estaba organizado en torno a temas relevantes y de que, además, estaba en sintonía con el sentido de los acelerados cambios globales, pero muy pronto cambió el escenario… los sucesos del 11 de septiembre modificaron definitivamente la pertinencia de un curso sobre el papel del derecho en las transformaciones globales. Aunque pasé ese verano en Estados Unidos, llevaba casi diez años en España y, por tanto, estaba en contacto cotidiano con los efectos del terrorismo incrustado en esa sociedad desde hace décadas; y aunque mi ciudad y mi país se habían transformado, en mi ausencia, en un ambiente hostil y peligroso como consecuencia del incremento en la criminalidad (asaltos, secuestros, robos, etc.) derivado de un profunda crisis económica y social de las dos décadas anteriores, como otros muchos millones de personas en todo el

mundo pude percibir con claridad que los atentados de Nueva York, Washington y Pensilvania suponían un retroceso histórico en las expectativas de seguridad en un nivel planetario. Lamentablemente, las reacciones que siguieron a esta terrible experiencia no contribuyeron a generar una mayor confianza en un eventual fortalecimiento de un orden institucional de paz y seguridad, sino que, por el contrario, agravaron la percepción de que estos asuntos estaban siendo mal manejados: Guantánamo, la infame "cumbre" de las Azores, la inveterada inoperancia del Consejo de Seguridad, Abu Ghraib, son hechos que contribuyen a nuestra justificada preocupación.

Años más tarde, en el verano de 2008, también trataba de dedicar algo del tiempo libre que me dejaba el tórrido verano mediterráneo a revisar un "mapa" teórico de la regulación económica, derivado tardíamente de mi interés por la relación entre el derecho y la globalización, y que quería utilizar como material de un curso del siguiente año. Con proverbial tino, el asunto que me preocupaba entonces era el de la relación entre la regulación y el derecho constitucional, en particular el conocido problema de en qué condiciones los órganos administrativos (técnicos) deben tomar decisiones políticas –en particular, en contextos como el mexicano en los que, por su ineficacia en la gestión de la economía, el ejercicio de gobierno adolece de un déficit significativo de legitimidad democrática. Mi verano transcurrió apacible, con la tranquilidad de que estaba ocupándome de un asunto de incontrovertible interés teórico y, sobre todo, práctico; pero, de nuevo, el desenvolvimiento de los hechos me sorprendió… el 15 de septiembre tuvo lugar la declaración de insolvencia de Lehman Brothers, como antesala de la primera "crisis económica global" que detonaría en las semanas subsiguientes. Una vez más, la percepción de las consecuencias de la crisis "*sub-prime*" y, en particular, la constatación de las masivas inyecciones de dinero público en los mercados financieros para contener los efectos en la crisis en la "disolución de los ahorros del público" dejó claro que, en las economías capitalistas, la perentoriedad del principio "*too big to fail*" desvirtúa cualquier discusión sobre la distribución y control democrático del poder político que, en principio, orienta nuestros arreglos constitucionales. De nuevo, tuve que ponerme a pensar cuestiones más básicas relacionadas con los nexos fundamentales entre constitucionalismo, democracia y capitalismo como "claves" normativas de la modernidad, dejando para más

adelante el problema "técnico" del diseño constitucional de las competencias constitucionales de las agencias regulativas.

La breve narración de las anteriores anécdotas no tiene sólo el propósito de advertir a los lectores sobre mis limitadas, o inexistentes, capacidades de previsión, sino fundamentalmente contextualizar cómo percibo la relación entre las nociones que encabezan la reunión del SELA 2010: Seguridad, democracia y derecho. En particular, su pertinencia depende, en todo caso, de haber resaltado el hecho de que, en mi experiencia como académico involucrado con la teoría del derecho, la regulación económica y el derecho constitucional, la seguridad no es un concepto "discreto" potencialmente independizable y, por tanto, susceptible de ser analizado en sus propios términos, sino una noción relativa a fenómenos sociales sistémicos e interdependientes, cuyos vínculos con la democracia y el derecho pasa centralmente por el sentido de la actividad del gobierno y su relación con el bienestar de los individuos dentro de las estructuras estatales.

Las anteriores son, por decirlo de algún modo, las coordenadas dentro de las que quiero formular un argumento "bienestarista" respecto del diseño y la implementación de las políticas de seguridad en un estado constitucional. Dividiré este argumento en dos partes. En la primera, me centraré en explicitar las nociones de estado constitucional y de política de seguridad que utilizaré en el argumento del trabajo. En este inciso me aproximaré, por un lado, al análisis constitucional desde la perspectiva de un de estado constitucional operativo (1.1.) y, por otro, a la política de seguridad desde la perspectiva de un régimen de gestión de riesgos (1.2.). En la segunda parte, pretendo mostrar algunas limitaciones de las estrategias más comunes de análisis de la constitucionalidad de las políticas de seguridad –las estrategias que denomino "modelo de emergencia" y "modelo garantista"- (2.1.), proponiendo como alternativa la posibilidad de un "giro" hacia una perspectiva "bienestarista" sobre la base de un "modelo de coordinación o equilibrio" (2.2.) y, apuntando, en términos muy elementales, las implicaciones de un análisis constitucional de las políticas de seguridad en términos de bienestar (2.3.).

1. La operatividad del estado constitucional ante los riesgos de seguridad

Como apuntaba antes, en este inciso quiero hacer explícita una configuración particular de las nociones fundamentales de las que parte el argumento del trabajo: las nociones de constitución operativa y de gestión de riesgos.

1.1. La operatividad de la constitución

Como es bien sabido, el discurso contemporáneo en torno al estado constitucional se desenvuelve en paralelo a la oposición entre concepciones formales y sustanciales del principio del estado de derecho (*rule of law*) (Craig 1997). Desde la primera perspectiva, cuando se habla de estado constitucional se suele hacer referencia a la institucionalización, a través de la evolución o adopción de una constitución, de una forma especifica de gobierno que se reconoce por la presencia de arreglos que organizan, autorizan y controlan el poder público a través de órganos especializados y sistemas de controles y contrapesos. Así, en contraste con perspectivas derivan implicaciones "sustanciales" de esta forma de gobierno (Allan 2001), el compromiso constitucional "mínimo" con el estado de derecho "no debe confundirse con la democracia, la justicia, la igualdad (ante el derecho o de otro tipo), los derechos humanos o con el respeto a las personas o a la dignidad del hombre" (Raz 1979: 211), sino que se circunscribe, en última instancia, a lo que Hayek consideraba el núcleo de esta forma de gobierno:

> Desnudado de todo tecnicismo, [el estado de derecho] significa que el gobierno esta limitado en todas sus acciones por reglas establecidas y anunciadas de antemano –reglas que hacen posible prever con una certeza razonable cómo utilizará la autoridad su poder coercitivo en determinadas circunstancias, y planear los propios asuntos sobre la base de este conocimiento (Hayek 1944: 54).

Esta ocasión quiero limitar el alcance del estado constitucional a esta noción mínima de "estado de derecho" como condición necesaria, pero no suficiente, de una "constitución operativa"; en el entendido de que, proyectada institucionalmente, la definición anterior denota un arreglo institucional (el estado

constitucional) cuya justificación depende, en última instancia, de su relación instrumental con la *organización, orientación y control* de la acción colectiva o, quizá dicho con mayor propiedad, con una forma específica (el derecho) "*de realizar las tareas de gobierno mediante la institución del estado*" (Loughlin 2003: 6)[1].

Vistas así las cosas, para los efectos de mi argumento considero que una constitución es operativa cuando el ejercicio del poder público mediante los arreglos institucionales contenidos en ésta permite que una sociedad alcance un grado razonable sus objetivos de acción colectiva *qua* estado constitucional[2]. Dicho brevemente, una constitución es operativa cuando permite alcanzar los fines del estado *del modo* establecido por ésta: el gobierno.

