

CAPÍTULO CUARTO

UN CONSTITUCIONALISMO PARA EL ESTADO REGULADOR

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 mejor alcanzar ese objeto.

James MADISON

Por décadas la dogmática constitucional ha considerado problemática la relación entre los principios del constitucionalismo y lo que se ha venido a llamar el Estado regulador (véase Black, 2007; Majone 1997 y 1999; Baldwin, 1997, y Sunstein, 1990). Por ejemplo, en una de las pocas monografías dedicadas al tema Colin Scott sintetiza dos clases de críticas a la gobernanza regulativa⁶⁸ formuladas desde el constitucionalismo: por un lado, una crítica estricta o in-

⁶⁸ El tema del Estado regulador como modelo institucional se ubica cómodamente dentro del amplísimo marco de la reflexión en torno a la gobernanza. Específicamente, se relaciona con las transformaciones del “modelo” estatal respecto de las funciones, los medidos y los criterios de legitimidad de la acción pública; es decir, la emergencia del Estado regulador. Al respecto, véase Levi-Faur (2012). El ámbito práctico y teórico de la gobernanza es amplísimo, y proclive a ampliarse aún más. Sin embargo, como veremos, es posible enmarcar la cuestión de manera fértil dentro de algunas de las “tareas” del constitucionalismo, en términos análogos a los descritos en el primer capítulo.

Ahora bien, aunque la noción de gobernanza es un término común en la ciencia política y la administración pública, los juristas, en general, y los constitucionalistas, en particular, no hacemos un uso extendido de esta noción —y, actualmente, me temo, ni siquiera de la idea de gobierno—, por lo que quizá no esté de más traer una definición de este concepto: “La gobernanza consiste en las tradiciones e instituciones mediante las cuales se ejerce autoridad en un país. Ello incluye los procesos mediante los cuales se establecen, se supervisan y se reemplazan los gobiernos; *la capacidad de los gobiernos para formular e implementar políticas públicas viables*, y el respeto de los ciudadanos y del Estado a las instituciones que gobiernan las relaciones políticas y económicas entre ellos” (Banco Mundial, 2010, *The World Wide Governance Indicators Project*. Énfasis añadido). Como veremos, en este capítulo me centraré en el segundo aspecto recogido en la idea: la capacidad de los gobiernos para formular e *implementar* políticas públi-

terna, que se centra en los problemas derivados de la delegación legislativa y de las (im)posibilidades de control del poder regulativo, en particular respecto de su contenido “técnico” y, por otro, una crítica amplia o externa, que se refiere a los distintos problemas derivados de la difuminación y fragmentación de la soberanía estatal en la gobernanza regulativa global (Scott, 2010).

En este sentido, en términos generales, por una parte se sostiene que algunos de los principales rasgos del modelo normativo-institucional del Estado regulador, como la creación de agencias reguladoras al margen de la estructura constitucional de división de poderes y, por tanto, liberadas de los respectivos mecanismos constitucionales de equilibrio y control; la existencia de competencias regulatorias de tales agencias (de naturaleza “legislativa” aunque ubicadas en la esfera del Poder Ejecutivo) con, acaso, legitimidad técnica pero no democrático-representativa; el declive de la utilización de reglas jurídicas (formuladas por una autoridad competente y, frecuentemente, respaldadas con la amenaza de sanciones) y de procedimientos reglados (procedimiento administrativo) como instrumentos de la regulación, etcétera, son arreglos institucionales que entran en conflicto con aquellos arreglos normativo-institucionales que caracterizan al constitucionalismo como criterio para un gobierno mediante las instituciones del derecho:⁶⁹ la división de poderes, la primacía legislativa, el control de constitucionalidad de los actos de autoridad (legislativos, ejecutivos y judiciales), etcétera.

Por otra parte, como veremos con mayor detalle en el capítulo sexto, se afirma que la aceleración y profundización globalizada de dos fenómenos vinculados, la fuerte tendencia a la armonización de las prácticas regulativas en materias como comercio, finanzas, medio ambiente, etcétera, por un lado, y la participación en la formulación de estándares regulativos cada vez más extendida y puntual por parte de organizaciones transnacionales gubernamentales y no gubernamentales, por otro, genera prácticas de gobernanza regulativa autónomas respecto de los mecanismos de control y de legitimación establecidos en los ordenamientos jurídicos (constitucionales) nacionales.

En otro orden de ideas, lo que quizá resulte más relevante en términos prácticos es que a pesar de la ola democratizadora y de las reformas en favor del mercado de las décadas de los ochenta y novena, varios de los países en

cas. Para una aproximación al Estado regulador como modo de gobernanza, véase Jordana y Levi-Faur (2004).

⁶⁹ Ésta es, para Martin Loughlin (2010), la idea central de la existencia de un derecho público. En este sentido, como veremos, si el modelo de Estado regulador, y sus efectos en la gobernanza regulativa, no fueran compatibles con la técnica social básica del constitucionalismo, tanto los arreglos institucionales como la acción pública que generan, no sólo carecería de legitimidad en términos jurídicos, sino que, paradójicamente, resultaría una técnica de gobierno incompatible con el bienestar como parámetro normativo fundamental de la modernidad.

los que tuvieron lugar este tipo de “reformas estructurales” siguen presentando ciertos rasgos comunes relacionados con un grave déficit en la satisfacción de los estándares sustantivos del constitucionalismo: el bienestar derivado del goce de derechos de la población en general. En estos países persisten, por un lado, la debilidad de sus gobiernos para establecer las condiciones para un crecimiento económico sostenido y, sobre todo, para distribuir bienes y servicios universales a su población y, por otro, indicadores relativamente bajos de niveles de satisfacción de los estándares del Estado de derecho, por ejemplo, los asociados a altos grados de corrupción y una baja eficacia del aparato gubernamental.

Así pues, a pesar de que, desde luego, a partir de una concepción del constitucionalismo y, en particular, de la democracia constitucional centrada, por una parte, en el control del poder político mediante su sometimiento a una Constitución y, por otra, en la legitimación de la autoridad mediante su vinculación con la soberanía popular, pueden encontrarse —entre otras— las tensiones señaladas por Scott, parece razonable pensar que además de este tipo de relaciones entre el constitucionalismo y el poder estatal (gubernamental) debe haber otro tipo de relaciones, de reforzamiento recíproco, entre el constitucionalismo y la capacidad de los Estados (gobiernos) para satisfacer los criterios de legitimidad constitucional. Y, además, que algunas de las claves centrales del análisis responden al modelo de Estado regulador, en particular, respecto de su capacidad de generar gobernanza regulativa.

En este sentido, en mi opinión, se trataría de relaciones de carácter “positivo” compatibles con el hecho de que en los patrones de “gobernanza” de los países desarrollados se da tanto un cumplimiento relativamente más alto de los estándares procedimentales y sustantivos del constitucionalismo como una intensiva implementación de los arreglos normativo-institucionales asociados al Estado regulador. A pesar de a las circunstancias actuales derivadas del fracaso en la regulación del sector financiero de las décadas pasadas, en los países que se presenta tal relación positiva entre el constitucionalismo y Estado regulador ha tenido lugar un histórico crecimiento económico sostenido —al menos ésta ha sido la tendencia desde finales del siglo XVIII— y una mayor distribución de bienestar entre la población asociada, sin duda, con una mayor legitimidad democrática de sus sistemas político-económicos. De aquí la hipótesis de que los rasgos de sus patrones de gobernanza están vinculados con los niveles de “desarrollo” de estas sociedades.⁷⁰

⁷⁰ Desde luego, las variaciones nacionales son muy significativas. Por ello, con independencia de los patrones comunes entre las distintas formas de deficiencia y mediocridad, creo que el caso mexicano puede tenerse en mente como ejemplo de esta situación. Asimismo, podrían utilizarse como referencia, por un lado, los índices de desarrollo humano, en los que

Tomando en cuenta lo dicho hasta ahora, la tesis fundamental de este capítulo es que entre el constitucionalismo y el Estado regulador no sólo existen tensiones, sino reforzamientos recíprocos, y que estas relaciones pueden apreciarse a la luz de una concepción del constitucionalismo adecuada a la noción de gobernanza regulativa. Dicho en otras palabras, en el plano del análisis institucional sostengo, primero, que existe un fuerte patrón de correlación positiva en el que los umbrales de implementación y las capacidades de alcanzar los respectivos objetivos del constitucionalismo y del Estado regulador se refuerzan recíprocamente, y, segundo, que este patrón constituye precisamente la justificación para que la teoría (ingeniería) constitucional se ocupe de reflexionar en torno a su implementación coordinada en los países en desarrollo.

De ahí que, por otra parte, en el plano de lo propositivo, pretenda mostrar que en las condiciones del ejercicio de gobierno en las sociedades contemporáneas, la formulación de teorías conceptualmente independientes o, incluso, de justificaciones de modelos institucionales del constitucionalismo y del Estado regulador antagónicos —o, siquiera, autónomos—, por ser históricamente errada y de carácter fuertemente ideológico, constituye un punto de partida endeble para la formulación de un marco de referencia normativo adecuado a las formas en las que tiene lugar la gobernanza en la sociedad contemporánea.

A la luz de lo expuesto, desarrollaré un argumento en tres partes, yendo desde una perspectiva más amplia, la de la teoría del constitucionalismo, hacia una más concreta, la teoría constitucional, y de ahí a la específica relación entre los modelos institucionales del Estado de derecho y del Estado regulador dentro de un mismo régimen regulativo.

En la primera parte del trabajo sostendré que la aproximación estándar a la democracia constitucional implica un “recorte conceptual” de la base normativa de la modernidad que es, de hecho, contraria a la propia lógica del constitucionalismo y al proyecto intelectual de la teoría social como explicación de los órdenes sociales —por no hablar, desde luego, de un mínimo y razonable materialismo en tales agendas normativas y explicativas—. Esto es así porque en ambas agendas la regulación del capitalismo ha sido considerada un eje fundamental de la ordenación social en la modernidad (Offe,

México ocupa la posición 56 en un universo de 169 países, y, por otro, los indicadores de corrupción, en los que, en un universo de 178 países, México ocupa la posición 98. Aunque no es éste el contexto para mostrar empíricamente las relaciones entre el marco institucional y el desarrollo social, dos aproximaciones generales, pero elocuentes, son Halperin *et al.* (1997), en relación con el conjunto de América Latina, y Moreno-Brid y Ros (2009) para el caso específico de México.

1996). En este punto, siguiendo a Russell Hardin (1999), y en la misma línea de lo que argumentaba en el capítulo anterior, concluiré que una forma de integrar de manera coherente la base normativa de la modernidad —compartida, como se recordará, por el constitucionalismo, la democracia y el capitalismo— consiste en aproximarse a estas esferas del orden social, precisamente, desde una perspectiva “sociológica” del constitucionalismo que dé cuenta del común denominador de estos arreglos institucionales en tanto estrategias de ventaja mutua.

En relación con el tema específico de este capítulo, sostendré que esta forma de aproximarse al constitucionalismo permite dos avances para dar cuenta de la dimensión constitucional de la gobernanza regulativa *vis à vis* el modelo estándar de la democracia constitucional. Por un lado, permite dar una explicación plausible de cómo, de hecho, se relacionan entre sí los órdenes político y económico, y como se vinculan éstos, a su vez, con el orden social en su conjunto. Esto es así porque, desde la perspectiva de la ventaja mutua, se considera que las razones de los sujetos para aceptar o, al menos, acatar los arreglos institucionales (constitucionales) son, en todo caso y en última instancia, instrumentales respecto del bienestar que producen. Por otro lado, en este mismo orden de ideas, la aproximación propuesta permite formular criterios normativos relevantes a propósito de las condiciones de legitimidad del específico orden normativo que integran: la satisfacción de los intereses de los individuos relevantes. Así pues, como veremos, considerar el constitucionalismo, la democracia y el capitalismo como estrategias de ventaja mutua permite abordar el problema de la supuesta “independencia” normativa de los arreglos económicos (eficiencia) *vis à vis* los arreglos político-jurídicos (justicia), dentro de un constitucionalismo operativo que, al considerar estos arreglos “interdependientes”, considera que la función central de las constituciones reside en la organización de un gobierno efectivo —es decir, un gobierno capaz de generar condiciones para el bienestar (jurídico-político-económico) de los gobernados—.

