

The background of the cover is a dark, textured green. It features several horizontal lines representing clotheslines. Numerous banknotes, drawn in a simple, hand-drawn style with a dollar sign (\$) in a circle, are clipped to these lines with wooden clothespins. In the lower-left corner, there is a bucket filled with more money, including stacks of coins and a few banknotes. Some coins and banknotes are scattered on the ground around the bucket, suggesting the process of washing or cleaning money.

Revista

ISSN 2007-4700

Real

MÉXICO

Número 23

julio - diciembre 2023

El mal menor: polémicas medidas de seguridad pública y prevención del delito*

Daniel Sansó-Rubert Pascual

*Prof. titular de Derecho Constitucional
Universidad Europea (Madrid)*

RESUMEN: La percepción social del incremento de la delincuencia, sumada al sentimiento de desprotección ante el delito, suscita una fuerte aversión hacia el delincuente. Consecuentemente, la intolerancia al riesgo de las sociedades ha desatado una querencia en favor del discurso totalizante de la seguridad. Así, el mantenimiento de la seguridad debe constituir el fin del Estado y el objeto de su actividad. Las estrategias de seguridad frente al delito articuladas en base a la teorización del mal menor han cobrado renovado protagonismo en su afán de proteger los derechos, las libertades y el bienestar de los ciudadanos. Su legitimidad legal inicial se diluye cuando su articulación y desarrollo se ejecuta tratando de eludir la debida sujeción a los controles jurídico-constitucionales, amparándose en la máxima latina *salus reipublicae suprema lex*, esto es, que la seguridad del Estado debe ser la ley suprema. En nombre de la seguridad del pueblo, se asume el sacrificio de las demás leyes. Cuestión que podría interpretarse como la pretensión de excluir del ámbito de control jurídico todo lo concerniente a la seguridad. Sin duda, una temática no exenta de debate.

PALABRAS CLAVE: delito, delincuente, delincuencia, seguridad, política, mal menor, derechos.

ABSTRACT: The social perception of the increase in crime, added to the feeling of lack of protection in the face of crime, arouses a strong aversion towards the delinquent. Consequently, the risk intolerance of societies has unleashed a desire in favor of the totalizing discourse of security. Thus, the maintenance of security must constitute the purpose of the State and the object of its activity. Security strategies against crime articulated based on the theorization of the lesser evil have gained renewed prominence in their desire to protect the rights, freedoms, and well-being of citizens. Its initial legal legitimacy is diluted when its articulation and development is carried out trying to avoid the due subjection to legal-constitutional controls, relying on the Latin maxim *salus reipublicae suprema lex*, that is, that the security of the State must be the supreme law. In the name of the safety of the people, the sacrifice of the other laws is assumed. Question which could be interpreted as the claim to exclude everything related to security from the scope of legal control. Undoubtedly, a subject does not exempt from debate.

KEYWORDS: crime, delinquent, delinquency, security, politics, lesser evil, rights.

* Investigación elaborada en el marco del proyecto de investigación PID2020-117403RB-100, titulado, "Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos", concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación (España).

SUMARIO: 1. Un panorama de seguridad confuso. 2. Polémicas medidas de seguridad pública y prevención del delito. 3. La necesidad de acomodar las políticas de seguridad al marco democrático frente a las tentaciones del mal menor: un debate político en el seno de las democracias. 4. Conclusiones.

1. Un panorama de seguridad confuso

En la actualidad nos encontramos ante un mundo cambiante en el que los paradigmas y presupuestos tradicionales de la seguridad comienzan a tambalearse. La concepción *hobbesiana* de Estado, el presunto monopolio estatal de la fuerza y la configuración de las políticas y estrategias de seguridad ameritan una revisión y reestructuración¹ inaplazable para su acomodación a los desafíos presentes y, especialmente, futuros.

En concreto, en lo tocante a la criminalidad en sus distintas modalidades y fenomenologías, esta ha venido experimentando un incrementado sostenido acelerándose su proliferación en las últimas décadas, representando una amenaza para la seguridad, por cuanto puede tener capacidad para afectar a las estructuras y valores sociales, económicos o políticos y, por tanto, incidir sobre la estabilidad de los países a nivel mundial.² La violencia, la corrupción y sus manifestaciones relacionadas protagonizadas por la delincuencia inhiben el desarrollo sostenible y constituyen una flagrante violación de los derechos humanos. El deterioro de la seguridad, la prosperidad y el bienestar de los ciudadanos se plasma sensiblemente en el encogimiento de los espacios democráticos. La criminalidad, especialmente la organizada, representa la manifestación más cruda de los “poderes salvajes” de FERRAJOLI, corruptores de los principios de la vida política entendida democráticamente, socavando cualquier intento de configuración de un sistema constitucional que sea capaz de garantizar los dere-

chos básicos que sostienen la democracia como ordenamiento político de las sociedades.³ La problemática se agrava cuando en amplias zonas de sus respectivos territorios nacionales, urbanas o rurales, las autoridades no son capaces de salvaguardar los derechos de las personas.