Ahora bien, como es fácil de ver, en este orden de ideas la relación entre el estado constitucional y las políticas públicas en general, y las políticas de seguridad en particular, no parece depender sólo –ni siquiera primariamente- de la adopción de una constitución, sino que se compone de dos variables normativas de "efectividad": la constitucionalidad efectiva, por un lado, y el gobierno efectivo, por otro. Dicho en otros términos, en contraste con los estándares de constitucionalidad configurados sobre la base de la distribución de funciones del estado y, consecuentemente, del sistema de competencias de las distintas ramas de gobierno y del régimen de derechos fundamentales regulado por la propia constitución, los criterios de efectividad de una constitución reflejan el grado en que se verifican dos tipos de *hechos* de los que depende, a su vez, el grado de

---

[1] Soy consciente de que, al retrotraer mi argumento hasta esta noción mínima de estado de derecho, dejo a un lado interesantes e importantes líneas de argumentación amparadas por el título de la ponencia. Las relaciones causales entre el bienestar de los ciudadanos y la seguridad –o más bien, entre la falta de uno y de la otra- ha sido ampliamente explorada, y también se ha reflexionado y debatido, aunque no en la misma medida, en torno al contenido sustantivo de bienestar requerido para una noción normativamente coherente del estado constitucional –vid, por ejemplo, (Holmes 1995: cap. 8). Aunque no voy a entrar a estos temas espero, sin embargo, que al presentar en las próximas páginas el núcleo de la noción de constitución operativa en conjunción con la aproximación bienestarista al constitucionalismo, quede claro que no me son ajenas las implicaciones distributivas de la inseguridad, sino sólo que en el contexto actual considero prioritario ocuparse de las condiciones de posibilidad del estado constitucional. En todo caso, dado que, como no cuesta ningún trabajo reconocer, la inseguridad es un mal que se distribuye de manera inversamente proporcional a la capacidad de los individuos para protegerse por sus propios medios, un argumento sobre la eficacia del estado *es* también un argumento sobre las posibilidades de una sociedad justa.

[2] Esta es, por otra parte, una aproximación muy difundida al cambio institucional. *Vid.*, por ejemplo, (Elster 1989). Para el tema de esta ponencia es particularmente importante la ambiciosa aproximación al tema en (North *et al.* 2009: en especial, cap 4).

operatividad de la constitución: la subordinación de la acción pública a la constitución *y* la implementación (*enforcement*) del conjunto del ordenamiento jurídico derivado de la constitución. Neil MacCormick expresa sucintamente estas ideas en los siguientes términos:

> La posibilidad de sostener una constitución funcional que sea realmente compatible con la constitución formal es condicional del *cumplimiento sustancial (very substancial fulfilment) del deber de fidelidad* por parte de la gran mayoría de los funcionarios la mayor parte del tiempo. Cuando esto sucede, podemos considerar que un estado posee una 'constitución en sentido pleno'. Este es condición de crucial importancia para que la constitución sea, en términos de Kelsen, eficaz en su conjunto (*by and large efficacious*) […]
>
> Hay otro aspecto de la efectividad de la constitución y de las leyes. Este se refiere más a su aplicabilidad que a su obligatoriedad como tal […] Si el estado ha de ser el teatro un una paz civil relativa, y si el derecho ha de ser un derecho de paz, que promete protección a los ciudadanos y a otros residentes, es *necesario que la mayoría de las personas, la mayoría del tiempo, se abstengan de hacer aquello que el derecho estigmatiza como ilícito.* Es por esto que es necesario también que el estado mantenga instituciones efectivas de aplicación (*enforcement*) del derecho (MacCormick 2007: 52 s. Énfasis añadidos).

Así pues, retomando la noción mínima de estado de derecho en conjunción con los criterios de efectividad que acabo de señalar, consideraré que una política de seguridad se formula y se implementa en el marco de un estado constitucional operativo cuando, por un lado, el poder público se ejerce en el marco una ordenación efectiva contenida en la constitución y, por otro, la eficacia de la operación institucional permite prever razonablemente las consecuencias de la implementación del conjunto del ordenamiento jurídico[3].

Como resulta fácil de ver, la definición mínima de estado de derecho en la que se sustenta la idea de estado constitucional operativo que acabo de perfilar acarrea consecuencias para el *status* normativo (constitucional) de la seguridad, que se retrotraen esta noción a su posición original en la justificación del estado en

[3] De hecho, desde una concepción normativa del orden constitucional, la efectividad no sólo depende de que las personas (y el estado) se abstengan de las conductas ilícitas, sino de que realicen las conductas obligatorias. Esta es también una tarea del derecho y, particularmente, del gobierno. Por ello, quienes para apaciguar sus conciencias, alimentar sus ilusiones, o cualquier otra razón, favorecen el reconocimiento simbólico de derechos sin prestar la suficiente atención a la operación de las instituciones necesarias para su implementación, tendrán que asumir, al menos, la imposibilidad de sostener un concepto normativo de constitución y, consecuentemente, concepción coherente del valor del estado constitucional. Espero que, al menos para quienes no practiquen la hipocresía, éste resulte un precio demasiado alto a pagar por la corrección política.

la tradición liberal. Desde esta perspectiva, como es bien sabido, la seguridad no es conceptualizada ni como una prerrogativa del estado ni como un derecho de los ciudadanos, sino la prevalencia de *estados de cosas* (la paz, el orden, la sociedad civil, etc.) que, en todo caso, justifica el estado en la medida que hace previsible el disfrute de los derechos[4].

En mi opinión, esta rehabilitación del carácter fáctico de la seguridad conlleva una saludable "desnormativización" del concepto ha prevalecido en los últimos años, y que permite iluminar de manera enriquecedora –aunque, admito, nada original- la relación entre la seguridad, el derecho y la democracia: la seguridad se plantea, pues, como un estado de cosas que es consecuencia de un estado de derecho eficaz, que hace posible, a su vez, el florecimiento de una sociedad democrática. Dicho en otros términos, esta ubicación de la seguridad en el eje instrumental de la democracia constitucional, permite aproximarse a las políticas de seguridad desde una plataforma descargada de los extremos retóricos de una diatriba belicista y un legalismo bisoño.

Más concretamente, como apuntaba más arriba, en su relación con el carácter instrumental del estado constitucional, la seguridad se plantea como una tarea del gobierno cuyo valor está precisamente en función de la medida en la que el régimen de gobierno (estado constitucional) sea un medio efectivo para alcanzar el objetivo primario de la organización social *qua* estado[5]. Consecuentemente, en el

---

[4] Las referencias obligadas aquí son Hobbes (en particular, al cap. XIII del *Leviatán*) y Locke (en particular, cap VIII del *Segundo tratado sobre el gobierno*). Desde mi punto de vista, lo que quizá haga que en este contexto la posición de Hobbes resulte más consistente que la de Locke, es que su argumento de seguridad a favor del contrato social –y por tanto, de la autoridad del estado- se formula dentro de una construcción "interna" de su teoría de los intereses como justificación del "estado constitucional", prescindiendo del elemento deontológico de los derechos –en particular, a la problemática configuración del derecho de propiedad en Locke-, y apoyando su lógica en un mínimo "normativo" –la obligación "racional-instrumental" de cada uno de actuar según sus intereses- en conjunción con la verificación, por demás plausible, de ciertos hechos psicológicos: la pasiones que inclinan a los hombres a la paz -el *miedo* a la muerte; el *deseo* de las cosas necesarias para una vida cómoda, y la *esperanza* de obtenerlas mediante la propia industria (*Leviatán*, cap. XIII, § 14). Se trataría, como ha sostenido Russell Hardin, más que de la obligación deontológica de cumplir los contratos, de una "elemento normativo general" –que, en mi opinión, puede describirse apropiadamente como "obligación pragmática"- que posibilita la coordinación para la autoridad como fórmula de ventaja mutua: la "eficiencia hobbesiana" (Pareto superior) que refleja el paso de al anarquía al estado. Vid., en general, (Hardin 1999: 41 ss.), y para un desarrollo más puntual del argumento, (Hardin 1996 y 1992).