Continuando esta línea argumentativa, en la segunda parte del trabajo me detendré en el diseño de un gobierno efectivo como tarea fundamental del constitucionalismo —recordando que esto es particularmente cierto respecto de la regulación del capitalismo (Braithwaite, 2008)—. En términos más específicos, argumentaré que, para realizar las tareas de un gobierno efectivo, la ingeniería constitucional tiene que tomar seriamente en cuenta la famosa máxima de James Madison, de aliento humano,⁷¹ cuando en *El Federalista* 51 señala:

⁷¹ Quizá no está de más apuntar que James Madison es, posiblemente, el pensador político que mejor aplicó en la ingeniería constitucional —esto es, al diseño del gobierno— la

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 hombres 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 y ss. Énfasis añadido).

Así pues, retomando algunas de las ideas que ya presenté en el capítulo anterior, lo que intentaré mostrar es que una condición fundamental para capacitar (*enable*) a los gobiernos para controlar a los gobernados reside en establecer una “Constitución operativa”. La operatividad de una Constitución depende de satisfacer dos requisitos: a) que sea producto de una coordinación “para la Constitución”, en la que ninguna clase de individuos sea sistemáticamente excluido de las ventajas de un orden constitucional —que el orden constitucional sea, de hecho, producto del constitucionalismo como una estrategia de ventaja mutua de la sociedad en su conjunto—,⁷² y b) que la Constitución coordine eficazmente la acción pública de cuyos resultados depende la satisfacción de los intereses de los individuos participantes en la coordinación —es decir, dicho en otros términos, de la satisfacción de los estándares de conducta derivados del reconocimiento de derechos subjetivos—.

El último requisito debe ser subrayado en este contexto, pues, como veremos, la probabilidad de la coordinación bajo la Constitución es el “hecho” —es decir, el estado de cosas— que, en última instancia, justifica que los individuos estén dispuestos a una coordinación para la Constitución. Es decir, sólo un gobierno efectivo genera las condiciones del constitucionalismo como estrategia de ventaja mutua. En este orden de ideas, en relación con el tema específico de este trabajo sostendré que una Constitución operativa debe ser capaz de coordinar dos tipos de poderes gubernamentales: la *potestas* o la legitimidad jurídica para gobernar, y la *potentia* o la capacidad del gobierno para realizar sus fines (Loughlin, 2010). En esta línea de ideas, siguiendo

teoría de la coordinación motivada por la ventaja mutua teorizada por Hume. Al respecto, véase Hardin (2007).

⁷² De modo tal que el control ejercido como “producto” de la Constitución pueda ser considerado gobierno *del* derecho, y no sólo gobierno *mediante* el derecho.

a Martin Loughlin, cerraré este segundo tramo del argumento sosteniendo que, para entender las formas y la extensión que debe incluir la coordinación constitucional entre la *potestas* y la *potentia* en los gobiernos contemporáneos resulta de particular utilidad —si bien, con adaptaciones específicas— la noción de “gobermentalidad” (*gouvernementalité*), desarrollada por Michel Foucault (1991) para referirse a la correcta disposición de las cosas, establecida de modo que conduzca a un fin conveniente.⁷³

Así pues, concluiré la segunda parte del argumento sosteniendo que para entender la naturaleza de la relación entre el constitucionalismo y la gobernanza regulativa es preciso ubicar ambos arreglos institucionales *dentro* de un mismo marco conceptual: el del gobierno constitucional o, más específicamente, del régimen de gobierno *regulado* eficientemente por una Constitución operativa; esto es, un gobierno en el que se coordine eficazmente la atribución de potestades públicas (*potestas*) y capacidades operativas de los poderes públicos (*potentia*)⁷⁴ (Parker, Scott, Lacey y Braithwaite, 2004).

La tercera parte me referiré a la problemática relación entre los modelos institucionales del constitucionalismo y del Estado regulador dentro de lo que puede llamarse el “régimen de gobernanza regulativa” de las sociedades

⁷³ Como hemos visto, 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 favorables y adversas en el bienestar de los propios ciudadanos (vida, salud, disponibilidad de alimentos, etcétera). 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, que ya he expuesto en los capítulos anteriores, pero que merece la pena recuperar aquí: la adecuación medios-fines (eficacia) y maximización de resultados (eficiencia). Dahl y Lindblom condensan estas ideas en los siguientes términos: “Una decisión es racional en la medida en la que está «correctamente» diseñada para maximizar objetivos; dado el objetivo en cuestión y el mundo real existente” (Dahl y Lindblom, 2000, p. 38).

⁷⁴ En este sentido, como veremos con más detalle en el último inciso, puede decirse que adopto una perspectiva regulativa del derecho, en general, y de las constituciones, en particular. Los editores del libro *Regulating Law* describen el contraste entre esta perspectiva y la característica de la dogmática jurídica, en los siguientes términos: “Es típico de los regulacionistas que se interesen en analizar distintos tipos de normas, técnicas y organizaciones regulativas (jurídicas y no jurídicas), y que pretendan establecer qué tan efectivas son en distintas circunstancias. En relación con el derecho, la perspectiva regulativa se plantea cuestiones empíricas acerca del efecto proactivo del derecho en el conjunto de la sociedad (o, al menos, respecto de un segmento significativo de ésta) —por ejemplo, en qué medida la implementación de normas es un remedio efectivo respecto de una cierta conducta dañina— y preguntas normativas acerca de cómo puede diseñarse la regulación para realizar de manera más efectiva los fines sociales. A menudo, los métodos de la investigación en el área de la regulación son empíricos y, por lo general, la teoría intenta dilucidar el impacto del derecho en las prácticas e instituciones externas al mismo, y viceversa. En contraste con ello, los juristas por lo general adoptan una perspectiva interna al derecho, que se centra en el contenido de las doctrinas jurídicas y su coherencia” (Parker *et al.*, 2004, p. 3).

contemporáneas. En este punto sostendré que, como ha mostrado la práctica y la teoría, un poder gubernamental estrictamente limitado por el orden jurídico es más eficaz y eficiente que un poder arbitrario (Holmes, 1995). Dicho en los términos recién formulados, que la limitación de la *potestas* de los poderes públicos incrementa la *potentia* del gobierno. Por ello, una vez que las tareas de gobierno se colocan en el centro de una teoría funcional del constitucionalismo y la organización del poder público es producto de una Constitución operativa, parece claro que el carácter problemático de la relación entre los modelos institucionales del constitucionalismo y del Estado regulador no sólo no es antinómica o, tan siquiera, conflictiva, sino que ambos modelos se refuerzan recíprocamente.

Desde la perspectiva propuesta se trataría, más bien, de dos *formas* distintas de generar la coordinación *bajo* la Constitución —es decir, un gobierno efectivo— necesaria para producir el gobierno —o la gobernanza— que da lugar a las ventajas que, en la dinámica de las sociedades contemporáneas, justifican no sólo la coordinación *para* la Constitución sino, en última instancia, al constitucionalismo, la democracia y el capitalismo de mercado como estrategias de ventaja mutua.

En este orden de ideas, centrándome específicamente en esta relación “técnica” entre el constitucionalismo y el Estado regulador, en la tercera parte cerraré mi argumento sosteniendo que, como resultado de esta dos formas de coordinación *bajo* y *para* una Constitución, una forma productiva de aproximarse al tema de este trabajo es considerar que se trata de modelos institucionales complementarios que conforman un “régimen regulativo constitucional”, que responde a algunos problemas que se generan, precisamente, como efecto de la interrelación entre las condiciones de posibilidad del constitucionalismo, de la democracia y del capitalismo (Scott, 2004). En esta línea de ideas, sostendré que se trata del “régimen regulativo” de una forma de orden social específica: los órdenes de acceso abierto (North, Wallis y Weingast, 2009). Y que este régimen regulativo compone un entramado normativo que es, a su vez, más complejo que el constitucionalismo, que la democracia y que el capitalismo, considerados independientemente. De manera más específica, concluiré que bajo un orden constitucional operativo, este régimen regulativo adopta una visión interdependiente de tales arreglos normativo-institucionales, opera como factor de gobernanza capaz salvaguardar eficazmente los órdenes sociales de acceso abierto frente, al menos, a tres riesgos de disolución de las “razones” para las democracias constitucionales provenientes de la dinámica del capitalismo, a saber: 1) refuerzan la impersonalidad (universalidad de acceso a bienes) frente a la acumulación de derechos de propiedad; 2) incrementan la *potentia* de los gobiernos frente a

las asimetrías de la información distribuida en la sociedad, y 3) protegen los procesos de competencia formal frente a estrategias elitistas o de privilegio.

I. EL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO, ENTRE LAS RAZONES *PARA* LA CONSTITUCIÓN Y LAS RAZONES *DE* LA CONSTITUCIÓN

Como es bien sabido, y como ya apuntaba en el capítulo anterior, todo orden constitucional es consecuencia de una decisión o, quizá, mejor dicho, de una serie de decisiones, que puede descomponerse en cuatro aspectos o decisiones más específicas:

- a) Someter el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico, definiendo como criterio último de validez jurídica, autoridad, el sistema de fuentes establecido en la Constitución.
- b) Establecer como criterio último de legitimidad del ordenamiento jurídico el principio de la mayoría.
- c) Formular un catálogo de derechos fundamentales, oponible a las distintas instancias de ejercicio del poder público en los casos a) y b).
- d) Establecer los arreglos institucionales necesarios y suficientes para hacer vinculantes las decisiones anteriores.

Puede decirse que éstas son, en síntesis, las condiciones del “juego” del constitucionalismo.⁷⁵ Ahora bien, la decisión de organizar el poder público en términos de estas decisiones puede sustentarse en razones morales —dependientes, por ejemplo, de valores últimos como la autonomía individual o la dignidad humana— o en razones prudenciales —dependientes, por ejemplo, de intereses compartidos por la población en general, como la seguridad o la maximización del bienestar social—. Pero, en todo caso, no serían ni razones constitucionales ni razones democráticas, sino razones para el constitucionalismo o, en su caso, para la democracia constitucional. Es decir, razones externas a los órdenes constitucionales.

En este sentido, es importante distinguir entre las motivaciones *para* y las consecuencias *de* la decisión de “jugar” el juego del constitucionalismo.

⁷⁵ Desde luego, la conformación de esta estructura institucional es mucho más compleja de lo que refiere esta síntesis. La posibilidad de variación en la arquitectura constitucional y la posibilidad de tensiones entre los componentes conceptuales y normativos del sistema son muy amplias, por lo que no es de extrañar que sean y hayan sido, durante varios siglos ya, una de las principales ocupaciones del derecho público y de la filosofía política. Véase Loughlin (2010).

En particular, en este contexto es importante señalar el distinto carácter que pueden tener las razones *para* y las razones *de* una Constitución. Mientras que el constitucionalismo —y, por otra parte, la democracia y el capitalismo— es una fórmula para alcanzar ciertos fines valiosos —es decir, ciertas formas de orden social—, una Constitución es un arreglo normativo-institucional que, en todo caso, será útil para alcanzar los fines del constitucionalismo —y, desde luego, de la democracia y del capitalismo—. Dicho en otros términos, aunque idealmente los diseños constitucionales deben responder a la estrategia del constitucionalismo, se trata de una relación contingente: una Constitución puede ser inadecuada para alcanzar los objetivos del constitucionalismo.