Actualmente, casi el 80% de la población mundial vive en países con altos niveles de criminalidad.⁴ Delincuencia que, de no abordarse adecuadamente, termina arraigando en las sociedades en detrimento del mantenimiento del orden público y la paz social. Al tiempo que deslegitiman toda opción de organización y consolidación política democrática.⁵ En sintonía con esta afirmación el nivel de la relación entre criminalidad y el índice de libertad en el mundo es de carácter proporcional.⁶

Utilizando el conjunto de datos e indicadores desarrollados internacionalmente sobre delincuencia en el mundo⁷ es factible observar cómo la criminalidad está, de hecho, correlacionada con la paz y la fragilidad social e institucional. Para la seguridad, la prosperidad y el bienestar de los ciudadanos es necesario que estos estén bien protegidos frente al escenario de

³ FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid: Trotta, 2011.

⁴ *Índice global de crimen organizado*, Global Initiative Against Transnational Organized Crime, 2021, pp. 32-44.

⁵ Sansó-Rubert Pascual, Daniel, *Democracia sin democracia. El escudo constitucional contra el crimen organizado*, La Coruña: Colex, 2022.

⁶ Este índice clasifica a los países y territorios en función de sus derechos políticos y libertades civiles. En otras palabras, cuanto mayores son los derechos políticos y las libertades civiles de los ciudadanos de un país, menores son las probabilidades de que haya una presencia generalizada de actividad delictiva. *Índice global de crimen organizado*, cit., pp. 116-128.

⁷ El Índice de Paz Global (Global Peace Index) es un indicador que mide el nivel de paz y la ausencia de violencia de un país o región. Lo elaboran y publican desde el año 2007 el Institute for Economics and Peace junto a varios expertos de institutos para la paz y *think tanks* y el Centre for Peace and Conflict Studies, de la Universidad de Sydney, con datos procesados por la Unidad de Inteligencia del semanario británico The Economist; *Informe sobre las tendencias de la delincuencia a escala mundial*, Interpol, 2022, accesible en: https://www.interpol.int/es/content/download/19843/file/INTERPOL%20%20Annual%20Report%202022_SP.pdf

¹ Desde la Organización de Naciones Unidas (ONU), que califica a algunos países, especialmente de América Latina, Asia y África como países “bajo estrés” delictivo, se alerta periódicamente respecto de la entidad lesiva que representa la delincuencia y su carácter pluriofensivo, tanto para la seguridad de las personas, como para la estabilidad social, económica y política de las instituciones democráticas. A modo de ejemplo consultar: Naciones Unidas, *The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment*, 2010.

² *Índice global de crimen organizado*, Global Initiative Against Transnational Organized Crime, 2021, pp. 116-123.

“paz insegura”.⁸ A lo que habría que sumar determinados factores como la existencia de conflictos sociales, la falta de confianza en las instituciones estatales, las fronteras permeables y las desigualdades sociales y económicas, que contribuyen a crear un entorno favorable para la proliferación del delito.

Reconducir esta realidad implica combatir la anomia y la impunidad de aquellos que transgreden la norma. Reto de por sí nada desdeñable, cuya dificultad se ve incrementada por el propio estadio evolutivo en el que nos encontramos: una fase intermedia de transición entre una etapa pasada prácticamente superada, propia de la política de confrontación de bloques de la Guerra Fría,⁹ pero cuyas reminiscencias aún golpean con fuerza, y de otra futura, caracterizada por conflictos de baja intensidad, amenazas híbridas, zonas grises de seguridad y conflictividad asimétrica, que no termina de eclosionar y definirse (nuevos escenarios de incertidumbre).