[5] Este es el sentido en el que se recoge la seguridad, por ejemplo, en el Art. 67.3 de las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: "La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como

plano de la seguridad, una constitución resulta operativa cuando, sobre la base de la previsión del régimen de gobierno efectivamente producido por la institucionalización del estado constitucional, los ciudadanos pueden "planear sus asuntos".

1.2. La seguridad como gestión de riesgos

Como puede apreciarse, en cuanto a su sustancia, las consideraciones anteriores no se alejan significativamente de la formulación del *locus classicus* de Cicerón, *Salus populi suprema lex esto*, que Hobbes concretaba en cuatro tareas del gobierno: establecer los medios de para una defensa frente a los enemigos externos; mantener la paz interior; permitir a los ciudadanos generar riqueza, en la medida en que sea compatible con la seguridad pública; y promover el disfrute de la libertad de los ciudadanos[6].

La seguridad se mantiene, pues, como tarea fundamental del gobierno, lo que cambia a lo largo del tiempo son las causas de la inseguridad. En contraste con la sociedades de los siglos II o XVII en las que escribieron Cicerón y Hobbes, lo que caracteriza a los problemas de seguridad en la sociedad contemporánea es el carácter sistémico de sus relaciones causales: hoy, entre la gran cantidad de peligros o amenazas que enfrentamos diariamente[7], la seguridad respecto de la vida, la integridad física o el patrimonio de un ciudadano depende de una compleja red de acciones y omisiones de un amplio conjunto de agentes que, entre otras cosas, es imposible ubicar como fenómenos exclusivamente políticos, económicos o ideológicos; que se extiende más allá de cualquier frontera territorial efectiva –y, por tanto, de cualquier soberanía-; que disuelve la división tradicional entre la esfera pública y la privada, etc. Las claves de la democracia constitucional parecen inoperantes en este contexto; de ahí, en mi opinión, buena parte de la pertinencia del tema de este Seminario.

---

mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales".

[6] *Cf. De Cive*, n. 13, xiii. 6. *Vid.*, la aproximación más conocida de Hobbes en Leviatán, I, cap. XIII, § 10. A propósito *vid.*, también, (Loughlin 2003, 8 ss.). Desde luego, no es de extrañar su coincidencia con el argumento general de Hamilton y Madison en los primeros capítulos de *El Federalista*. A propósito, *vid.*, por ejemplo, (Hardin 1999, 81 ss.).

[7] *Vid.*, por ejemplo, (Power, 2007), (Bernstein 1996) y (Beck 1992).

Ante estas circunstancias, parece razonable buscar alternativas que nos permitan, a un tiempo, dar cuenta del carácter sistémico de los riesgos de seguridad y pensar respuestas plausibles para la formulación en implementación de las políticas de seguridad en un estado constitucional. Mi propuesta es, como he señalado, presentar los trazos más elementales de un argumento bienestarista. Y por ello, tomando en cuenta lo que hasta ahora se ha dicho, para avanzar este argumento propongo, por una parte, tratar las políticas de seguridad como estrategias de gestión de riesgos[8] y, por otra, tratar su constitucionalidad como un elemento de un régimen de regulación de riesgos de seguridad[9].

Desde mi punto de vista, la principal ventaja de aproximarse a la constitucionalidad de las políticas de seguridad desde la perspectiva de los regímenes de regulación de riesgos es que permite analizar la operatividad constitucional en términos "sistémicos", análogos a las características de los

---

[8] Esto supone que la intervención del gobierno en las distintas esferas de la vida de los ciudadanos es, en principio, una acción racional para controlar potenciales consecuencias adversas en el bienestar de los propios ciudadanos (vida, salud, disponibilidad de alimentos, etc.). Por otro lado, respecto de la "racionalidad" de la acción pública, aludo a una noción mínima de racionalidad común a las acciones individuales y colectivas: adecuación medios fines (efectividad) y maximización de resultados (eficiencia). Dahl y Lindblom condensan estas ideas en los siguientes términos: "Una medida es racional en el medida en la que está 'correctamente' diseñada para maximizar objetivos, dado el objetivo en cuestión y el mundo real existente", (Dahl y Lindblom, 2000, 38).

Por otro lado, no desconozco que el "lenguaje" de la gestión de riesgos y, en particular, su racionalidad implícita, conlleva por sí mismos los "riesgos" de un régimen disciplinario-tecnocrático que, lamentablemente, por razones de espacio no podré tratar aquí. A propósito, *vid.*, por ejemplo, (Foucault 1980: 78-108.) y (Foucault 1991: 53-104).

[9] Tomo la idea de "régimen de regulación de riesgos" de Hood, Rothstein y Baldwin así que, para abreviar, conviene citarlos directamente:

> "We use the term 'regime' to denote the complex of institucional geography, rules, practices, and animated ideas that are associated with the regulation of a particular risk or hazard. Institutional geography can vary in features such as scale, from international to nacional to local jurisdiction; integration, from a single agency handling all features of regulation to high fragmented administration and complex overlapping systems controlling related aspects of risk; and specialization, from risk-specific and hazard-specific expertice to general-purpose administration [...] Three basic features of the regime approach deserve to be noted briefly here.
>
> First, we see risk regulation regimes as *systems*. We view them as sets of interacting or at least related parts rather than as 'single-cell' phenomena. So we are interested just as much in what 'street bureaucrats' and front-line people do on the ground as in the activity of standard-setters and policy-makers, and in the relationship, if any, between the too.
>
> Second, we see regulation regimes as entities that have some degree of continuity over time. Of course, regulatory systems seldom if ever completely static. Risk regulation regimes have their sudden climacterics as well as their incremental adjustements and steady trends [...]
>
> Third, as with any system-based approach to organization, regimes are conceived as relatively bounded systems that can be specified at different levels of breath". (Hood *et al.* 2001: 9 ss.)

problemas de seguridad contemporáneos. Expuesta de manera muy elemental, esta ventaja consiste en la posibilidad de analizar la operatividad constitucional a propósito de las políticas de seguridad en dos dimensiones: los componentes básicos como sistema de control y las propiedades instrumentales e institucionales de estas políticas.

En tanto sistema de control, la operatividad de una constitución respecto del diseño e implementación de las políticas de seguridad puede ser analizada sobre la base de los tres elementos básicos: los procesos mediante los cuales el sistema obtiene información; los procedimientos mediante los cuales se establecen los estándares del sistema (fines, objetivos, guías) y la capacidad del sistema para modificar las conductas relevantes para alcanzar los estándares del sistema.

Por otro lado, en cuanto a sus propiedades instrumentales e institucionales, los plenos de análisis se refieren, por una parte, al contexto en el que se despliega el régimen de seguridad y, por otra, al contenido de éste. Así, mientras que la dimensión del contexto se refiere al escenario en el que tiene lugar la regulación -en el que se presentan, entre otros factores, los distintos tipos de riesgo que hay que enfrentar, las actitudes respecto de los riesgos en cuestión, y las reacciones de los distintos agentes involucrados-, la dimensión del contenido se refiere al establecimiento política pública y a la configuración de los agentes relevantes –por ejemplo, la forma de estado (central o federal) y de otras organizaciones (los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, la agencias de inteligencia, la fuerzas de seguridad, etc.)[10].