Lo que, en todo caso, parece necesario es que, en tanto medio para un fin, si una Constitución —es decir, el conjunto de arreglos institucionales que comprende— ha de tener alguna justificación, ésta depende de la medida en la que sea un instrumento idóneo para alcanzar fines valiosos presupuestos en la estrategia del constitucionalismo. Es decir, el “valor” de las constituciones tiene, en todo caso, un carácter instrumental dependiente, precisamente, de la medida en que éstas sean idóneas para alcanzar los fines de los involucrados en el constitucionalismo como estrategia de ventaja mutua (Dahl y Lindblom, 2000). Se trataría, por decirlo de otro modo, de una relación instrumental en dos niveles: el del constitucionalismo como instrumento para generar un orden social específico, y el de las constituciones como instrumentos del constitucionalismo.

Así, la idea de que la justificación de toda decisión de organizar el poder público *qua* orden constitucional depende de la posibilidad de apreciar las “ventajas” de este régimen político-jurídico no debe confundirse con las consecuencias que, en términos justificativos, se desprenden de la existencia de una Constitución respecto de la justificación de las acciones de los agentes relevantes una vez que la Constitución “está ahí”. En este sentido, para que la decisión constituyente resulte una decisión racional, en los términos de una relación instrumental (medios-fines), es necesario “suponer” o, al menos, no considerar implausible la disposición de los agentes relevantes a actuar conforme lo establecido en la Constitución positiva. En consecuencia, para que un régimen de gobierno pueda calificarse “constitucional”, primero, tiene que haberse tomado una decisión “institutiva” o “constituyente” respecto de la organización del poder social —es decir, la estructuración del poder público en la forma un Estado de derecho— y, segundo, tiene que suponerse la disposición de los agentes relevantes —en particular, los poderes “constituidos” por tal Constitución— de actuar conforme a la Constitución positiva

—esto es, la decisión regulativa de actuar conforme al conjunto de reglas y principios que lo caracterizan (véase MacCormick)—.

Desde luego, para cualquiera familiarizado con la teoría constitucional resultará evidente que me estoy aproximando al problema de la justificación última de la autoridad de la Constitución. Es decir, al recalcitrante problema de dónde reside la autoridad de poder constituyente originario —y, por tanto, de la Constitución originaria—, una vez que se tiene en cuenta que ésta no puede sustentarse en ninguna norma positiva. Probablemente, la respuesta a este problema más familiar en la doctrina constitucional contemporánea es la formulada por Hans Kelsen quien, como es sabido, proponía atacar el problema de la obligatoriedad de la Constitución originaria —y, de ahí, la del ordenamiento jurídico en su conjunto— mediante el recurso a un presupuesto lógico-trascendental: la *grundnorm* o norma fundante básica. Así, para Kelsen, dado el presupuesto de pureza de la ciencia jurídica —es decir, una teoría jurídica no puede incluir enunciados fácticos—causales ni trascendentales-morales—, la obligatoriedad de la Constitución debe ser presupuesta, de modo que la reconstrucción teórica de un ordenamiento jurídico debe plantearse *como si* el acto de constituyente fuera un acto válido de creación normativa.

Sin embargo, un aspecto central de la teoría kelseniana de la obligatoriedad de la Constitución al que no suele prestársele la atención suficiente, y que es fundamental para mi argumento, es que la presuposición de una norma fundamental básica sólo tiene sentido *una vez* que se cuenta con una Constitución eficaz. Es decir, la presuposición de una *grundnorm* como una categoría necesaria para explicar o reconstruir un ordenamiento jurídico en términos de su validez, sólo resulta significativa una vez que se constata que el ordenamiento jurídico en cuestión *existe*.⁷⁶ Neil MacCormick ha expresado estas ideas de la siguiente manera:

Dado un orden constitucional que es generalmente eficaz (*by-and-large efficacious*), tiene sentido tratar a la Constitución como si tuviera que ser respetada. Esto es, tiene sentido actuar sobre la base de que la coerción del Estado sólo

⁷⁶ Recordemos las palabras de Kelsen a propósito de esta cuestión: “De acuerdo con la norma fundante básica de un orden jurídico estatal, es el gobierno efectivo, que impone fundándose en una Constitución eficaz, normas generales e individuales, el gobierno legítimo del Estado... La norma fundante básica se refiere solamente a una Constitución que de hecho ha sido establecida por un acto legislativo o por la costumbre, y que tiene eficacia. Una Constitución es eficaz cuando las normas establecidas conforme a ella son aplicadas y acatadas en términos generales... El principio que así se aplicara se denomina principio de efectividad. *El principio de legitimidad está limitado por el principio de efectividad*” (Kelsen, 1986, p. 219. Énfasis añadido).

debe ser ejercitada de acuerdo con las provisiones establecidas por el constituyente originario, y que toda otra forma de coerción debe ser tratada como jurídicamente inaceptable. Así, desde la perspectiva del teórico, toda Constitución está respaldada por una “norma básica” o *grundnorm*, en todos aquellos Estados en los que existe un orden normativo efectivo basado en una Constitución... *la existencia de una Constitución no es cuestión, primariamente, de la adopción, mediante el procedimiento que sea, de un documento formal que pretenda distribuir los poderes de gobierno en la forma antes discutida. Es, de nuevo, una cuestión de funcionalidad, que tiene que ver con la respuesta de los actores políticos a lo largo del tiempo a las normas formuladas en la Constitución. Estas pueden ser o no ser tomadas en serio como normas para el gobierno de la conducta.* En grados variables, pero al menos en la mayoría de las situaciones relevantes, la conducta de los actores debe ser orientada por las normas, y entendida en referencia a las propias normas respecto de las que se actúa. *Sólo aquellas que son tomadas en serio en este sentido existen como una Constitución operativa (working constitution)* (MacCormick, 2007, p. 45).

Así pues, además del acto de establecer “las reglas del juego” al que me refería antes, la disposición estable de los agentes relevantes a “jugar” el juego en términos de las reglas —es decir, la disposición de jugar tal juego, y no otro— es una condición necesaria de eficacia sistémica de un orden constitucional o, si se prefiere, para que el orden social —y, en particular, el ejercicio de la autoridad— tenga lugar en los términos de la Constitución. Dicho en otras palabras, para que *exista* un Estado de derecho o para que se verifique lo que Kelsen denominaba el principio de efectividad —en este caso, de efectividad constitucional—.

Por lo tanto, desde esta perspectiva del constitucionalismo, una decisión constituyente que no tuviera en cuenta sus efectos en las decisiones de los actores relevantes o que, incluso, fuera conscientemente incompatible o contraria al sentido previsible de éstas, podría considerarse propiamente como un “sin sentido”, siendo merecedora con justicia de epítetos como “pragmáticamente contradictoria”, “voluntarista”, “fetichista” o, incluso, “simulada”.⁷⁷

Ante esta sombría posibilidad, una teoría del constitucionalismo tiene que complementar sus criterios conceptuales y sus estándares normativos con una *explicación* convincente de la eficacia de la Constitución.

⁷⁷ La oportunidad de estos calificativos dependerá no sólo de su adecuación con el discurso, sino de una apreciación precisa del contexto. Desde luego, media una importante distancia entre el contexto de un caso hipotético de decisión constitucional incapaz de apreciar el eventual conflicto entre los valores contenidos en los derechos fundamentales, que Alexy (1993) califica de “contradicción pragmática” —aludiendo al conocido ejemplo de “el gato está en el tapete, pero yo no lo creo”— y el contexto de una decisión constitucional en la que se modifican las condiciones de la lucha electoral.

Existen diversas aproximaciones que permitirían formular distintas explicaciones del constitucionalismo como generador de ciertos tipos de orden social: de raíz conflictualista (Marx), de valores compartidos (Durkheim) y de intercambio (Hume).⁷⁸ Sin embargo, como ha señalado Russell Hardin, parece que cuando se tratan las complejas relaciones dentro de una sociedad pluralista y el diseño de los arreglos constitucionales, sólo la última posibilidad (el intercambio), que entiende el orden social como una cuestión de “ventaja mutua”, resulta plausible. Esto es así porque esta aproximación reconoce el papel central de la coordinación tanto en la “explicación” como en la “justificación” de la eficacia constitucional.

En lo que se refiere específicamente a nuestro tema, el carácter deficitario de las teorías conflictualistas y de valores compartidos frente a las teorías del intercambio, de ventaja mutua o de corte bienestarista (*welfarist*), reside en su incapacidad de presentar una teoría funcional convincente. Este déficit es, en mi opinión, una consecuencia de no reconocer la importancia del tipo orden social generado por los agentes relevantes como consecuencia de acciones en las que, actuando por sus intereses particulares, sirven al interés colectivo una vez que una Constitución operativa “está ahí”.⁷⁹ Esto es, la estrategia de la ventaja mutua nos permite dar cuenta, a la luz de una misma concepción de la acción social, de las razones *para* la Constitución y de las razones *de* la Constitución. Tomando esto en cuenta, en las próximas páginas adoptaré una perspectiva de la “operatividad constitucional” desde la cual “jugar” el juego del constitucionalismo no sólo supone la condición elemental de que la coordinación entre los agentes relevantes tiene lugar en términos de sus propios intereses *para* el juego del constitucionalismo, sino un contexto en el que, a la luz de las decisiones a las que me he referido antes, resulte plausible explicar la conducta de los agentes relevantes *dentro o a partir* del marco de elección establecido por una Constitución como estrategias de ventaja mutua.⁸⁰

⁷⁸ Y, en general, el liberalismo en su conjunto.

⁷⁹ Creo que, si bien en otra clave semántica, la noción de “orden social” puede llamarse, sin cambios significativos en el sentido: “gobernanza” (Hardin, 1999, en particular capítulos 1 y 3). En una línea de inspiración humanista, la crítica de Hardin se dirige, fundamentalmente, a la imposibilidad del contractualismo para articular un argumento convincente para explicar por qué algunas constituciones formales llegan a ser operativas y otras no. Sin embargo, pienso, esta crítica puede extenderse a otras concepciones del constitucionalismo como las que asocian la normatividad constitucional con el valor moral de los derechos fundamentales o en las capacidades deliberativas de la democracia.

⁸⁰ Como es bien sabido, ésta es la estrategia de dos pasos —primero justificar una base normativo-institucional y, luego, evaluar la justicia de las acciones a la luz de ésta— que formula John Rawls en su trabajo seminal “Two Concepts of Rules” (Rawls, 1955) y que desa-

Ahora bien, lo anterior supone que para considerar que una Constitución es operativa —es decir, que tiene, de verdad, un carácter normativo bajo el principio de efectividad— no es necesario que los agentes relevantes actúen motivados, al menos, no exclusivamente, por un deber de sometimiento o de fidelidad a la Constitución —ni, por cierto, sobre la base de un improbable consenso respecto de valores que ésta recoge—, sino “guiados” por los propios efectos de coordinación producida por las decisiones individuales e institucionales de “jugar” el juego del constitucionalismo a la luz de la Constitución positiva⁸¹ (MacCormick, 2007, en particular, capítulo 3).

Así pues, la perspectiva funcional de constitucionalismo y el concepto de Constitución operativa desde los que pretendo analizar las relaciones entre los modelos institucionales del Estado de derecho y del Estado regulador, por un lado, adhieren a la *justificación* de MacCormick del Estado constitucional moderno como orden normativo institucional y, por otro, agregan como

rolla en *A Theory of Justice* (Rawls, 1971) y que Hardin denomina “utilitarismo institucional” (Hardin, 2007, p. 47). Esta forma moderna, no metafísica, de construir las *condiciones* de la justicia está en la raíz de la tradición jurídico-política liberal, pues, como es bien sabido, ya el siglo XVII Hobbes señalaba en el *Leviatán* que, sin la existencia “artificial” del derecho-Estado, no hay “tuyo” ni “mío”, no hay justicia.