En este sentido, los delincuentes juegan con la ventaja que les proporciona el marco del conflicto asimétrico y su carencia de restricciones éticas y morales, mientras que las estructuras estatales de seguridad, a priori, tienen constreñida su capacidad de maniobra siempre sujeta a los respectivos marcos legales sobre cómo articular el empleo de la fuerza y, sobre todo, cómo obtener la legitimidad para ello.¹⁰ Al menos, por el momento, de forma generalizada.

2. Polémicas medidas de seguridad pública y prevención del delito

Partimos de la idea base de que el objetivo principal de cualquier estrategia que se pretenda adoptar frente al delito y las diversas modalidades de delincuencia aspira, al menos en teoría, a minimizar las consecuencias negativas asociadas a estas fenomenologías. Poner a disposición judicial a los partícipes, desarticular los grupos, redes y mercados existentes, al tiempo de

prevenir la implantación de otros nuevos. Pretende, en suma, ser un elemento de prevención que sirva para reducir el impacto presente y futuro de la delincuencia mediante la aplicación de políticas de seguridad pública anticipativas y disuasorias. Medidas preferentemente preventivas para evitar la materialización de la transgresión y, en caso de ser violados, medidas restaurativas que subsanen lo acontecido. Todo ello, sin perder de vista que las diferencias contextuales dentro de los países y entre ellos determinan inevitablemente la forma en que el crimen surge y se sostiene y cómo se puede eliminar.

El incremento de los niveles de inseguridad¹¹ previamente descritos, aparejado a la violencia, ha contribuido a establecer un clima social de miedo y percepción de inseguridad que, sumado a condiciones sistémicas de impunidad¹² (especialmente relacionadas con la criminalidad organizada), ha desembocado en un corolario de reivindicaciones sociales de políticas reactivas para acabar con la amenaza que suscitan dudas con respecto de su aplicación y alcance.

Ante esta tesitura, los políticos responsables de la seguridad, cualquiera que sea su inclinación ideológica, se ven impelidos a adoptar a menudo soluciones amparándose en la emergencia, los estados de necesidad o de tensión o recurrir directamente a la razón de Estado para atajar la problemática. Estrategias todas que, en base a cómo se lleve a cabo su implementación, suscitan dudas con respecto a su legalidad.

La argumentación recurrente empleada por las autoridades para su justificación y amparo ante la implementación de tales estrategias no exentas de costes democráticos pone el acento en la extrema gravedad de la situación, la peligrosidad inherente de los fenómenos criminales implicados y el desafío que estos representan. Con ello, persigue legitimar, a modo de

⁸ Sansó-Rubert Pascual, Daniel, *Democracias bajo presión: estado, fuerzas armadas y crimen organizado en América Latina: ¿éxito o fracaso de la estrategia de contención militar?*, Madrid: Dykinson, 2017; Rivera Vélez, Fredy y Sansó-Rubert Pascual, Daniel, *Crimen organizado y seguridad multidimensional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

⁹ Baldwin, David A., “Security studies and the end of the Cold War”, *World Politics*, vol. 48, núm. 1, 1996, pp. 117-141.

¹⁰ Moloeznik, Pablo, “Seguridad y uso de la fuerza en el Estado contemporáneo”, *Revista del Centro de Estudios Latinoamericanos*, Universidad de Varsovia, núm. 6, 2004, pp. 29-36.

¹¹ Según los Informes de Desarrollo Humano de Naciones Unidas, la inseguridad es un reto compartido y un obstáculo para el desarrollo social y económico en todos los países. Recomienda políticas orientadas hacia la mejora de la calidad de vida de la población, con prevención del delito y la violencia por medio de un crecimiento incluyente, instituciones de seguridad y justicia eficaces, además de medidas para estimular la convivencia social, al tiempo que evidencia los problemas de la delincuencia y la violencia y ofrece importantes recomendaciones para mejorar las políticas públicas sobre seguridad ciudadana. “Seguridad Ciudadana con Rostro Humano: Diagnóstico y propuestas”, *Informe de Desarrollo Humano (IDH) 2013-2014* y siguientes del Programa de Desarrollo de la ONU (PNUD).

¹² Consultar las últimas ediciones del *Índice Global de Impunidad*, elaborado por el Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia (CESIJ), Puebla, México.

El mal menor: polémicas medidas de seguridad pública y prevención del delito

justificación, las extralimitaciones en las que puedan incurrir y la adrogación motu proprio de poderes excepcionales para su combate “de manera eficaz”, a pesar de que el recurso a su empleo arbitrario o de forma abusiva represente un serio retroceso del Estado democrático de derecho. Aun cuando el objeto último sea la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos.¹³ Con independencia de la bondad de su finalidad, representa la fragilidad del orden constitucional y la quiebra del propio Estado de derecho. Por lo tanto, debe existir un control jurídico. De lo contrario, cualquiera de estas opciones representaría, en su versión más descarnada, el triunfo del realismo político sobre el derecho.