Por razones de espacio no podré elaborar las anteriores categorías, ni mostrar cómo los problemas de seguridad a los que hago referencia en mi breve anecdotario -terrorismo, criminalidad, deterioro patrimonial, etc.- pueden tratarse provechosamente como "fallos" de gobierno" o, más específicamente, como consecuencias de una "gestión deficiente de riesgos de seguridad sistémicos". Sin embargo, no quiero dejar de señalar que conceptualizar la seguridad como una cuestión de gestión de riesgos no supone, en absoluto, "neutralizar" la valoración

[10] Respecto de las categorías anteriores, *vid.*, (Hood *et al.* 2001: 20 ss.). Una perspectiva más amplia que, lamentablemente, no podré explorar aquí, pero que en cierto sentido está "*at the back of my mind*" es la del análisis de las constituciones como regímenes regulativos. Al respecto, *vid.*, por ejemplo, (Scott 2004). Y para una aproximación más amplia respecto de las consecuencias del "enfoque" regulativo para nuestra concepción del estado constitucional y del derecho, *vid.*, por ejemplo, (Larrañaga 2009a, en particular, cap. 5).

moral y jurídica que corresponda respecto de las acciones relevantes respecto de las conductas en cuestión –inducción, concreción o reacción frente a daños-. Más que desplazar los principios del estado constitucional como estándares valorativos, lo que la perspectiva de gestión de riesgos propone es proyectar sobre los mismos variables sistémicas (de control, institucionales e instrumentales) de modo que, en primer lugar, en la evaluación constitucional de las políticas de seguridad converjan criterios de corrección *y* de efectividad y, en segundo lugar, las propias políticas gestión de riesgos de seguridad puedan ser evaluadas, a su vez, como factor de riesgo.

Dicho esto, creo que se puede establecer como conclusión de este inciso que para ser compatible con los estándares de un estado constitucional una política de seguridad debe satisfacer *conjuntamente* las siguientes condiciones:

a) debe formularse e implementarse dentro una ordenación efectiva al ejercicio del poder público contenida en la constitución.

b) debe generar respuestas adecuadas (i.e., eficaces y eficientes) al riesgo de seguridad en cuestión.

2. Constitucionalismo y seguridad

Como indicaba en la introducción, en este inciso me referiré específicamente la ubicación de las políticas de seguridad dentro del constitucionalismo. Desde luego, la perspectiva de la gestión de riesgos permite una aproximación amplia al tema, en la que se incluye un extenso abanico de amenazas o causas de riesgo –desde la biotecnología hasta los accidentes en el hogar, pasando la radioactividad y las pandemias[11]- y un enorme panoplia de "medidas de gestión de riesgos" –desde la criminalización hasta la comunicación social, pasando por protección se fronteras y la armonización de sistemas contables-. Sin embargo, siguiendo la tónica de este Seminario, en adelante limitaré mi aproximación bienestarista a la gestión de eventuales daños consecuencia de actos violentos de organizaciones que ponen en riesgo bienes humanos básicos como la vida, la integridad, la libertad, etc. Propongo, pues, como "background" de

[11] Una excelente aproximación a este "universo" se encuentra en el Centre for Analysis of Risk and Regulation de la LSE (http://www.lse.ac.uk/collections/CARR/).

mi argumento la discusión contemporánea a propósito de riesgos sistémicos relacionados con actividades de organizaciones criminales trasnacionales como, por ejemplo, las organizaciones terroristas, los carteles de la droga, los traficantes de armas y personas, etc.[12]

2.1. Dos aproximaciones no operativas a la constitucionalidad de las políticas de seguridad

Creo que se puede compartir la impresión de que en debate en torno a cómo enfrentar los riesgos sistémicos generados por el crimen organizado transnacional a la luz del estado constitucional se han configurado dos posiciones relativamente claras que, aunque pueden y deben distinguirse en virtud de sus concepciones del valor del "orden constitucional" resultan, en mi opinión, igualmente conflictivas con los presupuestos del análisis constitucional de las políticas de seguridad contemporáneos desde la perspectiva de una constitución operativa.

Por un lado, se pueden identificar argumentos provenientes de lo que podría llamarse un "modelo de emergencia", proclive a aceptar políticas de seguridad "excepcionales" –como la concentración de poderes en el Ejecutivo, la "señalización" preventiva de potenciales delincuentes, debilitamiento de los estándares del debido proceso en una "justicia del enemigo", etc.

Por otro lado, se pueden identificar argumentos provenientes de lo que puede llamarse un "modelo garantista" que, en general, tiende a rechaza la posibilidad de que las políticas de seguridad incluyan restricciones de ciertos derechos y libertades –p. ej., libertad de circulación, las libertades de expresión y

[12] Soy conciente de que en esta "acumulación" paso por alto significativas diferencia en la caracterización tanto de los riesgos como las medidas de gestión. Para una aproximación a la cuestión, *vid.*, por ejemplo, (Edwards y Gill 2003). Por otra parte, también soy consciente de que la noción de "riesgo sistémico" es notablemente ambigua refiriéndose, al menos, a tres cosas distintas: la causa del riesgo (p. ej. riesgos provenientes del "sistema" económico, del "sistema" de producción alimentaria o de las alteraciones al "sistema" climático); la respuesta al riesgo (p. ej., respuestas provenientes del "sistema" jurídico, del "sistema de seguridad del estado", de los "sistema" de cooperación internacional, etc.) y la naturaleza del riesgo (p. ej., riesgos para la continuidad del "sistema" político o económico, riesgos para los "sistemas" de control social, etc.). Creo que en este contexto sería excesivo distinguir con propiedad estas categorías y que su especificación, en todo caso, no aportaría significativamente a hacer más persuasivo el argumento.

de reunión (en general, de carácter político), el derecho a la privacidad (por ejemplo, de información financiera), etc.[13]

Como resulta fácil apreciar, la conjunción de ambos modelos presenta un aparente escenario dilemático entre "seguridad del estado" y "seguridad del ciudadano" que, en mi opinión, da lugar a dos limitaciones importantes para el análisis de la constitucionalidad de las políticas de seguridad.

En primer lugar, no permite un análisis pertinente de la naturaleza de los riesgos de seguridad. En mi opinión, aún las mejores versiones del modelo de emergencia[14] oscurecen el hecho de que, en las condiciones actuales en que se enfrentan riesgos sistémicos. La "constitucionalidad" de las políticas de seguridad no es sólo –y, quizá, tampoco principalmente- un problema respecto de los límites del ejercicio legítimo de la autoridad, sino un problema que afecta las propias condiciones de "justificación" del estado –i.e., su supremacía frente a otras formas de organización, en particular respecto del monopolio del uso de la fuerza-. Dicho en otros términos, en la medida en la que exista el riesgo de que la acción del gobierno deje de generar expectativas estables de la institucionalización del estado constitucional –i.e., por decirlo de algún modo, está en riesgo la seguridad sistémica provista por el estado-, el constitucionalismo de emergencia propone sistemas de control incompletos que no hacen previsible la coordinación efectiva para la gestión de los riesgos en cuestión. Como he señalado antes, los riesgos de seguridad contemporáneos afectan no sólo las condiciones normativas para la legitimidad de la autoridad sino, lo que es aún más grave, las precondiciones fácticas para la "justificación" del propio estado constitucional.

En segundo lugar, no da lugar a un análisis útil para explotar las posibilidades "constitucionales" de reacción pública. En mi opinión, aun sus formulaciones más desarrolladas del modelo garantista[15], cuando van más allá de

---

[13] Lamentablemente, por razones de espacio no podré describir puntualmente los modelos no operativos a los que hago referencia. Este es, no obstante, un déficit que no considero de mayor importancia en este contexto, pues mi propósito no es formular una crítica de estos modelos, sino sólo contraponerlos con mi argumento con finalidades de claridad expositiva. En todo caso, dejando a un lado las precisiones que serían necesarias en un ejercicio crítico serio, buenos ejemplos los "modelos" que tengo en mente como contraposición al "modelo" que postulo serían, por un lado, el criticado por Stephen Holmes en *The Matador's Cape. America's Reckless Reesponse to Terror* (Holmes 2007) –en particular, Parte IV- y, por otro, el teorizado por Luigi Ferrajoli en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Ferrajoli 2005).