Quizá no esté de más señalar cuán atractiva resulta esta estrategia constructivista frente a posiciones fuertemente metafísicas de la idea de justicia que, con cierta facilidad, pueden desembocar en una combinación de dogmatismo y el intuicionismo. Por razones epistémicas, las teorías de Hobbes, Hume y Rawls son incompatibles con la idea de derechos naturales prepolíticos como los supuestos por Grocio y Locke, y que recogen la idea tomista de que la justicia —la voluntad constante y perpetuo de dar a cada uno lo que es suyo (*suum*)—: simplemente, no parece posible saber en qué consiste tal *suum*. Como es sabido, a pesar de su esfuerzo por darle un carácter fáctico mediante su asociación al trabajo, la preeminencia de la teoría de la propiedad sobre la teoría política y moral de Locke impidió que la estrategia contractualista de este autor se desembarazara de este bagaje metafísico. Por medio de su influencia en las ideologías revolucionarias del siglo XVII —en particular, en el caso de la Constitución de Estados Unidos (Bailyn, 1992)— esta deficiencia llevó consigo que la teoría de los derechos naturales como políticamente preexistentes —que, por otro lado, con la colaboración contrafáctica de Rousseau y trascendental de Kant ha servido como fundamento al contemporáneo discurso de los derechos humanos— siga siendo, en mi opinión, un sustrato muy endeble de la fundamentación de la legitimidad de los órdenes constitucionales.

⁸¹ Como se recordará, esto es a lo que, en otros términos, se refería Kelsen cuando hablaba de la eficacia generalizada de una Constitución como condición de “existencia” de la misma. Quizá no esté de más aclarar que no se trata propiamente de que no exista una Constitución, sino de que la Constitución “formal”, definida en términos de los criterios conceptuales y los estándares normativos del constitucionalismo democrático, no es la Constitución relevante en esa sociedad; no es la Constitución operativa. De modo que, si sobre la base de las características del orden normativo institucional que conocemos como “orden constitucional”, la explicación de la conducta de los agentes relevantes no resultara “creíble”, “explicable” o “justificable” en términos de los propios, plausibles, intereses de los agentes relevantes no podríamos decir que realmente exista una Constitución en sentido relevante.

explicación de la operatividad de la Constitución el principio sociológico de obligación propuesto por Hardin, en la que, como apuntaba más arriba, la coordinación constitucional tiene lugar como consecuencia no intencional de las acciones interesadas.

A partir de aquí, la idea de normatividad constitucional —sobre la que, como veremos más adelante, en mi opinión, debe configurarse tanto la idea de *potestas* gubernamental como la idea de sometimiento a la autoridad por parte de los ciudadanos— debe ser entendida en la línea de Hobbes: es decir, en términos de una obligación racional, no moral. Esto es, en un contexto en que decir que “estoy obligado” equivale a decir que “estoy obligado por mis propios intereses”.

En este punto resulta útil resaltar el contraste de esta idea de obligación con la conocida posición de H. L. A. Hart respecto de la diferencia entre *verse obligado* y *estar obligado*. Como es sabido, para este autor, en el primer caso, decir que alguien *se vio obligado* a hacer algo supone que actuó sustantivamente en contra de sus intereses, mientras que, en el segundo caso, decir que alguien *está obligado* a hacer algo supone que, para tal persona, no hacerlo sería contrario al mandato de una norma (Hart, 1983, pp. 82 y ss.). A propósito de esta distinción, Hardin nos recuerda que

...la teoría de Hobbes versa sobre la idea de verse obligado a obedecer o incluso a apoyar a un gobierno, y no sobre la idea de estar obligado a obedecer. Su teoría del gobierno es una teoría sobre la operatividad (*workability*). Hay razones normativas para querer contar con un gobierno —todos estaríamos mejor con un gobierno estable— pero el gobierno opera obligándonos, no mediante la obligación moral de obediencia⁸² (Hardin, 1999, p. 20).

En síntesis, lo que, en última instancia, vengo a sostener es que la disposición generalizada de los agentes relevantes para “jugar” el juego del constitucionalismo no es sólo una condición de la eficacia de la Constitución —y, por tanto, como he señalado de su “existencia-validez”—, sino que, con independencia de cuáles sean las posibles interpretaciones de la conductas de los agentes relevantes en términos de la normatividad constitucional, una teoría operativa del constitucionalismo considera que una Constitución *es* aquel conjunto de pautas de conducta que generan una coordinación efecti-

⁸² Como expone el propio Hardin, aun compartiendo los presupuestos naturalistas —mirar a los seres humanos como el tipo de criaturas que son—, la “ventaja” de la aproximación de Hume frente a Hobbes consiste en su alcance. Hume formula una teoría integral de la moral, la política y el orden social, sobre un mismo principio de explicación social e individual: que todos los seres humanos tiene el “mismo deseo de felicidad” (Hardin, 2007, p. 4). *Cfr.* Hume (1990).

va de los agentes relevantes en términos de sus propios intereses. De aquí la clara vinculación entre las ideas de constitucionalismo y gobernanza.

II. ORDEN CONSTITUCIONAL Y GOBERNANZA

Cuando traducimos la decisión o, como señalaba, la serie de decisiones de establecer las condiciones del constitucionalismo en términos de la ingeniería constitucional, encontramos que este orden normativo institucional puede ser representado como el efecto de la operación de una “maquinaria” compuesta de ciertas piezas “ensambladas”, o potencialmente “ensamblables” en un número más o menos limitado de diseños institucionales, cuya combinación resulta en un catálogo de modelos institucionales nada despreciable en su extensión. Sin embargo, para simplificar, en este contexto podemos destacar sólo tres arreglos institucionales que, por decirlo de algún modo, configuran el núcleo de cualquier fórmula de gobierno constitucional: el establecimiento de “organizaciones” con funciones especializadas (legislación, administración y jurisdicción), la división de poderes para realizar tales funciones (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial) y el establecimiento de procedimientos reglados para el ejercicio de los poderes conferidos por la propia Constitución (procedimiento legislativo, procedimiento administrativo y procedimiento judicial). Con objeto de simplificar aún más el argumento, podemos sintetizar los elementos anteriores en la noción de *potestas* o poder jurídico para actuar, diciendo, en consecuencia, que en tanto ordenamiento jurídico la primera característica fundamental de un Estado de derecho consiste en que el ejercicio del poder público debe realizarse dentro del sistema de competencias establecido por la Constitución.⁸³

⁸³ Naturalmente, la descripción que aquí hago de los elementos del Estado de derecho y, en particular, del constitucionalismo, es muy esquemático, y tiene por objeto exclusivamente destacar los elementos conceptuales y formales que me permiten explicar qué entiendo por “límites legítimos”. Un análisis más profundo debe llevarnos a tener en cuenta no sólo los elementos formales de la noción, sino concepciones sustantivas que diferencien entre los distintos contenidos de los catálogos de derechos fundamentales y, lo que es aún más importante, los distintos grados de realización de tales expectativas. Al respecto, véase Tamanaha (2004).

Ahora bien, a lo que no hay que dejar de atender es que, para que esta fórmula “básica” adquiera las características de un “régimen de gobierno constitucional” es preciso agregar el corolario vinculante del sistema, del que depende la legitimidad del mismo en términos de su operatividad *qua* régimen de gobierno: la conformación de mecanismos o garantías institucionales que aseguren —directamente, *mediante* la conformación de los poderes legislativo y ejecutivo, o indirectamente, *mediante* los procedimientos de control— la impregnación en el conjunto de este *orden normativo-institucional* del valor que justifica la estrategia del constitucionalismo: el bienestar de los individuos.

Dicho en otros términos, en contraste con la representación del “orden” constitucional que generan conjuntamente los *principios* normativos de constitucionalidad configurados sobre la base de fórmulas o esquemas de distribución de poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), de los modelos canónicos de regimentación gobierno (unitario o descentralizado) y del régimen de derechos fundamentales (libertades —civiles, políticas—, inmunidades, derechos de prestación, etcétera), los *estándares* funcionales del constitucionalismo reflejan el grado en que se verifican dos tipos de *hechos o estados de cosas* de los que depende, a su vez, el grado de operatividad de la Constitución —y, como veíamos, en última instancia, las razones para el constitucionalismo: la subordinación del gobierno a la Constitución y la implementación (*enforcement*) de las acciones de gobierno, por medio de los poderes públicos—.

Ahora bien, como es fácil de observar, en este orden de ideas la relación entre el Estado constitucional y las funciones de gobierno no parece depender sólo —ni siquiera primariamente— de la adopción de una Constitución; ni tan siquiera de un conjunto de formas constitucionales, sino que se compone de dos variables fácticas de “efectividad”: por un lado, la propensión generada por la Constitución de que los agentes relevantes, el ejercicio del poder público se lleve a cabo dentro del sistema potestades establecido por la misma Constitución —es decir, el grado en el que la Constitución *de hecho* afecta los intereses de los agentes relevantes— y, por un lado, la probabilidad de un gobierno efectivo —esto es, el grado o capacidad de los poderes públicos para afectar los intereses de los gobernados—. Vistas así las cosas, en el sentido que ya señalaba en el capítulo anterior, 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 —dadas las circunstancias o condiciones fácticas: escasez, suerte, etcétera— sus objetivos de acción colectiva *qua* orden constitucional.⁸⁴

⁸⁴ Con independencia de las diversas distinciones pertinentes, en tanto tipos de normas, entre principios —por ejemplo, normas de gran importancia que responden a valores sustantivos— y estándares —por ejemplo, normas de carácter técnico adaptables a las circunstancias—, lo que me interesa enfatizar aquí es que mientras que los principios se dirigen a regular directamente las acciones institucionales sobre la base de su carácter deóntico (prohibido, obligatorio, permitido), los estándares tienen una relación indirecta con la regulación de la conducta: sus condiciones de aplicación incluyen la necesidad de verificar si ciertos estados de cosas tienen lugar. Luego corresponderá a los agentes relevantes, en virtud de cualesquiera razones puedan asistirles —o, como lo formularía la teoría social, mediante el mecanismo relevante—, adaptar o no sus cursos de acción a los estados de cosas existentes. No paso por alto que, respecto de la explicación del cambio institucional y social, hay una prioridad de los eventos (conductas) respecto de los hechos (estados de cosas) (Elster, 1989). Pero mi punto es que precisamente el criterio último para establecer la legitimidad un determinado orden normativo es la verificación de un determinado tipo de orden social (hecho). Es decir, que si bien en términos explicativos se da la prioridad evento-hecho, en términos justificativos la

1. *Constitucionalismo y formas de poder jurídico-gubernamental*

Al comienzo del inciso anterior me refería al primer factor, la subordinación del gobierno a la Constitución, como una consecuencia de la decisión de “jugar” el juego del constitucionalismo. Pero, como he señalado, lo que me interesa subrayar en este trabajo no es en qué consiste tal decisión, sino las razones por las cuales conviene tomarla, y más particularmente cómo, al depender su razonabilidad de sus consecuencias previsibles, las razones para el constitucionalismo no son autónomas de las razones de la Constitución. Esto es, como veíamos, las razones para el constitucionalismo se presentan en dos “momentos”. En una primera instancia, dependen del tipo de gobierno que esta decisión produce: un gobierno efectivo. Y, en última instancia, el tipo de orden social que genera el gobierno efectivo: un orden social de acceso abierto. Estas razones dependen, en definitiva, de las formas de crear y gestionar el poder colectivo (Loughlin, 2010, pp. 326 y ss. y Oakeshott, 1983, pp. 119 y ss.). En este inciso me ocuparé de las primeras razones y en el próximo de las segundas.