El poder político, por inercia, como poder, trata de obtener para sí una autonomía e independencia para su actividad impensables en un Estado de derecho, cuya esencia se caracteriza por la sujeción de los poderes públicos a la respectiva Constitución y al resto del ordenamiento jurídico: el imperio de la ley propio del Estado constitucional de derecho.

Cuando los parámetros ordinarios de la seguridad y las medidas de excepción constitucionales estipuladas son insuficientes para atajar la amenaza criminal, el Estado se ve impelido a recurrir a otras estrategias de naturaleza extraordinaria. Su legitimidad radica en su naturaleza, cuyo auténtico fin es la defensa de la democracia, de las instituciones del Estado de derecho¹⁴ y del respeto por los derechos. La salvaguarda del orden existente en la sociedad y no otro.¹⁵ Consecuentemente, la emergencia no comporta el tránsito de un Estado de derecho a un Estado de poder, sino la adecuación del derecho a una situación excepcional, en el marco del modelo democrático. No debe entenderse como algo extraño al Estado de derecho, sino como un mecanismo de carácter extraordinario

que se necesita para su defensa.¹⁶ Se trataría pues, de una aplicación preferente, basada en el principio de *lex specialis*, de esta normativa extraordinaria frente a la normativa ordinaria, que rige en circunstancias normales.

Y de cómo se gestione dicha excepcionalidad, la democracia y el Estado de derecho resultarán fortalecidos o, por el contrario, se abrirán espacios de incertidumbre que el Estado deberá afrontar, no ya en el plano de la lucha contra la delincuencia, sino en la esfera de los derechos, libertades y garantías constitucionales, que imprimen el carácter constitucional a las democracias.

Cabe en este punto poner el énfasis en que toda acción que viole los compromisos fundamentales con la justicia y la dignidad —como la tortura, la detención ilegal o el asesinato selectivo— deberían ser totalmente inaceptables. Pero, si bien la dificultad no radica en definir estos límites teóricamente, la problemática reside en protegerlos en la práctica: lograr mantener a la democracia a salvo tanto de las actividades delictivas como de nuestro propio celo en su protección. No hay que perder nunca de vista el hecho de que toda persona, incluyendo a los infractores de la norma, tiene derechos y que estos no dependen de la reciprocidad o de la buena conducta.

Cuando las democracias luchan contra la delincuencia están defendiendo la máxima de que su vida política debería estar libre del delito y la violencia. Pero derrotar a los criminales puede exigir violencia y también coacción, engaño, secreto y limitación de derechos. ¿Cómo pueden las democracias recurrir a estos medios sin destruir los valores que defienden?, ¿cómo pueden recurrir al mal menor sin sucumbir al mayor?

Desde este punto de vista, se debate la limitación o suspensión de derechos como medida efectiva de lucha contra la criminalidad. Actualmente, las razones de seguridad son uno de los motivos habitualmente esgrimidos para limitar derechos, lo cual suele estar previsto en el derecho positivo. Son múltiples las normas que citan la seguridad como justificación de posibles restricciones.¹⁷ Las excepciones, *a priori*, no

¹³ Clavero, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos (CEP), 1991, p. 12.

¹⁴ Nohlen, Dieter, *La democracia. Instituciones, conceptos y contexto*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 73-74; Alzaga Villamil, Óscar, *et. al., Derecho Político español según la Constitución española de 1978*, vol. II, Madrid: CERA, 1998.

¹⁵ Revenga Sánchez, Miguel, indica que “lo que dota de sentido a las medidas excepcionales es su carácter limitado en el tiempo y su función de instrumento para la recuperación de la normalidad”, en “Garantizando la libertad y la seguridad de los ciudadanos en Europa: Nobles sueños y pesadillas en la lucha contra el terrorismo”, *Parlamento y Constitución*, núm. 20, 2006-2007, p. 61.

¹⁶ Goig Martínez, Juan Manuel, “Defensa política de la constitución. Emergencia, excepcionalidad y democracia”, *Cuestiones Jurídicas*, vol. VIII, núm. 2, 2014, pp. 11-39.