[14] Vid., por ejemplo, (Ackerman 2997).

[15] Vid., por ejemplo, (Denninger 2009) y (Lepsius 2006 y 2002).

constatar una mera "tensión" entre seguridad y derechos –en general, entre seguridad y libertades- y llegan a formular un conjunto de elementos "absolutamente infranqueables", resultan herramientas técnico-institucionales inadecuadas para enfrentar los riesgos de seguridad sistémicos. Dicho en otros términos, aun en sus formulaciones garantistas más robustas, el reconocimiento de derechos fundamentales y el control de constitucionalidad de las políticas de seguridad mediante la protección jurisdiccional de éstos (garantismo), es un instrumento insuficiente y, en todo caso, muy ineficientes para la gestión de los riesgos de seguridad contemporáneos[16].

Parece entonces que, ante la necesidad de gestionar los riesgos de seguridad sistémicos producidos por el crimen organizado trasnacional, sin prescindir de arreglos institucionales que valoramos, hay buenas razones para buscar otras alternativas dentro de la tradición del pensamiento liberal que subyace a la ideología del constitucionalismo. La alternativa que postulo es el "modelo de coordinación", que puede asociarse a autores como D. Hume, J. Madison y F. Hayek.

2.2. Intereses y coordinación

Hablar de un "giro bienestarista" en el constitucionalismo sería, seguramente, exagerado. Se trata más bien de una rehabilitación de un elemento central de la ideología liberal, común en el liberalismo político y económico, pero

[16] En otra ocasión, he explorado tentativamente el problema compatibilidad del control de constitucionalidad de las políticas públicas con una concepción normativa de la constitución, anclada en los presupuestos de la "autonomía" del derecho respecto de la política y la moral –i.e., con los presupuestos del positivismo jurídico- (Larrañaga 2009b). Aunque por razones de espacio no podré detenerme en este punto, creo que la contraposición de fondo entre los "modelos" no se ubica sólo, ni siquiera principalmente, en la relación entre seguridad y orden constitucional, sino que alcanza su punto álgido en las respectivas concepciones de la política o, quizá mejor dicho, de la respectiva "autonomía" del discurso jurídico respecto de la política y la moral respectivamente. Mientras que, para el primer modelo, la seguridad es un valor político dependiente de la preeminencia del Estado frente a sus enemigos, para el segundo, la seguridad es un valor jurídico dependiente, a su vez, de sus condiciones de validez. Como es sabido, aunque por vías distintas, ambos modelos llegan callejones sin salida, abocados bien decisionismo bien a la circularidad. Esta es una de las razones, subyacente al tema de esta ponencia, por las que el modelo sociológico del equilibrio me parece superior a sus alternativas.

Desde luego, la referencias obligadas aquí son, por una parte, Hans Kelsen y Karl Schmitt -y en particular su famosa polémica respecto de la Constitución de Weimar (Schmitt y Kelsen 2009) y (Dyzenhaus 1999) y, por otra, Habermas (Habermas 1998) y Ferrajoli (Ferrajoli 2005). Sin duda, explorar esta veta sería de gran interés para integrar en mi argumento el tercer elemento que encabeza este seminario, la democracia. Pero, naturalmente, no intentaré hacerlo en esta ocasión.

que a lo largo del tiempo se ha ido desprendiendo del primero y concentrando en el segundo. En este orden de ideas, Russell Hardin (Hardin 1999) ha distinguido entre dos "variantes" de liberalismo: una deontológica y una bienestarista. Para la primera, un principio liberal (como, por ejemplo, el constitucionalismo, la democracia o la propiedad) es juzgado sobre la base de su propio contenido, ya sea a la luz de nuestras intuiciones morales o en virtud de su relación con otros principios como, por ejemplo, la autonomía individual. Para la segunda, un principio liberal es juzgado sobre la base del bien que produce o, dicho en otros términos, de sus efectos en el bienestar de los individuos con independencia de cómo éste se establezca. Como muestra Hardin, y como he apuntado a propósito de la función de la seguridad en el estado constitucional, aunque en el origen del liberalismo se encuentra un instrumentalismo fundamental que no valora al gobierno como un bien en sí mismo, sino en términos del bienestar humano y, por tanto, coloca al bienestarismo en su núcleo normativo[17], en el desarrollo teórico de la vertiente política de esta corriente, fundamentalmente a través de variantes del argumento contractualista, se introdujeron elementos deontológicos que generaron una "mutación" del discurso liberal hacia una predominancia de los elementos deontológicos; por ejemplo, mediante la introducción, por parte de Locke, de una teoría de los derechos de propiedad y de restricciones democráticas al ejercicio legítimo del gobierno y, por parte Kant, de las restricciones consustanciales al ejercicio libre de la autonomía o, dicho en otros términos, de los derechos naturales[18].

Probablemente, el elemento bienestarista se mantiene en su formal más nítida en el marco de la teoría del orden social como coordinación que, como es sabido, David Hume contrapone a las estrategias contractualista de Hobbes y Locke; en particular, como ha señalado mismo Hardin (Hardin 2007), proponiendo correcciones a la sociología política del primero y rechazando, no sin muestras de satisfacción, la teoría del segundo en su conjunto[19]. En mi opinión, para nuestro tema quizá la corrección resulte más interesante que la refutación, pues resulta ilustrativo que, pese a que en sus respectivas teoría del orden social ambos autores comparten el presupuesto justificativo de la ventaja mutua, Hume no considera

[17] *Cfr., supra,* nota 4. *Vid.*, también, (Holmes 1995: caps. 1 y 2) y (Hart 1983).
[18] *Vid.*, en general, (Vitale 2007) y (Simmons 2001).
[19] *Vid.*, (Hardin 2007, 209 ss.)

que ésta sea posible mediante una estrategia de resolución de conflictos basada en el contrato, sino que es producto de una *coordinación* reiterada sobre el reconocimiento recíproco de intereses, que genera paulatinamente una organización social estable o, dicho en otros términos, una coordinación o equilibrio social[20]. Así, para Hume, el orden social se explica porque:

> Una vez que se ha alcanzado coordinación en un contexto permanente o reiterado tiene gran estabilidad porque es auto-impuesta (*self-reinforcing*). Alcanzar una acción colectiva no conduce a esta estabilidad, *la coordinación es el elemento dominante en una organización estable*. Por consiguiente, nuestro éxito para lograr acciones colectivas a menudo dependen de la coordinación previa en alguna organización o estructura que nos permita cooperar o incluso nos fuerce cooperar (Hardin 2007: 84).[21]

Así pues, proyectada al plano constitucional, la coordinación y, sobre todo, la coordinación sobre organizaciones o estructuras para la coordinación se presenta en dos sentido o niveles distintos: la coordinación *para* la constitución –i.e., relacionada con afirmar, por ejemplo, que una constitución es el producto del "pacto" entre determinadas fuerzas sociales- y la coordinación *bajo* la constitución –i.e., relacionada con afirmar, por ejemplo, que el gobierno se ejerce dentro del marco de la constitución-[22]. Naturalmente, tomando en cuenta lo que se ha dicho hasta ahora, creo que resulta claro que ambos tipos de coordinación son

---

[20] En este punto la cita parece oportuna:

> I observe, that it will be for my interest to leave another in the possesion of his goods, *provided* he will act in the same manner with regard to me. He is sencible of a like interest in the regulation of his conduct. When this common sense of interest in mutually express'd, and is know to both, it produces a suitable resolution and behaviour. And it may properly enough be call'd a convention or agreement betwixt us, tho' without the interposition of a promise; since the actions of each of us have a referente to those of the other, and are perform'd upon the supposition, that sometihing is to be perform'd on the other part. Two men, who pull the oars of a boat, do it by agreement or convention, tho' they have never given promises to each other, (Hume [1740] 1992: Libro III, Parte II, 490).