En su vasto libro, *Foundations of Public Law*, Martin Loughlin (2010) retrotrae el análisis de las formas de poder jurídico-administrativo hasta el reconocimiento de dos modos categóricamente distintos de asociación trazados por Michael Oakeshott, pero que se conectan cercanamente con la lógica del constitucionalismo como estrategia de ventaja mutua que veíamos antes. El primer modo de asociación consiste en una relación actual y limitada entre contendientes reales, en la que buscan un resultado sustantivo. ganar. El otro modo de asociación consiste en una relación ideal que puede ser invocada en un contexto particular, pero que existe con independencia de éste; y que puede ser entendido expresa y exclusivamente en términos del reconocimiento de normas —siendo este último aquél que nos permite plantear una noción coherente de Estado de derecho—. Paralelamente, en su caracterización del Estado moderno, Oakeshott utiliza dos ideas derivadas del derecho romano para dar cuenta de estos modos de asociación: la idea de *societas*, como el producto de un acuerdo en torno a la autoridad de ciertos arreglos y normas, y la idea de *universitas*,

dirección es inversa: los estados de cosas producidos (hechos) justifican las acciones (eventos). Como comentario al margen, diría que desde las ciencias sociales el argumento que he venido formulando se podría concretar, además de en la idea anterior, en sostener que el mecanismo de explicación (la operatividad constitucional) de los eventos (gobierno efectivo) es, fundamentalmente, la coordinación, y no la existencia de normas sociales (prohibiciones, obligaciones o permisos) respaldadas con sanciones formales o informales. En una paráfrasis inversa, la idea que quiero enfatizar es que, desde esta perspectiva, el núcleo del constitucionalismo *is not (only) a Matter of Principle... it is (also, and mainly) a Matter of Organization*.

no en el sentido de una sociedad (*partnership*), sino de una asociación corporativa dirigida a alcanzar una serie de fines comunes. En la primera, la tarea de gobernar consiste centralmente en vigilar los términos de la asociación, mientras que, en la segunda, el gobierno se transforma en una tarea de gestión de la empresa común (Loughlin, 2003, pp. 16 y ss. y Oakeshott, 1975, pp. 185 y ss.).

Tanto Loughlin como Oakeshott ven a la *societas* y la *universitas* como dos formas de asociación que se autosustentan y que, en sus interacciones contingentes en el Estado moderno —ellos utilizan la noción de Estado europeo, pero creo que sus ideas pueden extenderse a las distintas formas de estatalidad constitucional—, dan lugar a dos modos distintos, en continua tensión, de entender la legitimación del poder gubernamental: la *potestas* como la autoridad generada por la vinculación del poder público al orden jurídico y la *potentia* como la autoridad generada por la vinculación del poder público a un conjunto de propósitos comunes. De aquí que Loughlin concluya que

Si lo público es concebido como un tipo de razón política que tiene la función de mantener el poder en la esfera pública, entonces es necesario también reconocer la existencia de dos tipos de poder: la *potestas*, que consiste en el poder justificado para mandar, y la *potentia*, que es una fuente de poder que emana de la capacidad real del gobierno para controlar la disposición de las cosas (Loughlin, 2010, p. 407. Énfasis añadido).

Por razones de espacio no puedo extenderme en la serie de interesantes puntos que genera la proyección de la distinción entre las anteriores formas de poder estatal en la teoría constitucional (Loughlin, 2010, pp. 157 y ss.). Sin embargo, utilizaré estas distinciones en las próximas páginas limitándome fundamentalmente a apuntar algunas relaciones entre éstas y las posibilidades de satisfacción de los estándares constitucionales de un gobierno efectivo —recordemos, un gobierno en que la presuposición de la coordinación de la Constitución da razones para la coordinación para la Constitución—. En todo caso, supongo que no se habrá pasado por alto la analogía entre las formas de poder y sus tensiones y el detonante de mi argumento: las tensiones y los reforzamientos recíprocos entre los modelos institucionales de Estado de derecho y del Estado regulador como factores de la gobernanza contemporánea.

2. Constitución y potestas: el poder del Estado de derecho

Desde luego, uno de los temas más complejos de la teoría constitucional —y, en general, de la teoría del derecho— es la relación entre forma y sus-

tancia (Summers, 1993, 2001 y 2010). Sus implicaciones no se limitan a la frecuentemente referida relación entre la forma constitucional —o legal— y la legitimidad del acto de autoridad, sino que se extienden al ámbito de la facticidad: la forma jurídica se relaciona, en definitiva, con el poder o capacidad del gobierno de controlar a los gobernados. Y aquí, de nuevo, la relación no se limita a la más evidente: la forma no sólo limita el poder despótico, sino que incrementa o, incluso, crea el poder estatal.⁸⁵ En particular, en este contexto quiero limitarme a un efecto de la forma constitucional en la eficacia del gobierno: la organización del poder gubernamental.

La relación entre las constituciones como esquemas de organización del poder social y, consecuentemente, como factores de eficacia del gobierno pasa por un tercer elemento crítico en la modernidad: la “estatalidad”. Por supuesto, hay distintas perspectivas fructíferas para aproximarse a la *potestas* en relación con el Estado como condición histórica de las funciones del gobierno moderno, pero, para los efectos del argumento que he venido perfilando, resulta oportuno adoptar una perspectiva asociada a una teoría “operativa” del Estado (*a working theory*) que, como señala Harold Laski, “debe ser concebida en términos administrativos”. En este orden de ideas, para esta teoría operativa del Estado, “la voluntad [estatal] es la decisión a la que llega un pequeño número de personas a la que se le confiere el poder legal para tomar decisiones. Cómo se organiza el poder es más una cuestión de forma que de substancia” (Laski, 1931, p. 53).

Ahora bien, como es sabido, la “forma” de administrar la *potestas* en el Estado constitucional se caracteriza por dos rasgos organizacionales: el postulado de la universalidad respecto del ámbito del orden jurídico y el postulado del monopolio del uso legítimo de la fuerza por parte del Estado. Es decir, en principio, no existe ninguna esfera de vida social que permanezca al margen del régimen constitucional, de modo que el derecho homogeniza las formas

⁸⁵ Éste es probablemente el tema central en los inicios de la teoría constitucional, que ocupó a Bodin y, desde luego, a Hobbes, pero que más tarde, cuando la filosofía política se escindió de la teoría social para asociarse de manera más clara con la filosofía moral subyacente al discurso de los derechos, quedó enclaustrada, en términos generales, en la esfera de la teoría social. Consecuentemente, en lo referente a la teoría constitucional la relación entre forma y poder quedó como un apéndice temático, un tanto alejado del núcleo de la reflexión constitucional que ha girado en torno a los presupuestos normativistas que han dominado la teoría jurídica desde finales del siglo XVIII. Desde luego, como veremos con un poco de mayor detalle más adelante, la presencia de Foucault en el escenario de la teoría jurídica constituye una excepción en la tendencia, pero creo que se puede afirmar en todo caso que no se trata de una aproximación canónica al constitucionalismo. Para una aproximación histórico-sociológica, amplia y compleja, pero muy pertinente en este contexto, véase Mann (1986, 1993).

de vida y las pretensiones de bienes válidas —si bien, es cierto, que esta regulación se lleva a cabo en un nivel abstracto, no necesariamente respecto de los aspectos particulares de la acción— y, por otro, la organización estatal reclama para sí la supremacía legítima para regular la vida social, frente a otras formas corporativas de organización del poder (la familia, la empresa, los sindicatos, etcétera). El proceso histórico mediante el cual se conformaron estos rasgos organizacionales del Estado moderno no es lineal, ni desde luego homogéneo (Tilly, 1975), pero como veremos, parece haber una correlación clara entre el grado en el que las organizaciones estatales han logrado consolidar su capacidad de tomar decisiones colectivas en las estructuras constitucionales “formales” (*potestas*) y la capacidades de estas organizaciones para realizar objetivos relacionados con el bienestar de los gobernados.

Desde luego, la relación entre las propiedades de los órdenes jurídico-políticos, las constituciones y el bienestar de los individuos puede verse desde distintas perspectivas. En la literatura especializada pueden sintetizarse, *grosso modo*, tres grandes aproximaciones.⁸⁶

La primera aproximación puede denominarse “liberal” por su raíz ideológica —la cual, por otro lado, como es bien sabido, coincide con las raíces históricas e intelectuales del constitucionalismo moderno—, aunque por aplicación del modelo neoclásico y, fundamentalmente, por su insistencia en la evaluación microeconómica de los efectos de las normas e instituciones jurídicas en el desarrollo económico, en las últimas décadas ha venido a reconocerse bajo el conocido como “movimiento” del derecho y economía. En este orden de ideas, el origen de esta perspectiva puede reconocerse en algunos de los autores clásicos del pensamiento social como Hobbes, Locke, Smith y Weber.⁸⁷ Así, por ejemplo, mientras Hobbes reconocía que los sujetos no entrarían en relaciones estables de intercambio sin la confianza en el poder coercitivo del Estado para hacer eficaces los contratos (Hobbes, 1996), en esta misma línea de ideas, como es bien sabido, Locke sostenía que una función primordial de la comunidad política es la conservación de la propiedad de sus miembros, dentro de la cual, como es bien sabido, recogía el derecho a la vida, a la seguridad y a los bienes materiales (Locke, [1690] 1991, IX), en tanto que Smith recalca la importancia de “una tolerable administración de justicia” como condición para llevar a la comunidad “al mayor nivel de opulencia” (Smith, 1978). Por su parte, desde una perspectiva sociocultural,

⁸⁶ La literatura especializada en este tema es sumamente extensa, pero a un lector interesado en una primera aproximación puede sugerirse, por ejemplo, Hirschman (1997).

⁸⁷ Quizá no esté de más recordar que no es hasta la segunda mitad del siglo XIX que puede hablarse de una separación teórico-doctrinal entre el constitucionalismo, la filosofía y la economía políticas.

Weber (1984) consideraba el ascenso del capitalismo estaba íntimamente relacionado con la consolidación de las modernas formas “racionales” de ejercicio del poder político: el Estado de derecho.

Posteriormente, dentro de los estudios de derecho y economía y, en particular, dentro del área del neo-institucionalismo económico, se han desarrollado distintos programas de investigación especializados en el tema, entre los que cabe destacar los dirigidos a mostrar cómo los costes de transacción contenidos en la negociación y la ejecución de los acuerdos constituyen importantes barreras al crecimiento económico (Williamson, 1985) y aquellos que sobre la base de la constatación de una progresiva reducción de la incertidumbre en los intercambios, desde una perspectiva histórica intentan encontrar correlaciones entre el desarrollo económico y la evolución de instituciones jurídicas (North, 1981, 1990).

Paralelamente, en otra vertiente de esta aproximación institucional-cultural, los estudios que se agrupan en el rótulo “derecho y desarrollo” se han centrado fundamentalmente en explicar las distintas “disfunciones” del aparato jurídico en las economías no desarrolladas o en vías de desarrollo. Una primera generación de estudios trató de explicar la deficiente aportación de los sistemas jurídicos al desarrollo económico como una deficiencia en la adopción de los modelos institucionales de las democracias constitucionales occidentales: división de poderes, control de constitucionalidad, regímenes de propiedad, sistemas contractuales, etcétera. Sin embargo, este tipo de estudios mostró, en su conjunto, una escasa capacidad heurística, cuyas limitaciones pudieron constatarse a la luz de un estudio más detallado de las catastróficas consecuencias de los “trasplantes” jurídicos animosamente impulsados tras los procesos de descolonización de las décadas de los cincuenta y sesenta del siglo XX. Así, en un efecto pendular, en las décadas siguientes se desarrolló una segunda agenda de investigación alternativa dentro de este género de estudios, centrada en la consideración de las condiciones “ambientales” —culturales, políticas, históricas— que hace viable la propuesta de reformas “estructurales” en la organización económica de los países en desarrollo.