¹⁷ Sirvan como ejemplo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos los artículos 8, 10 y 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades

destruyen la norma siempre que sean temporales, estén suficiente y públicamente justificadas y sean empleadas solo en último recurso.

Partimos de la idea base de que todos los países son en mayor o menor medida, vulnerables a la actividad criminal cualesquiera de sus variantes. En consecuencia, el debate gira en torno a qué enfoque debe primar o qué estrategias deben establecerse para abordar una realidad compleja y poliédrica, caracterizada por la convergencia de escenarios de convivencia de amenazas tradicionales con otras de naturaleza híbrida,¹⁸ a lo que hay que añadir la creciente pérdida del monopolio del uso de la fuerza por parte del Estado, al tiempo que los denominados “actores armados no estatales”¹⁹ recrudecen su uso.

En este sentido se cuestiona si las medidas de lucha contra la delincuencia adoptadas por algunos Estados vulneran sistemáticamente normas y derechos fundamentales, en virtud de la máxima maquiavélica de que el fin justifica los medios, son asumibles por un Estado de derecho. El debate se centra en si hay actuaciones y medidas que sean condenables sin más.

Los que consideran que lo más importante son las consecuencias, argumentan que las medidas que as-

piran a salvar vidas y a proteger la seguridad de los ciudadanos no pueden ser malas si realmente logran hacerlo, y que son erróneas solo si no funcionan. Por el contrario, otros se posicionan en que determinadas medidas, especialmente las más expeditivas, son indefendibles, aunque funcionen: torturar a alguien para revelar un complot terrorista constituye un comportamiento reprochable, independientemente de la utilidad de la información que se extraiga.

Finalmente están los que abogan por una tercera postura a mitad de camino, que sostiene que las consecuencias de la actividad delictiva pueden revestir tal trascendencia, que podría merecer la pena soslayar e incluso transgredir derechos para obtener una información vital que permita neutralizar el peligro antes de que ocasione el daño.

La mejor manera de reducir los daños es mantener una clara distinción de aquello que puede estar justificado por la necesidad, la obligatoriedad de estar estrictamente dirigidas a un objetivo concreto, ser aplicadas restrictivamente, empleadas como último recurso y estar sometidas al escrutinio contradictorio de un sistema democrático abierto. Se trataría de una postura que daría por buena la tesis de que lo que funciona no siempre es lo que está bien, y lo que está bien no siempre funciona.

Muchas democracias han adoptado distintos instrumentos normativos que han incidido de forma abiertamente restrictiva en el ejercicio de determinados derechos fundamentales y, en no pocos casos, han supuesto una auténtica conculcación de derechos fundamentales como la libertad y seguridad personales, la tutela judicial efectiva, la intimidad, el secreto de las comunicaciones telefónicas o a través de Internet, entre las más destacables.

Han aumentado los poderes y facultades de los servicios de inteligencia y la policía, y han afectado de manera singular al estatus jurídico de los extranjeros residentes en sus territorios, quienes, en ocasiones, han visto cercenados sus derechos más fundamentales de una forma absolutamente arbitraria. En muchos de estos casos, las medidas adoptadas superan incluso a la legislación de excepción, por lo que, a la vista de los peligros que para el Estado de derecho entrañan algunas de las iniciativas instauradas por las nuevas estrategias de lucha contra el delito, cabe plantearse hasta qué punto, si el propósito de combatir la delincuencia es la defensa de las libertades y el fortaleci-

Fundamentales, donde se habla de la protección de la seguridad nacional, de la seguridad pública, de la defensa del orden y de la prevención del delito; el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que alude a las exigencias del orden público en las limitaciones establecidas por ley para el ejercicio de los derechos.

¹⁸ Sansó-Rubert Pascual, Daniel, *Terrorismo, seguridad y retraimiento democrático. El declive del Estado de derecho constitucional*, Madrid: Dykinson: 2022.