Como puede apreciarse, en este contexto, la estrategia de Hume es aún más consistente que la de Hobbes –y, como he señalado, naturalmente, que la de Locke (*cf.*, *supra*, nota 6)-. Sin renunciar a la estrategia de la ventaja mutua central en la justificación liberal, el argumento de Hume prescinde de cualquier elemento deontológico asociado al contractualismo; por ello, se le puede caracterizar como un argumento puramente "bienestarista".

Por razones de espacio no me detendré en las diferencias entre los contratos y la coordinación como estrategias para resolver problemas de acción colectiva, pero para un tratamiento preciso del tema, *vid.*, (Hardin 1999: 82 ss).

[21] De hecho, como señala el propio Hardin, la estructura en dos fases del argumento de Hume es replicada en lo que puede llamarse el "utilitarismo institucional" de Rawls; primero, en "Two Concepts of Rules" y más adelante en su *A Theory of Justice*: en la primera fase se justifican los principios institucionales (artificiales) y luego se juzgan las acciones individuales de función de su ajuste con estos principios. *Cf.*, (Hardin, 2007: 47 s.)

[22] Respecto de esta distinción, *vid.*, (Hardin 1999: 103 ss.).

precondiciones de la operatividad de una constitución: los hechos de los que depende la operatividad de la constitución –i.e., la subordinación de la acción pública y la implementación del ordenamiento jurídico- son previsibles, si y sólo si, se verifica cierto grado de coordinación social *para* y *bajo* la constitución.

2.3. Coordinación constitucional y seguridad

Sinterizando el punto anterior, puede decirse que en contraste con los presupuestos contractualistas y de los derechos naturales, en el modelo de coordinación subyacen presupuestos "bienestaristas" en los que convergen instrumentalmente los estándares de legitimación del estado y de legitimidad de la acción pública. Así, tomando en cuenta la anterior aproximación a las precondiciones de la operatividad de una constitución, es posible perfilar los elementos básicos de un modelo de seguridad basados en la idea de coordinación constitucional en los términos siguientes.

En primer lugar, mientras la justificación de la excepcionalidad central en el "modelo de emergencia" descansa en una noción contractualista de la justificación (coordinación de intereses *para* la constitución), en el modelo de coordinación la legitimidad de las políticas de seguridad se presenta, además, como el resultado o producto del ejercicio del gobierno dentro del sistema de coordinación constitucional, caracterizado por la existencia de controles y equilibrios inter e intra-institucionales (coordinación de intereses *bajo* la constitución), de cuya eficacia y eficiencia, por otra parte, depende fundamentalmente la operatividad de la constitución. Dicho en otros términos, desde esta perspectiva, la justificación de la acción pública no depende sólo de su origen, la autoridad del estado, sino del carácter instrumental de los procedimientos propios de un "gobierno *sub constitutione*" [23].

---

[23] Aquí el nexo entre Hume y Madison resulta patente. Por una parte, Hume escribe en su *Tratado*:

> Men are not able radically to cure, either in themselves or others, that narrowness of soul, which makes them prefer the present to the remote. *They can not change their natures. All they can do is change their situation*, and render the observance of justice the immediate interest of some particular persons, and its violation their more remote" (Hume [1740] 1992, Libro III, Parte II, Sección VII, 537. Énfasis añadido).
>
> "The same self-love, therefore, which renders men incommodious to each other, taking a new and more convenient direction, produces the rule of justice, and is the *first* motive of their observance (Ibid., Sección VIII, 543).

En segundo lugar, en contraste con la noción de límite asociada al concepto de derechos fundamentales o humanos, representada en el "modelo garantista" como una posición correlativa del derecho de los ciudadanos a la seguridad frente obligación del estado a "garantizar" ese derecho, desde una perspectiva instrumental la legitimidad de las relaciones entre gobierno gobernados, puede analizarse a la luz de las "probabilidades de bienestar" de los individuos involucrados[24]. Esta "des-deontologización" del discurso a favor de una aproximación bienestarista supone, entre otros, dos avances importantes: por un lado, pone de manifiesto que, para ser legítima, la relación de autoridad debe implicar ventajas concretas medibles en términos de incrementos de bienestar y no sólo transformaciones en el sistema normativo. Por ello, para efectos de seguridad, si no conlleva la implementación constitucional de mecanismos

---

Por otra parte, en *El Federalista* 51, Madison expresa bien conocida formulación principio de "equilibrio" *bajo* la constitución en los siguientes términos:

> Si los hombres fueran ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las categorías externas que las internas del gobierno. Al organizar un gobierno que ha de ser administrado por hombre para hombres, la gran dificultad estriba en esto: primeramente hay que capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados; y luego obligarlo a que se regule a sí mismo.
>
> El hecho de depender del pueblo es, sin duda alguna, el freno primordial indispensable sobre el gobierno; pero la experiencia ha demostrado a la humanidad que se necesitan precauciones auxiliares.
>
> *Esta norma de acción que consiste en suplir, por medio de intereses rivales y opuestos, la ausencia de móviles más altos, se encuentra en todo el sistema de asuntos humanos, tanto privados como públicos* (Hamilton *et al.*, [1780] 2006: 220 s. Énfasis añadido).

[24] En principio, la posibilidad de expresar tanto las demandas de seguridad como las consecuencias de las medidas dirigidas a satisfacer esas demandas en los mismos términos –i.e., como "probabilidades de bienestar"- es un requisito "técnico" de la aproximación es este tema desde la perspectiva de la "estandarización" de la gestión de riesgos –*vid.*, (Power 2007: 66ss.)-. Sin embargo, también conviene llamar la atención respecto de su relación con la doble vertiente de la legitimidad democrática -sin dejar de apuntar, por cierto, que es fundamentalmente a la segunda a la vincula el argumento de esta trabajo-. Fritz Scharpt ha descrito esta dualidad en los siguientes términos:

> En la teoría democrática, el ejercicio de la autoridad se legitima como manifestación de la autodeterminación. Pero, como el propio concepto de democracia, el de autodeterminación es un concepto contestado, complejo y con gran carga valorativa. Sin embargo, en la historia de la teoría política normativa es posible identificar dos perspectivas distintas pero complementarias –una que enfatiza la primera parte del término compuesto y otra que enfatiza la segunda-. En mis trabajos he descrito estos elementos como creencias legitimadoras orientadas al insumo (*"in-put oriented"*) y orientadas al producto (*"out-put oriented"*). El pensamiento democrático orientado al insumo enfatiza el 'gobierno *por* el pueblo'. Las decisiones políticas están legitimadas en la medida en la que reflejan 'la voluntad del pueblo' –esto es, si se puede creer que reflejan las auténticas preferencias de los miembros de la comunidad-. En contraste, la perspectiva orientada al producto enfatiza el 'gobierno *para* el pueblo'. Aquí, las decisiones políticas se legitiman en tanto que promuevan efectivamente el bienestar de la comunidad en cuestión(Scharpt 1999: 6).

institucionales que hagan previsible el ejercicio de derechos sustantivos (vida, integridad física, libertad de expresión y circulación, propiedad, etc.), el reconocimiento de un "derecho a la seguridad" es, en el mejor de los casos, irrelevante, si no es que claramente ideológico y, lo que es aun peor, socialmente muy costoso en términos de costos de oportunidad de la acción colectiva[25]. Por otro lado, en este mismo sentido, si el gobierno es conceptualizado instrumentalmente como un sistema de arreglos institucionales para resolver problemas de acción colectiva -y en particular, el control de la violencia-, es natural que en el diseño e implementación de las políticas de seguridad se incluya, por un lado, una cálculo sobre las alternativas para hacer más eficiente este sistema –i.e., la mejor relación entre costos y beneficios de las políticas- y, por otro, una evaluación de la distribución de los costos y beneficios sociales de la seguridad[26].