Una tercera ola de estudios sobre derecho y desarrollo vinculadas con el surgimiento del Estado regulador o el “capitalismo regulativo” (Jordana y Levi-Faur, 2004 y Levi-Faur y Jordana, 2005) ha venido desenvolviéndose en los últimos años como consecuencia de las políticas generalizadas de privatización, desregulación y re-regulación que han recorrido el planeta y que en la década de los noventa del siglo pasado, si bien de manera un tanto apresurada, se identificaron mediante el conocido eslogan del Consenso de Washington (Braithwaite, 2008). En todo caso, como ha señalado Ogus:

Las reformas jurídicas han ocupado un lugar prominente en la agenda política por dos razones. Primero, porque de manera consistente con el análisis de las políticas públicas en las economías desarrolladas, la falta de crecimiento se ha identificado con la idea de “fallo del Estado”, por lo que se consideraba que la regeneración del sector privado requería nuevas definiciones jurídicas y procesos de delimitación de papel del Estado en la economía. Segundo, porque las voces más influyentes cada vez estaban más convencidas de que una “buena gobernanza” era una variable crucial para explicar las diferencias en los índices de crecimiento económico (Ogus, 2002, p. 5).

Una tercera aproximación es la de los estudios empíricos y comparados. En una primera época estos estudios se centraron en la comparación entre los sistemas económicos capitalistas y socialistas, pero más adelante, tras el proceso de homogenización de la última década del siglo pasado, este tipo de análisis se ha concentrado en los efectos de las transiciones políticas en el desempeño de la economía. Aunque los resultados de este tipo de estudios distan de ser homogéneos, se pueden constatar ciertas tendencias en la relación entre la adopción de cierto tipo de estructuras jurídicas formales, la capacidad de los gobiernos y el desempeño económico. En este sentido, algunos análisis constatan, por ejemplo, que una mayor protección de los derechos de propiedad y un mayor control de la discrecionalidad de los poderes públicos conduce a un mejor desempeño de la economía y, en este mismo orden de ideas, por medio de sus efectos en la reducción de costos, algunos estudios han cotejado la relevancia de la calidad de los procesos judiciales en el crecimiento de la economía.

Sería apresurado hacer un balance de esta tercera generación estudios sobre derecho, gobernanza y desarrollo, sobre todo en lo relativo a los efectos de sus recomendaciones de política pública. Sin embargo, pese a que, en principio, quepa reconocerles, por un lado, el mérito de un mayor pluralismo y flexibilidad que la perspectiva de derecho y economía neoclásica y, por otro, un mayor esfuerzo de sistematicidad que los estudios provenientes de la corriente de derecho y desarrollo, dado el carácter transversal y gerencial de este tipo de análisis, según mi opinión, es posible adelantar ya la percepción de una relativa superficialidad en lo referente a la importancia del constitucionalismo necesario para un gobierno eficaz.

En todo caso, con independencia de la aproximación a la idea de “Estado constitucional” que se adopte, de esta esquemática presentación puede desprenderse que en la doctrina dominante existe un acuerdo básico en que la existencia de ciertas formas jurídicas generalmente conceptualizadas como *potestas* es un factor relevante para la generación de bienestar. Es decir, la literatura especializada en las funciones del orden constitucional respecto de un

adecuado desempeño de la economía converge sustancialmente en considerar que las condiciones normativo-institucionales para un gobierno sujeto al derecho operan como variables significativas del bienestar. En otras palabras, existe una convergencia sustancial en relación con el papel de los arreglos constitucionales como factor de crecimiento de la economía consistente, fundamentalmente, en la realización de las siguientes “buenas prácticas”, que pueden resumirse en los siguientes puntos: a) la existencia de reglas públicas y fácilmente accesibles; b) que tales reglas sean razonablemente ciertas, claras y estables —es decir, que excluyan decisiones irrestrictamente discrecionales—; c) la presencia de mecanismos que aseguren la aplicación de tales reglas sin discriminación entre los sujetos; d) la existencia de decisiones vinculantes provenientes una judicatura independiente y mediante procesos judiciales expeditos; e) la previsibilidad de sanciones judiciales efectivas; f) el cumplimiento y la responsabilidad de los poderes públicos frente a las normas relevantes, etcétera (Ogus, 2002).

3. *Constitución y potencia: el poder del gobierno constitucional*

Como adelantaba, además de las condiciones de *potestas* del poder gubernamental que establece el Estado de derecho como respuesta a la forma de asociación *societas*, existe también una demanda de poder gubernamental como *potentia* vinculada fundamentalmente a la *universitas* como forma de asociación, y que, como se recordará, tiene que ver con la capacidad del gobierno para llevar a cabo nuestros propósitos comunitarios, y no sólo individuales.

En su análisis sociohistórico de las formas de poder, Michael Mann (1986, 1993) se aproxima a este tipo de capacidad gubernamental por medio de la idea de “poder infraestructural” —o poder mediante—, en contraste con el “poder despótico” —o poder sobre la distinción— se refiere a las distintas formas de relación entre gobernantes y gobernados respecto de, en el primer caso, la capacidad de la organización gubernamental de penetrar en las relaciones sociales y, en el segundo, la posibilidad de ejercer un poder coercitivo, sin contrapesos institucionales (Loughlin, 2010). Como quizá cabe esperar, un rasgo distintivo de las sociedades desarrolladas es su mayor expansión relativa del poder infraestructural de sus regímenes de gobierno o de gobernanza.

Aunque la cuestión de cómo se genera y se ejerce la *potentia* gubernamental es un tema extenso y rico en imbricaciones teóricas y metodológicas, en esta ocasión quiero limitarme a dos breves comentarios respecto de su

asociación con dos factores históricos de los que, sin duda, ha dependido la capacidad de los gobiernos de penetrar en los tejidos sociales y en las vidas individuales.

El primer factor tiene que ver con el proceso de expansión y consolidación de la “disciplina” como forma transversal de control de la vida privada y social que, según Philip Gorski, corresponde a una fuente autógena de poder que deriva del Estado *qua* institución, en contraste con las fuentes exógenas que derivan de su ambiente social. Así, mientras que las claves de las fuentes exógenas son el tamaño y la calidad de su administración y de su personal —de tal modo que, en principio, esperaríamos que una administración burocrática y no corrupta será, por ejemplo, más eficiente que una administración patrimonialista y corrupta—, las claves de las fuentes exógenas del poder estatal son el tamaño y la calidad de su población y territorio, de tal modo que esperaríamos que, en principio, que un Estado cuyo territorio es grande y poblado desarrollaría más poder que otros sin tales condiciones. Para Mann, la disciplina tiene tanto efectos directos como efectos indirectos respecto de la relación entre gobierno y sociedad. Por un lado, sus efectos directos hacen que, en principio, burocracias profesionales, honestas y dedicadas sean más eficientes en los procesos de control de la población. Por otro lado, la disciplina tiene efectos indirectos en una población que convive regularmente con un gobierno con tales características ya que, en principio, los individuos disciplinados estarán más dispuestos a colaborar con los objetivos comunitarios. Dicho brevemente, “...la disciplina incrementa el poder estatal en la medida en la que incrementa los niveles de eficiencia administrativa en su conjunto y el orden social, porque una sociedad más ordenada es más barata de gobernar y una administración más eficiente es más barata de gestionar” (Gorski, 2003, p. 36).

Así, como señala Loughlin:

El concepto de poder infraestructural de Mann constituye una reformulación de la dinámica identificada por primera vez por Bodino cuando formuló la máxima de que “menos supone más”. La constitucionalización del poder (despótico) incrementa la suma total del poder del Estado. Más aún, cuando examinamos más cuidadosamente las fuentes del poder infraestructural que Mann identifica, vemos que coinciden con precisión con los tipos de poder que Spinoza llama *potentia*. La aproximación de Mann es cercanamente paralela al argumento de Oakeshott de que los modernos gobiernos europeos “al haber adquirido una amplia parte... de la capacidad para controlar personas y bienes, han extendido en mucho su *potentia*”. El poder de *potentia*, argumenta Oakeshott, surge porque los gobiernos modernos “tienen a su disposición un aparato de investigación, archivos, registros, actas, dosieres, índices, pasaportes,

documentos de identidad, licencias, etc.”, “disfrutan de fronteras establecidas” y vigiladas, “tienen servicios civiles y de policía extensos y organizados”, tienen “técnicas eficientes para recolectar ingresos”, tienen “control sobre la emisión de moneda”, y otras cosas semejantes (Loughlin, 2010, p. 166).

Así pues, como vemos un elemento central en la generación de *potentia* gubernamental, muy relacionado con la anterior, tiene que ver con la relevancia de la información y el conocimiento como insumo de lo que Foucault llamaría “la racionalidad del gobierno”, ejemplificada en el uso de ciertas “técnicas de poder” o de “poder/conocimiento” diseñadas para “observar, monitorear, perfilar y controlar la conducta de individuos situados dentro de un rango de instituciones sociales y económicas como la escuela, la fábrica o la prisión” (Gordon, 1991, p. 3). Foucault sintetiza este tipo de relación entre la sociedad y el Estado mediante la mencionada noción de “gobermentalidad” para referirse a:

1) El ensamblaje de instituciones, procedimientos, análisis y reflexiones y tácticas que permiten esta forma específica y compleja de poder, que tiene por objeto la población, su principal forma de conocimiento la economía política, y su medio técnico esencial los aparatos de seguridad. 2) A la tendencia que, a lo largo de un extenso periodo y en todos los países occidentales, ha llevado a la preeminencia de esta forma de poder, que puede ser llamado gobierno, sobre otras formas (soberanía, disciplina, etc.), resultando, por un lado, en la formación de una serie de aparatos gubernamentales específicos y, en la otra, al desarrollo de un complejo de saberes (*savoirs*). 3) Los procesos, o más bien los resultados de los procesos, mediante los cuales la implementación de la justicia en la Edad Media, se transformó en un Estado administrativo en los siglos XV y XVI, “gobermentalizándose” gradualmente (Foucault, 1991, p. 102).

Para el argumento que quiero desplegar en este capítulo, de la noción de “gobermentalidad” derivan dos elementos que resultan útiles para apreciar las tensiones y, sobre todo, los reforzamientos recíprocos entre el Estado de derecho y el Estado regulador como elementos del régimen regulativo de los órdenes sociales de acceso abierto que veremos en el próximo inciso: la función “policial” (*police*) o el surgimiento del “poder policial” del gobierno⁸⁸ y

⁸⁸ La noción de “poder policial” del gobierno se estableció en relación con el tipo de conocimiento, desarrollado fundamentalmente en Prusia después de la Guerra de los Treinta Años, conocido como *Polizeiwissenschaft* o ciencia de la policía. Sin embargo, el contenido de esta disciplina quizá quede mejor representado por el término en inglés: “*Science of Policy*”, ya que la idea de “*policy*”, aunque la incluye, tiene una connotación más amplia que la vigilancia y protección policial relacionada con la seguridad física y patrimonial de los individuos. Como señala Gordon: “El estado policía es también llamado «estado de prosperidad». La idea de prosperidad u opulencia es el principio que identifica a los ciudadanos con el Esta-

el carácter técnico de los *conocimientos* asociados con el ejercicio de este tipo de poder gubernamental.