¹⁹ Bajo el rubro de “actores armados no estatales” tienen cabida figuras tan dispares entre sí como las estructuras de criminalidad organizada (piratería, bandas criminales —BACRIM—, pandillas juveniles y maras); organizaciones terroristas y movimientos de liberación nacional; insurgencias y grupos opositores rebeldes; guerrillas; paramilitares y grupos de autodefensa; señores de la guerra, jefes de clan y grupos armados locales (milicias); mercenarios e incluso contratistas privados de seguridad, además de sus reinterpretaciones híbridas como las neo insurgencias, insurgencia criminal, protoinsurgencias, narcoterrorismo, narcoguerrillas, ejércitos privados criminales o paramilitarización criminal como Los Zetas, antes de adquirir plena autonomía como organización criminal, entre los más destacados. Para una mayor profundización en el concepto y sus tipologías consultar: García Guindo, Miguel: “Movimientos insurgentes: El papel, capacidades y respuestas de los Estados”, en *Revista Política y Estrategia*, núm. 123, 2014, pp. 35-52; VV. AA., “Actores armados no estatales. Retos a la seguridad”, *Cuaderno de Estrategia* núm. 152, Instituto Español de Estudios Estratégicos-Centro Mixto Universidad de Granada-MADOC, Madrid: Ministerio de Defensa, 2011; KRAUSE, Keith y MILLIKEN, Jennifer: “Introduction: The Challenge of Non-State Armed Groups”, en *Contemporary Security Policy*, vol. 30, Issue 2, 2009.

miento de la democracia, se puede recurrir a prácticas que supongan la adopción de medidas drásticas. Entendiendo estas como un mal menor en comparación con el resultado lesivo de la actividad delictiva.

Pero su necesidad no impediría que siguiera estando mal, aunque pudiese justificarse en última instancia por la existencia de un estado de necesidad. Esta tercera postura, la del mal menor, sostiene que la necesidad puede exigir que tomemos medidas en defensa de la democracia que se aparten de sus propios compromisos con la dignidad humana. Hasta el punto de que se ha generado todo un discurso que, recurriendo a la lucha contra las expresiones más graves de delincuencia como excusa, sitúa a los Estados en situaciones donde la sobre-reacción de la respuesta implica la quiebra de la democracia en favor de planteamientos cuanto menos iliberales.

No se debe ignorar que alegar razones de seguridad para limitar la libertad en general, o ciertos derechos en particular, a veces carece de justificación y oculta motivaciones en exceso restrictivas. En todo caso, como argumenta FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cualquier iniciativa que comprenda la restricción de derechos podrá estar justificado o no en función de cómo se implemente y articule.²⁰

3. La necesidad de acomodar las políticas de seguridad al marco democrático frente a las tentaciones del mal menor: un debate político en el seno de las democracias

En un mundo tan complejo como el actual, los Estados demandan estrategias y herramientas que les ayuden a prevenir, reaccionar y a ser resilientes frente a los problemas asociados con la delincuencia, así como proporcionar a las víctimas del delito el apoyo y la asistencia que necesitan, especialmente las más sensibles, como los menores o las personas en situación de vulnerabilidad.

Actualmente, las sociedades reclaman la seguridad, la protección como si de un derecho fundamental se tratase. La seguridad ha dejado de ser una lejana garantía constitucional para convertirse en un bien o, incluso, en un derecho exigido por los ciudadanos. De ahí surge la demanda social de una nueva política de

seguridad dirigida al Estado y, quizá, de una oportunidad de una reforma constitucional del sector de la seguridad.

Siguiendo los postulados de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, hay que asumir la premisa de que la seguridad a cualquier precio se devalúa; requiere de una legislación adecuada para garantizar su eficacia y respeto a las libertades y derechos de los ciudadanos. Necesidades que llevan aparejadas como requisito indispensable una legislación funcional y suficientes mecanismos de control que delimiten el marco de actuación y las capacidades de maniobra en el ejercicio de los mecanismos destinados a la preservación y defensa del Estado, especialmente en lo tocante al uso de la fuerza pública, instrumento de especial sensibilidad constitucional. La acción del Estado generará más legitimidad en la medida en que el Estado mismo se conduzca bajo un irrestricto apego al derecho. Cualquier extralimitación, aunque pudiese acarrear éxitos en la contienda, fuera de los supuestos razonables de la razón de Estado democrática, resulta inadmisibles por contravenir el Estado constitucional de derecho mismo, que se busca consolidar.

La propia densidad del tema de los límites de los derechos provoca que haya posiciones doctrinales diversas. Las tipologías de límites que se pueden emplear son, por lo tanto, variadas y su explicación excede con mucho el propósito y orientación temática de este análisis.²¹ En todo caso, la clave de bóveda de todo este debate acerca del pretendido equilibrio entre libertad y seguridad podría encontrarse en la idea de proporcionalidad y, en consecuencia, en evitar que, derivado de la búsqueda de mecanismos de represión de la criminalidad, se acabe incurriendo en el favorecimiento de un retraimiento en términos democráticos de las opciones de disfrute de los derechos y libertades, cuyo reconocimiento e implantación tanto esfuerzo y sacrificio han costado, mermando con ello la calidad democrática.