En tercer lugar, como consecuencia de los pasos anteriores, en el "modelo de coordinación" las políticas de seguridad son presentadas como políticas de estado, pero subrayando que, en un estado "constitucional", la legitimidad democrática de toda "política pública" depende, por un lado, de su formulación en el marco de las restricciones normativas inherentes a esta forma de gobierno (estado de derecho) y, por otro, de las condiciones fácticas impuestas por la realidad (riesgos de seguridad sistémicos). Así, esta configuración teórica de la cuestión abre, entre otras, interesantes perspectivas sobre las posibilidades del control de la "racionalidad" de las políticas de seguridad en términos de los mejores medios (posibles coordinaciones *bajo* la constitución) para hacer más eficiente el régimen constitucional de seguridad, en términos de su sistema de control y de sus propiedades instrumentales e institucionales.

---

[25] Por ello, no resulta ocioso recordar que una estrategia de seguridad que se limita a la "defensa del estado" y a la "declaración de derechos" no tiene un costo social equivalente, exclusivamente, al papel y tinta necesarios para su "consagración" o a los "muertos por la patria": supone también un importante costo de oportunidad en términos de fijar y ejecutar las prioridades sociales en términos del bienestar de los individuos. Sin embargo, en este momento no podré entrar a considerar el costo de las retóricas de la soberanía y de los derechos.

[26] En un contexto que no estuviera tan embelesado por el lenguaje de los derechos, quizá no sería necesario recordar, con Holmes y Sunstein, que:

> We can obtain costly goods and services only by relinquishing something else of value. The world of value is complex and the world of available possibilities is larger than the world of co-available possibilities. There is nothing cynical or degradating about admitting as much or acknowledge that this pattern appies to basic rights as well as to ordinary commodities (Holmes y Sunstein 1999: 102).

En cuarto lugar, las políticas de seguridad dentro de un estado constitucional pueden analizadas como una cuestión relacionada con la maximización del bienestar, en distintos planos de formulación y ejecución de las políticas de seguridad a corto, mediano y largo plazo, como resultado de distintos "equilibrios de seguridad" compatibles los criterios a) y b) descritos en el primer inciso. Así, aunque en algunas ocasiones resulte inevitable la existencia *trade offs* entre los grados de satisfacción de estos criterios en un momento dado, en mi opinión, un modelo de coordinación permite formular un régimen constitucional de seguridad cuyas propiedades normativas y funcionales puede ser analizadas en su conjunto para detectar crisis, procesos de decadencia y mutaciones sustantivas del propio sistema constitucional de seguridad[27].

En síntesis, el modelo de coordinación permite formular régimen constitucional de seguridad susceptible de ser analizado en términos de bienestar, que presenta las siguientes ventajas frente a los modelos alternativos dentro del constitucionalismo.

En primer lugar, es un modelo realista, en la media de que responde al hecho de que los riesgos de seguridad sistémicos implican cuestionamientos a la justificación del estado y no sólo, ni fundamentalmente, problemas de legitimidad del ejercicio de la autoridad.

En segundo lugar, es un modelo normativo, en la medida en que incorpora, como resultado de ejercicio de gobierno, las condiciones objetivas de legitimidad de un estado constitucional.

En tercer lugar, es un modelo útil, por un lado, en la medida en que su desarrollo permitiría formular criterios para la acción pública sobre la base de un criterio valorativo transversal -el bienestar de los ciudadanos – y, por otro, en la medida en que podemos determinar las magnitudes de los *ajustes o equilibrios* entre a) y b) a la luz de una apreciación, en términos de bienestar, de los efectos de las políticas de seguridad particulares en la estabilidad del propio régimen constitucional de seguridad.

---

[27] Esta análisis versaría sobre lo que puede llamarse la "resilencia" del régimen constitucional de seguridad, es decir, su capacidad de "recuperarse" o "reponerse" ante acontecimientos súbitos y dramáticos. Naturalmente, este análisis puede llevarse a cabo respecto de los distintos elementos del régimen: sistema de control, instrumentalidad e institucionalidad. Aunque en otros términos, este tema es tratado brevemente en (Holmes 2007: 232 ss.).

Adicionalmente, desde la perspectiva de los regímenes de regulación de riesgos, esta reconfiguración "bienestarista" del estado constitucional puede ampliarse a otros elementos de la compleja relación entre la democracia constitucional y seguridad.

En primer lugar, en contraste con la noción de legitimación *ex ante* asociada a los mecanismos democráticos de formulación de la decisión colectiva, el control democrático puede verse también como un control *ex post* basado en la apreciación sustantiva y validación de los resultados de la acción pública en términos de sus efectos en las "probabilidades de bienestar" de los sujetos involucrados.

En segundo lugar, en contraste con las noción general de "legalidad" asociada con las ideas de proporcionalidad en la "reacción pública" –fundamentalmente, en relación con las medidas disuasivas y punitivas- y de "balance correcto" de principios constitucionales y/o derechos fundamentales o humanos respecto de los bienes protegidos mediante las políticas de seguridad, la relación entre legitimidad y eficacia puede dejar de evaluarse exclusivamente mediante estándares cuantitativos –relativos, por ejemplo, a índices de decomisos de droga en operativos policiales, de detenciones, de sentencias condenatorias, etc.- y/o cualitativos –relativos, por ejemplo, a la "resistencia" de las acciones públicas particulares frente al control de constitucionalidad en base, por ejemplo, a los estándares del debido proceso–, para poder evaluarse también sobre la base de una noción de control como "equilibrio constitucional de la política de seguridad". Esta noción, que agregaría al test de constitucionalidad de las políticas de seguridad la consideración de sus resultados -i.e., el incremento en la previsibilidad de las condiciones de posibilidad de las probabilidades de bienestar de los individuos a corto, mediano y largo plazo-, daría lugar a lo que podría denominarse un "test de proporcionalidad sistémica", entendido como la sostenibilidad de la constitucionalidad de las políticas de seguridad –i.e., estabilidad en la probabilidad de la eficacia del sistema de seguridad en su conjunto-[28].

[28] Este principio, que tuvo gran importancia en la teoría social de la ilustración escocesa, fue sintetizado por Ferguson cuando en 1767, en su *An Essay on the History of Civil Society*, afirmaba que muchas de nuestras instituciones "son el resultado de acciones humanas, pero no la ejecución de ningún plan". Esta idea se puede encontrar con claridad, décadas antes, en la teoría de la utilidad

Por último, las dos ventajas anteriores permiten ver cómo una perspectiva bienestarista y, en particular, el modelo de coordinación/equilibrio asociado a ésta, es compatible con un rasgo central de la gestión de riesgos sistémicos: la imposibilidad de prever las condiciones futuras. En contraste con el escenario dilemático entre "seguridad del estado" y "seguridad del ciudadano" planteado por la convergencia de los modelos de emergencia y garantista, y que entienden la seguridad como un resultado intencional del "orden" constitucional, este modelo, basado en el equilibrio de la coordinación *para* y *bajo* la constitución, está íntimamente asociado a la noción de consecuencias no intencionales de las acciones intencionales. Así, la "constitucionalidad" de las políticas de seguridad no se ve sólo, ni prioritariamente, como una cuestión de "ajuste" de la acción pública respecto del orden constitucional –i.e., su constitucionalidad exclusivamente en términos del sistema de competencias y del régimen de derechos fundamentales-, sino que también, y centralmente, el orden constitucional se ve como una cuestión de "ajuste" de los componentes de un régimen de gestión de riesgos de seguridad sistémicos -el sistema de control, la institucionalidad y la instrumentalizad- respecto de la realidad (vid. *supra*, § 1.2.) Lamentablemente, por razones de espacio los temas anteriores tendrán que desarrollarse en otro trabajo.