III. LOS MODELOS INSTITUCIONALES DEL ESTADO DE DERECHO Y DEL ESTADO REGULADOR COMO ELEMENTOS DEL RÉGIMEN REGULATIVO DE LOS ÓRDENES SOCIALES DE ACCESO ABIERTO (*OPEN ACCESS SOCIAL ORDERS*)

Los autores del libro *Violence and Social Orders. A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History* (North *et al.*, 2009, p. 1) ubican el objeto de su ambicioso trabajo en los siguientes términos:

La tarea de las ciencias sociales es explicar las características del desempeño de las sociedades a lo largo del tiempo, incluido el gran diferencial en bienestar humano y riqueza entre los países ricos y pobres, así como las contrastantes formas de organización política, creencias y estructuras sociales que producen tales diferencias en el desempeño... Dos revoluciones sociales generaron cambios profundos en la forma en la que se organizan las sociedades. El objetivo central de este libro es articular la lógica subyacente a los dos nuevos patrones de organización que llamamos *órdenes sociales*, y explicar cómo las sociedades llevan a cabo la transición de uno a otro.

Para poder entender por qué los rasgos emergentes de las sociedades modernas desarrolladas, como, por ejemplo, desarrollo económico y democracia, están íntimamente vinculados a la segunda revolución, nos interesamos en las fuerzas básicas que subyacen a los patrones de orden social. *Los órdenes sociales se caracterizan por la forma en las que las sociedades moldean las instituciones que soportan formas específicas de organización humana, por la forma en la que las sociedades limitan o facilitan el acceso a esas organizaciones y por los incentivos que crea el patrón de organización...*

En toda la historia de la humanidad sólo han existido tres tipos de orden social. El primero era el orden recolector (*foraging*): pequeños grupos sociales característicos de las sociedades primitivas cuya subsistencia dependía de la caza y la recolección. Nuestro interés se centra en los otros dos órdenes que emergieron en los últimos diez mil años. Los órdenes *limitados* o *de estado natural* emergieron de la primera revolución social. Las relaciones personales, quién es uno y a quién conoce, forma la base de esta organización social y constituye la arena de las interrelaciones individuales, particularmente entre

do. La teoría de la policía comparte con la economía política mercantilista el esfuerzo por incrementar al máximo el contenido de las arcas del Estado. Pero enfatiza que la verdadera base de la riqueza del Estado reside en su población, en la fuerza y productividad de cada ciudadano" (1991, p. 10).

individuos poderosos. Los estados naturales limitan la posibilidad de los individuos de formar organizaciones. En los *órdenes de acceso abierto*, que emergieron de la segunda revolución, las relaciones personales siguen importando, pero *las categorías individuales impersonales, con frecuencia denominadas ciudadanos, interactúan en un amplio abanico de conductas sociales, con independencia del conocimiento de la identidad personal. En las sociedades de acceso abierto, la identidad, que los estados naturales es inherentemente personal, viene a ser definida como un conjunto de atributos impersonales.* La posibilidad de formar organizaciones que soporta una sociedad más amplia queda abierta a cualquiera que cumpla con un conjunto de criterios impersonales mínimos. Ambas sociedades tienen organizaciones públicas y privadas, pero los estados naturales limitan el acceso, mientras que las de acceso abierto no.

La transición de los estados naturales a los órdenes de acceso abierto es la segunda revolución, el surgimiento de la modernidad (énfasis añadido).

La justificación de tan extensa cita reside en que, como señalaba en la introducción, en esta tercera parte del trabajo sostendré, primero, que la integración de los arreglos institucionales del Estado de derecho y del Estado regulador dentro de una Constitución operativa forma un régimen regulativo en el que se incrementa la *potentia* gubernamental, sin sacrificar la *potestas* constitucional. En segundo lugar, sostendré que tal “régimen regulativo” es fundamental dentro de los patrones de organización de los órdenes sociales de acceso abierto o, dicho en otros términos, de las sociedades desarrolladas. Me parece que la justificación de esta afirmación da una respuesta a la hipótesis planteada al principio acerca de las relaciones “positivas” que explican por qué, a pesar de las tensiones que preocupan a la dogmática constitucional, en los países desarrollados se presenta conjuntamente una mayor operación del Estado de derecho y del Estado regulador.

Y lo que desde mi punto de vista es quizá más importante: la integración de estos modelos institucionales (Estado de derecho y Estado regulador) dentro del régimen regulativo de los órdenes sociales de acceso abierto, apunta a una explicación de por qué, paralelamente a las deficiencias técnicas en la implementación de los modelos, en algunos países en los que se han llevado a cabo las “reformas estructurales” conducentes a la implementación del Estado de derecho y del Estado regulador —como México y Argentina— no parecen consolidarse las condiciones de un desarrollo sostenible a largo plazo, mientras que en otros —como Brasil y Chile—, con independencia de los muchos y complejos obstáculos pasados y por venir, los indicadores parecen más favorables.

Una explicación o, más bien, una *parte* de una explicación, que no puedo desarrollar más ampliamente en este contexto pero que, en mi opinión queda esbozada en este trabajo es que, como consecuencia de no contar con constituciones operativas —afirmación que sostengo de manera enfática en

el caso de México—, las reformas “estructurales” que en estos y otros países se han implementado en las últimas décadas no han supuesto cambios significativos en los patrones de organización social. Dicho en otros términos, las llamadas “reformas estructurales” no han sido tales, ya que no han constituido factores de gobernanza *operativos* para el paso de estos países, desde los patrones de organización de los órdenes sociales de acceso limitado, a los patrones de organización de los órdenes sociales de acceso abierto.

1. *Los órdenes sociales de acceso abierto*

Un aspecto central del estudio de North *et al.* al tema de este trabajo tiene que ver con la forma en la que estos autores se aproximan al problema de la organización social. En este orden de ideas, estos autores se proponen dar cuenta del desarrollo de las formas institucionales que sustentan complejas y sofisticadas formas contractuales tanto fuera como dentro del Estado. Estas formas institucionales permiten que los miembros de una organización contractual lleguen a acuerdos respecto de los pre-compromisos fundamentales, sin que necesariamente en todo momento el contenido de estos arreglos sea compatible con sus incentivos particulares (North *et al.*, 2009).⁸⁹ De aquí, sostienen, que las organizaciones de acceso abierto persigan sus fines mediante

⁸⁹ Su aproximación distingue, pues, dos formas de organización: la organización por adhesión (*adherent organization*) y la organización contractual. Así, mientras que las primeras se caracterizan porque la organización no depende de un tercero que respalde los acuerdos internos y la cooperación entre sus miembros debe ser compatible, en todo momento, con los incentivos de los miembros, las segundas, en contraste, utilizan tanto el respaldo de terceros como la cooperación compatible con los incentivos de los miembros. Quizá algún lector encuentre incompatible esta aproximación a las organizaciones estatales y, en particular, a la función de las constituciones con el planteamiento que hice en el primer inciso del constitucionalismo como estrategia de ventaja mutua. Sin embargo, creo que en una mirada más pausada puede apreciarse que no hay tensión entre estas dos aproximaciones. De nuevo, la distinción entre las razones *para* la Constitución y las razones *de la* Constitución es útil. Como he señalado, la perspectiva de la ventaja mutua como explicación del orden social, en general, y de los órdenes constitucionales, en particular, depende de que los agentes relevantes satisfagan sus intereses tanto mediante la coordinación *para* la Constitución como de la coordinación *de la* Constitución (Constitución operativa). Ahora bien, creo que esto no es en ningún sentido incompatible con afirmar, siguiendo a Hobbes, que las constituciones, operativas o no, de hecho, funcionan obligando a los sujetos sometidos a ésta. En este sentido, los precompromisos son rasgos conceptuales de las constituciones —lo que hace que un acuerdo sea, o no, “constitucional”— cuya vinculatoriedad no puede depender, precisamente, de la normatividad constitucional; de aquí que el recurso a la estrategia de la ventaja mutua sea, por un lado, una explicación —creo que la única plausible— de por qué se adoptan constituciones y, por otro, una justificación de por qué son vinculantes los arreglos constitucionales; es decir, la obligación pragmática de estar obligado por mis propios intereses.

instituciones y, en particular, mediante la utilización de reglas formales. Pero lo que es más importante en este contexto, “las instituciones formales sólo pueden controlar la violencia en presencia de organizaciones capaces de imponer las reglas de manera impersonal” (North *et al.*, 2009, p. 16). Cuanto mayor es la sociedad, mayor es el conjunto de agentes que deben organizarse para estas funciones. A partir de aquí, según estos autores, en las ciencias sociales la explicación de cómo se organiza esta “violencia institucionalizada”⁹⁰ ha seguido fundamentalmente dos líneas: por una parte, la mayoría de los científicos sociales, con el destacado ejemplo de Weber, consideran que el Estado —como organización que monopoliza el uso legítimo de la fuerza-violencia— puede ser tratado como un actor individual o una organización de organizaciones. Esto permite amalgamar la identidad del Estado en un único agente y explicar, en términos relativamente simples, cómo se relaciona el Estado con la sociedad, analizando los incentivos y las restricciones, tratando al Estado como “la autoridad”. Por otra parte, otros científicos sociales —entre los que destacan los economistas— han teorizado la organización estatal mediante modelos de “monarcas maximizadores de la riqueza” (*revenue*), como “bandidos estacionarios”, o como “agentes representantes”.

Ahora bien, como señalan los autores, “al pasar por alto que, en realidad, todos los Estados son organizaciones,”⁹¹ estas aproximaciones pierden de vista *cómo la relación interna entre las elites dentro de una coalición dominante afecta la forma en la que el Estado interactúa dentro de la sociedad en su conjunto*” (North *et al.*, 2009, p. 17. Énfasis añadido).

Así pues, en contraste con los órdenes de acceso limitado (estados naturales) que realizan las funciones organizacionales mediante una coalición cuyos miembros poseen ciertos privilegios, los órdenes sociales de acceso abierto los muestran en una relación —*virtuous linking*, en términos de los autores— entre la capacidad de las organizaciones gubernamentales para realizar sus objetivos y el carácter abierto de las mismas. Para estos autores, los sistemas

⁹⁰ Como indica el título de su libro, estos autores centran su estudio en las formas en la que los órdenes sociales controlan la violencia social mediante la organización estatal. Sin embargo, como he apuntado en la introducción, las tesis fundamentales de este estudio pueden ampliarse a las formas en las que las organizaciones realizan el conjunto de objetivos relacionados con el bienestar de los individuos —entre los cuales, desde luego, destaca el control de la violencia como condición general del bienestar—. He tratado este tema en Larrañaga (2010). Es, obviamente, bajo este supuesto que me aproximo aquí a esta teoría y, por ello, a la luz del argumento que vengo desarrollando aquí, en adelante ampliaré el alcance de la relación entre los órdenes de acceso abierto y el control de la violencia en la relación entre este tipo de organizaciones y el bienestar de los individuos.

⁹¹ “Las organizaciones consisten en grupos específicos de individuos que persiguen una mezcla de fines individuales y colectivos mediante una conducta parcialmente coordinada” (North *et al.*, 2009, p. 15).

de acceso abierto operan mediante un doble balance o equilibrio que se refuerza los propios sistemas. Este equilibrio complejo tiene lugar básicamente mediante tres componentes, sistémicamente relacionados, en los que se une la acción social y su entorno institucional. La relación de estos elementos con el nexo entre los modelos institucionales del Estado de derecho y el Estado regulador en una Constitución operativa son, en mi opinión, manifiestos; por ello se justifica de nuevo una larga cita:

Primero, los ciudadanos de un orden abierto comparten un sistema de creencias en las que se enfatiza la igualdad, el compartir y la inclusión universal. Para sostener estas creencias, todos los órdenes de acceso abierto tienen instituciones y políticas que distribuyen las ganancias y reducen los riesgos de la participación en el mercado, incluyendo acceso universal a la educación, un amplio rango de programas de seguridad social, una amplia dotación de infraestructura y bienes públicos...