Realidad que está generando una paradoja peligrosa al transformar de facto la excepción en regla. En palabras de AGAMBEN, “el estado de excepción tiende a presentarse cada vez más como el paradigma de gobierno dominante en la política contempo-

²⁰ Fernández Rodríguez, José Julio, “Transparencia y amenazas internacionales de seguridad”, *Revista Española de la Transparencia*, núm. 5, 2017, pp. 128-147.

²¹ Fernández Rodríguez, José Julio, “Seguridad y libertad: ¿equilibrio imposible?: un análisis ante la realidad de Internet”, cit., pp. 13 y ss.; Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2004.

ránea²².” Más aún, de acuerdo con varios autores,²³ el panorama presente tras el reconocimiento del constructo “estados de tensión” ha derivado en la asimilación de una situación totalmente nueva: una excepción de larga duración que escapa a la dicotomía norma-excepción, con todo el peligro que esto conlleva para los procedimientos democráticos.²⁴ En definitiva, asumir la posibilidad de instaurar un escenario que no es reflejo ni de tiempos de normalidad, ni de tiempos de crisis, situándose en un punto intermedio de compleja delimitación.

En tal situación, la normalidad de la vida en el Estado se ve sometida a un peligro de naturaleza e intensidad en un grado extraordinario y constante que puede concretarse en cualquier momento con graves consecuencias para las personas y que da lugar a una sensación generalizada de inseguridad permanente. Sin embargo, dicho peligro no alcanza una intensidad puntual suficiente, sino que crea un estado de riesgo permanente para la estabilidad y el buen desempeño del sistema constitucional.²⁵ Tendencia que los constitucionalistas han descrito como una normalización del derecho excepcional o “normalización de la excepción”.²⁶ Se produce una perversión de los instrumentos constitucionalmente establecidos por una práctica y reconocimiento mal entendidos de las situaciones de excepcionalidad, al sucumbir a la presión generada por los ya citados estados de tensión criminal. En consecuencia, las medidas adoptadas impulsadas por la necesidad apremiante de responder a la presión delictiva lastran el fortalecimiento democrático al adoptar medidas de política criminal *ad hoc* que carecen, en su configuración, de las preceptivas garantías constitucionales, lo que dificulta su control

y el aseguramiento de que la normalidad retornará lo más rápidamente posible.

En esta línea argumentativa, REVENGA SÁNCHEZ advierte:

... cuando, en nombre de la seguridad, se vulnera un derecho, se produce una erosión en los cimientos del sistema que causa daños en ambos lados, en el de la libertad y en el de la seguridad. La pérdida de la libertad, por ocasional y aislada que resulte, es en definitiva algo que resta también peso al valor de la seguridad.

Y afirma, que “la seguridad nacional no puede, en suma, ser utilizada como válvula para interrumpir el despliegue normalizado del sistema de los derechos, sin producir al mismo tiempo inseguridad constitucional”.²⁷ La eficacia en esta tarea no debe cuestionar el debido respeto a los derechos fundamentales de los individuos: “la búsqueda de la seguridad no puede conducir al sacrificio de la dignidad de la persona, ni de los derechos que le son inherentes”.²⁸

Así las cosas, comúnmente se acepta que ciertas exigencias de seguridad pueden configurar límites legítimos (esto es, justificados y, por ende, aceptados en la teoría de la constitución) a los derechos fundamentales. Se puede afirmar, sin ánimo ahora de entrar en mayores profundidades, que no hay derechos fundamentales absolutos; todos tienen límites.²⁹ El reto reside en precisar correctamente estos límites en el desarrollo de las políticas de corte criminal y hacer un traslado adecuado de los mismos a la realidad práctica.

Sucumbir a las tentaciones propias de una sobre-reacción contra el delito, deslizándose hacia políticas de mano dura y tolerancia cero, impide la construcción de estrategias de seguridad democráticas a futuro. El principal error reside en la urgencia, acompañado de la deshumanización del delincuente, obviando que el combate a la criminalidad es un enfrentamiento *sine die*, que requiere de compromiso

²² Agamben, Giorgio, *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia: Pre-Textos, 2006.