Conclusión

Hace unos meses, un funcionario mexicano me decía que, en su opinión, el principal problema de seguridad en México radica en el *divorcio* entre el Estado y la sociedad. Tristemente, no pude disentir; pero agregué continuando la metáfora: el vínculo entre la sociedad y el estado es el gobierno, y su régimen no es ni religioso ni civil, sino constitucional. No es de extrañar, pues, que en mi opinión, el principal riesgo de seguridad en México sea la inoperancia del estado constitucional; en particular, la incapacidad sistémica del régimen de gobierno

---

social o bien público de Hume (1740) y, pocos años después, en la famosa –aunque no siempre bien interpretada- metáfora de la mano invisible de Smith (1776). Al respecto, vid., por ejemplo, (Haakonsen 1996: 100 ss.) y, con mayor amplitud, en (Haakonsen 1981). Respecto del problema de la incertidumbre y, más particularmente, respecto de la descentralización del conocimiento, este principio fue retomado por la teoría social de escuela austriaca de la que se nutre, como es bien sabido, la noción "mínima" de estado de derecho en la que se sustenta mi argumento. Al respecto, *vid.*, por ejemplo, (Hayek 1983).

para generar un tipo de coordinación *de* la constitución que haga fortalezca la coordinación *para* la constitución. El carácter sistémico del riesgo al que me estoy refiriendo atraviesa las políticas públicas, desde la política económica hasta la medioambiental, pasando por la energética, la de salud y la educativa, entre otras. En esta ocasión, por razones de extensión y por ser el tema específico de las ponencias de otros colegas, no voy a entrar en consideraciones particulares sobre los problemas de constitucionalidad de la actual política de seguridad en México. Sin embargo, espero que resulte claro que lo que he dicho hasta ahora puede tener relevancia para una aproximación provechosa a este problema.

Escribiendo sobre la conformación del Senado, en su genial estrategia de argumentar a favor de los beneficios de la coordinación *bajo* la Constitución para alcanzar una coordinación *para* la Constitución, en *El Federalista* No. 62 James Madison escribió:

> Un buen gobierno implica dos cosas: primero, fidelidad a su objeto, que es la felicidad del pueblo; segundo, un conocimiento de los medios que permitan alcanzar mejor ese objeto. Algunos gobiernos carecen de ambas cualidades, y casi todos de la primera. No siento escrúpulos en afirmar que en los gobiernos americanos se ha prestado muy poca atención a la segunda. La Constitución federal evita ese error; y lo que merece especial beneplácito es que provee a ello de un modo que aumenta la seguridad de la primera condición (Hamilton, *et al*., [1780] 2006: 264)

En mi opinión, en el pensamiento de Madison puede encontrase la mejor expresión de un constitucionalismo operativo. Por ello, me alienta pensar que coincidiríamos en el convencimiento de que un gobierno ineficaz es la forma más penetrante de injusticia: la antitesis de la seguridad, del derecho y de la democracia. Por ello, espero que al aproximarme a este problema, ahora sí haya perfilado, aunque sea tentativamente, una ponencia sobre un tema que es, a la vez, de actualidad y de importancia teórica y práctica "incontrovertible".

Bibliografía

Ackerman, Bruce (2007), *Before the Next Attack. Precerving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven, Yale University Press.

Beck Ulrich (1992), *Risk Society*, Londres, Sage.

Bernstein Peter (1997), *Against the Goods. The Remarkable Story of Risk*, Nueva York, Wiley.

Craig, Paul (1997), "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework", *Public La*w, Otoño, 467.

Dahl, Robert y Lindblom, Charles [1953] (2000), *Politics, Economics & Welfare*, New Brunswick, Transaction Books.

Denninger, Erhard (2009), "Prevención y libertad. Sobre el orden de la libertad", *Libertad y seguridad*, Granada, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 43, 39.

Dyzenhaus, David (1999), *Legality and Legitimacy.Carl Schmitt, Hand Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Oxford University Press.

Edwards, Adam y Gill, Peter (eds.) (2003), *Transnational Organised Crime. Perspectives on Global Security*, Londres, Routledge.

Elster, Jon (1989), *The Cement of Society*, Cambridge, Cambridge University Press.

Ferrajoli, Luigi (2005), *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal,* Madrid, Trotta.

Foucault, Michel (1991), *The Foucault Effect*. *Studies in Governmentality*, [Burchell, Graham *et al.* (eds.)] Chicago, University of Chicago Press.

— (1980), *Power/Knowledge: Selected Interviews & Other Writings*, [Gordon Colin (ed.)], Nueva York, Pantheon.

Haakonsen, Knud (1981), *The Science of Legislator. The Natural Jurisprudence of David Hume & Adam Smith*, Cambridge, Cambridge University Press.

— (1996) *Natural Law and Moral Philosophy. From Grotius to the Scottish Enlightment*, Cambridge, Cambridge University Press.

Habermas, Jürgen (1998), *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta.

Hamilton, Alexander *et al.* [1780] (2006), *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica.

Hardin, Russell (2007), *David Hume: Moral & Political Theorist,* Oxford, Oxford University Press.

— (1999), *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy,* Oxford, Oxford University Press.

— (1996), "Magic on the Frontier: The Norm of Efficiency", *University of Pennsylvania Law Review*, 144 (mayo), 1987.

— (1992), "The Morality of Law and Economics", *Law and Philosophy,* 11, (noviembre), 149.

Hart, H.L.A. (1983), "Between Utility and Rights", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 198.

Hayek, Friederich (1944), *Road to Serfdom*, Londres, Routledge.

— (1983), *Law, Legislation and Liberty. Vol. I. Rules and Order*, Chicago, Chicago University Press.

Hood, Christopher *et al.,* (2001), *The Government of Risk. Undertanding Risk Regulation Regimes*, Oxford, Oxford University Press, 226.

Holmes, Stephen (2007), *The Matador's Cape. America's Reckless Response to Terror*, Cambridge, Cambridge University Press.

— (1995) *Passions & Constraint. On the Theory of Liberal Democracy,* Chicago, Chicago University

Press.

Holmes, Stephen y Sunstein Cass (1999), *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, Norton.

Hume, David [1740] (1992), *A Treatise of Human Nature*, [L.A. Selby-Bigge (ed.)], Oxford, Clarendon Press.

Larrañaga, Pablo (2009a), *Regulación. Técnica jurídica y razonamiento económico*, México, Porrúa.

— (2009b), "Justicia constitucional, argumentación jurídica y control de las políticas públicas", en Ferrer, Eduardo y Molina César (coords.), *El juez constitucional en el Siglo XXI*, México, UNAM-SCJN.

Lepsius, Oliver (2006), Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act, *German Law Journal*, Vol. 7, No. 9., 761.

— (2002)"Liberty, Security, and Terrorism: The Legal Position in Germany", *German Law Journal*, Vol. 5, No. 5, 435.

Loughlin, Martin (2003), *The Idea of Public Law*, Oxford, Oxford University Press.

MacCormick, Neil (2007), *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.

North, Douglass *et al.* (2009), *Violence and Social Orders. A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*, Cambridge, Cambridge University Press.

Power, Michael (2006), *Organized Uncertainty. Designing a World of Risk Management*, Oxford, Oxford University Press.

Raz, Joseph (1979), "The Rule of Law and Its Virtue", en *The Authority of Law. Essays on Law and Morality,* Oxford, Clarendon Press, 210.

Scharft, Fritz (1999), *Governing Europe. Effective or Democratic?*, Oxford, Oxford University Press.

Schmitt, Carl y Kelsen, Hans (2009), *La polémica Schmitt / Kelsen sobre justicia constitucional*, Madrid, Tecnos.

Scott, Colin (2004), "Regulating Constitutions", en Parker, Christine *et al.* (eds.)*, Regulating Law*, Oxford, Oxford University Press, 226.

Simmons, John (2001), *Justification and Legitimacy. Essays on Rights and Obligations*, Cambridge, Cambridge University Press.

Vitale, Ermmano (2007), *Derechos y Razones. Lecciones de los clásicos y perspectivas contemporáneas*, México, UNAM.