Segundo, los partidos políticos buscan el control en elecciones competidas. Del éxito de los partidos políticos en vigilar a quienes detentan el poder depende de la apertura del acceso a una economía competitiva en la sociedad civil, tanto mediante la provisión de una densa red de instituciones que representan un amplio rango de intereses como mediante la movilización de grupos ampliamente difuminados, ante los eventuales esfuerzos de los grupos de interés por solidificar sus posiciones a través de la captura de rentas, de la limitación de acceso o la coerción.

Tercero, un amplio rango de instituciones y de sistemas de incentivos imponen costos a los partidos en el poder que intenten consolidar sus posiciones mediante la búsqueda sistemática de rentas y la limitación del acceso: la imposición sistemática de rentas conduce al debilitamiento de la economía y a la reducción en los ingresos tributarios...

Una propiedad importante de los órdenes de acceso abierto es la aparente independencia de los sistemas económico y político. En los órdenes de acceso abierto, las organizaciones económicas no tienen que participar en política para mantener sus derechos, para conseguir que se cumplan los contratos o para protegerse de la expropiación; su derecho a existir y a competir depende del mantenimiento de privilegios...

Un rasgo integral del orden de acceso abierto es el crecimiento del gobierno... El extenso espacio de lo compartido en los órdenes abiertos... supone un gobierno amplio. Los bienes públicos relacionados con la educación o la infraestructura conllevan amplios programas, en la misma medida en que son requeridos para proveer de seguridad social, incluyendo el desempleo, la vejez, la pérdida de habilidades o la enfermedad. En consecuencia, en los órdenes abiertos, los gobiernos son más grandes que en los órdenes naturales, y sus acciones y políticas son más complementarias a los mercados (North *et al.*, 2009, p. 111).

Así pues, con independencia de las variaciones históricas y culturales, los órdenes de acceso abierto que se han consolidado en los últimos dos siglos comparten ciertas características organizacionales:

- 1) Un amplio conjunto de creencias compartidas por la población respecto de la inclusión y la equidad de todos los ciudadanos.
- 2) La sociedad civil se compone de un amplio espectro de organizaciones independientes del Estado.
- 3) Se trata de órdenes, típicamente y en su mayor parte, impersonales en su integración y en la definición de quiénes reciben los beneficios de la organización.
- 4) Dada su impersonalidad en la distribución de bienes públicos, en los órdenes de acceso abierto difícilmente se puede manipular los intereses de los individuos relevantes (North *et al.*, 2009, pp. 113 y ss.).

Como he señalado, uno de los propósitos de este trabajo es mostrar que, en las condiciones de gobierno de sociedades contemporáneas —es decir, una sociedad cuya base normativa, insisto, se compone del constitucionalismo, la democracia y el capitalismo—, la operatividad de una Constitución depende del ensamblaje de los rasgos institucionales del Estado de derecho y del Estado regulador. Para ello, como he adelantado, estos elementos componen lo que puede denominarse un “régimen regulativo constitucional”; por ello, antes de finalizar el trabajo apuntando algunas de las funciones de este régimen en los órdenes de acceso abierto, me detendré brevemente a explicar sus elementos.

2. *Elementos del régimen regulativo-constitucional de los órdenes sociales de acceso abierto*

Siguiendo la propuesta de Hugh Collins de aplicar los “lentes de la regulación” a las doctrinas jurídicas (Collins, 2004), Colin Scott (2004) propone una visión del constitucionalismo *desde* la idea muy general de regulación formulada por Julia Black como “la actividad intencional que persigue controlar, ordenar, o influenciar la conducta de otros” (Black, 2002, p. 19).⁹² Atender esta sugerencia en relación no sólo con la noción de gobernanza, sino con los rasgos normativo-institucionales de los órdenes de acceso abierto,

⁹² He analizado algunos de los problemas que este tipo de definiciones amplias de la noción de regulación presentan para la teoría jurídica en Larrañaga (2009), por lo que ahora no me detendré en el tema.

nos coloca, en mi opinión, ante los componentes de los regímenes regulativos constitucionales de los órdenes sociales de acceso abierto. Estos componentes, no parece difícil vislumbrar, están relacionados con factores institucionales asociados con el Estado de derecho y con el Estado regulador.

La literatura acerca de los regímenes regulativos como herramientas heurísticas es amplia. Desde luego, mi propósito aquí no es profundizar en ella, sino simplemente utilizarla como herramienta de exposición de las propiedades de los órdenes de acceso abierto *vis à vis* los arreglos constitucionales. Por ello, para mis objetivos limitados creo que, aunque formulada en otro contexto, la idea de régimen regulativo constitucional queda bien representada por caracterización de los regímenes regulativos como sistemas de control por Hood *et al.* (2001):

Utilizamos el término “régimen” para denotar una geografía institucional compleja, reglas, prácticas e ideas inspiradoras que se asocian con la regulación de un riesgo o peligro en particular. La geografía institucional puede variar en ciertos elementos, como la escala —jurisdicciones internacionales, nacionales o locales—, la integración —agencias únicas que manejan todos los aspectos o sistemas amplios y fragmentados de sistemas que se superponen para el control de aspectos específicos del riesgo en cuestión— y la especialización —desde agencias especializadas en riesgos o peligros específicos hasta agencias multipropósito—. Tres elementos de la aproximación a través de la idea de régimen merecen una breve presentación.

Primero, vemos los regímenes de regulación de riesgos como sistemas. Los vemos como conjuntos de elementos que interactúan o, el menos, que se relacionan y no como un fenómeno abarcado por una “única célula”.

Segundo, vemos la regulación como regímenes integrados por entidades que, al menos hasta cierto punto, tienen continuidad en el tiempo. Desde luego, los sistemas regulatorios rara vez, si es que alguna vez, son completamente estáticos. Los regímenes regulatorios tienen sus momentos de clímax, así como ajustes incrementales y tendencias constantes...

Tercero, al igual que cualquier aproximación sistémica a una organización, los regímenes son sistemas limitados que pueden especificarse en distintos niveles y en distintas profundidades (Hood *et al.*, 2001, p. 9. Énfasis añadido).

En este sentido, vistos como sistemas de control, los regímenes regulativos contienen tres componentes fundamentales: a) alguna forma para obtener y gestionar información; b) procedimientos para establecer estándares, objetivos o metas, y c) instrumentos para modificar la conducta en el sentido requerido por los estándares o metas (Hood *et al.*, pp. 20 y ss.). Como han señalado estos autores, los regímenes regulativos pueden compararse fructíferamente a la luz de estos elementos. Naturalmente, pienso, éste es el caso

de los modelos institucionales del Estado de derecho y del Estado regulador, como componentes técnicamente especializados de los regímenes regulativos de los órdenes sociales de acceso abierto.

Un análisis pormenorizado de las formas institucionales específicas mediante las cuales el Estado de derecho y el Estado regulador realizan sus funciones como sistemas de control excede el alcance de este trabajo. Sin embargo, para mostrar no sólo los contrastes —que, como señalaba al principio, han ocupado a la dogmática constitucional desde hace tiempo—, sino mostrar su complementariedad desde una perspectiva del constitucionalismo operativo, vale la pena quizá presentar unos ejemplos básicos:

- a) *Obtención y gestión de información.* En relación con este primer elemento de los sistemas de control, quizá el rasgo más contrastante entre el Estado de derecho y el Estado regulador consista en el grado en el que, en el primero, la regulación de la acción pública de acceso y gestión de información respecto de los gobernados se enfoca fundamentalmente en el control de la *potestas* —por ejemplo, mediante procedimientos pautados de control *ex ante* y la garantía judicial de inmunidades de los ciudadanos frente a la acción gubernamental—, mientras que, en el segundo, el eje de la legitimidad pública se desplaza hacia la *potentia* gubernamental —por ejemplo, mediante la integración de funciones de acceso, gestión y protección de información en órganos ejecutivos, con controles *ex post*, en una primera instancia, de carácter administrativo y sólo en casos extraordinarios de carácter jurisdiccional o político. En un plano práctico, este contraste puede apreciarse no sólo en las fórmulas para el acceso y manejo de la información financiera de los individuos y las corporaciones en acciones públicas relacionadas con el control del crimen organizado (narcotráfico, terrorismo, entre otros), sino también en la forma de operar de los órganos de regulación de la competencia económica respecto de información que revela indicios de prácticas anticompetitivas —estrategias comerciales, comunicaciones corporativas, vínculos personales e institucionales con terceros, etcétera—.
- b) *Establecimiento de estándares, objetivos y metas.* En cuanto a este segundo elemento de los sistemas de control, quizá el contraste que más sobresale se refiere, por una parte, al carácter binario de la calificación de las conductas dentro del sistema de control en modelo de Estado de derecho: prohibido/permitido; competencia/incompetencia; tener un derecho/no tener un derecho, y, por otra, al carácter gradual de la conformación de las guías de conducta: razonable/irrazo-

nable; deseable/indeseable; peligroso/seguro. En el plano práctico, esta conformación graduable y contextual de los sistemas de control permite abordar problemas sociales que se presentan dentro de actividades que, en su conjunto, se consideran socialmente valiosas, pero que suponen riesgos de generar resultados negativos o, incluso, catastróficos. Asimismo, proyectadas estas categorías no ya sobre la conducta de los gobernados, sino sobre las expectativas de acción colectiva, el carácter permeable de los estándares, mediante los cuales se imputan exigencias de acción pública, permiten flexibilizar la rígida asignación de competencias constitucionales mediante un sistema en el que prevalece la incumbencia respecto de los fines sociales. En este sentido, por ejemplo, la conformación de estándares, objetivos y metas dentro del modelo del Estado regulador permite que, aunque no se configure una competencia (*potestas*) clara y, en la mayoría de los casos, excluyente —como, por ejemplo, en los sistemas federales—, las instituciones involucradas en un problema social se vean involucradas en la solución del problema, en la medida en la que, con independencia de sus potestades formales, pueden cooperar para su solución. Éste es el caso, por ejemplo, de la provisión de distintos bienes públicos, como la protección ambiental.

- c) *Instrumentos para la modificación de conducta.* Por último, respecto del tercer elemento de los sistemas de control quizá el rasgo más contrastante consista en la utilización, prácticamente exclusiva, por parte del Estado de derecho de las normas jurídicas, por lo general, respaldadas por una sanción negativa como instrumentos de modificación de la conducta, mientras que el modelo de Estado regulador abre el abanico de instrumentos de control a otras herramientas, como la información, la autorregulación, el despliegue de la riqueza pública, etcétera. En el plano práctico, el ensamblaje de estas dos técnicas ha mostrado una sensible potenciación de las capacidades de los gobiernos para modificar intereses adversos bien coordinados y, particularmente, para impulsar dinámicas sociales complejas. Así, por ejemplo, la efectividad de esta combinación de fórmulas de acción pública puede verse en las políticas regulativas de lucha contra la segregación racial o la discriminación sexual o en las políticas de control del consumo del tabaco o alcohol.

En síntesis, la integración de los rasgos normativo-institucionales del Estado de derecho y del Estado regulador en el régimen regulativo de los órdenes sociales de acceso abierto es, al parecer, una condición para la operatividad de los gobiernos constitucionales en las complejas sociedades contemporá-

neas. Esto es así porque, entre otras cosas, este ensamblaje institucional fortalece la *potentia* gubernamental dentro del marco de la *potestas* constitucional. Esto permite que la acción pública haga frente a las asimetrías de información derivadas del cambio institucional y tecnológico, que mantenga de la impersonalidad en la demanda de bienestar (derechos) frente a la acumulación de derechos de propiedad, y que impulse la competencia (sistema abierto de acceso económico) frente a privilegios estructurales, por ejemplo, de clase, género, raza.

En el próximo capítulo, retomando la idea de régimen, veremos algunos de los aspectos organizacionales de los Estados modernos, relativos al criterio contemporáneo de operatividad como regímenes de acceso abierto en su vinculación con la vida material: los derechos económicos.