²³ Ackerman, Bruce, “The Emergency Constitution”, *The Yale Law Journal*, núm. 113, 2004, p. 1039. Cole, David, Fabbrini, Federico, y Arianna Verdaschi (Eds.), *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law*, Northampton, Edward Elgar Publisher, 2013; Posner, Richard, *Not a suicide pact. The constitution in a time of national emergency*, Nueva York: Oxford University Press, 2006.

²⁴ Rosenfeld, M., “¿Es apropiada la ponderación judicial en la lucha contra el terrorismo? Contrastando tiempos normales, emergencias y tiempos de tensión”, *Análisis Real Instituto Elcano*, núm. 109, 2005.

²⁵ Ackerman, Bruce, “The Emergency Constitution”, cit., pp. 1039 y ss.

²⁶ Carbonell, Miguel, “Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales en tiempos de emergencia”, *Estudios Constitucionales*, vol. 6, núm. 1, 2008, pp. 249-263.

²⁷ Revenga Sánchez, Miguel, “Garantizando la libertad y la seguridad de los ciudadanos en Europa: Nobles sueños y pesadillas en la lucha contra el terrorismo”, *Parlamento y Constitución*, núm. 20, 2006-2007, p. 61.

²⁸ Lucas Murillo de La Cueva, Pablo, “Derechos fundamentales y avances tecnológicos. Los riesgos del progreso”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 109, 2004, pp. 71-110.

²⁹ Sansó-Rubert Pascual, Daniel, *Democracia sin democracia. El escudo constitucional frente al poder del crimen organizado*, La Coruña: Colex, 2022.

El mal menor: polémicas medidas de seguridad pública y prevención del delito

político y políticas de Estado legítimas, no solo pragmáticas. Más represión no implica mayor seguridad y, aunque llegase a ser cierto, los costes en términos de calidad democrática son inasumibles.

Bien es cierto que a nivel teórico resulta imposible dar una respuesta general y definitiva, con capacidad para derivar vía método deductivo las respuestas concretas a toda la panoplia que la realidad ofrece. En todo caso, la clave de la seguridad democrática, la respuesta a los desafíos de la seguridad, debe venir de la búsqueda de un equilibrio desde la razonabilidad y la proporcionalidad.

Se plantean, pues, dos visiones de cómo abordar las estrategias de confrontación del delito: una pragmática y otra ético-jurídica.³⁰ Desde el primer planteamiento, los derechos son conveniencias políticas que establecen las mayorías para su propia defensa, y, por tanto, estas tienen potestad, a través de los gobiernos democráticamente electos, para recortarlos cuando la necesidad lo requiera. Frente a ello, los defensores de una visión de la democracia basada en los derechos argumentan que esta pierde todo su significado no solo para los individuos en situación de peligro, sino para todo el conjunto de la sociedad, si estos son revocables en situaciones de necesidad. Frente a esta argumentación, se esgrime que las democracias sobreviven en parte debido a que no permiten que los derechos sean un obstáculo para adoptar medidas enérgicas y que estas no impiden el retorno a los derechos en épocas seguras. Las medidas temporales no tienen por qué causar un daño permanente a la estructura constitucional de la democracia.

A una de las partes del debate le preocupa, por tanto, que una excesiva atención a los derechos constriña las posibilidades de respuesta de las democracias, y defiende que el interés de la mayoría debería triunfar sobre las libertades civiles de los delincuentes —en tanto que transgresores de las normas que conlleva a la ruptura del pacto social de convivencia pacífica y el respeto de los derechos del otro—, mientras que la otra insiste en que los recortes injustificados de derechos, aunque solo afecten a un número reducido de individuos, traicionan la propia identidad democrática. Para unos, los derechos son límites prudentes sobre la acción del gobierno revocables en épocas de peligro; en cambio, para los activistas de los derechos

fundamentales son compromisos irrevocables con la dignidad humana que deben limitar la acción de los gobiernos bajo cualquier circunstancia.

El desacuerdo se agrava en torno a la cuestión de si un país que se enfrenta a una emergencia de seguridad debería basar su política pública exclusivamente en su propia constitución, o si tiene alguna obligación de atender a lo que estipule el derecho internacional. Algunos sostienen que los compromisos de la democracia con la dignidad se limitan a sus propios ciudadanos y no a sus “enemigos”, frente a los que defienden que la democracia extiende su protección a todas las personas y no solo a los ciudadanos de un país, de modo que hasta los delincuentes extranjeros conservan sus derechos porque estos son inherentes al ser humano y, por lo tanto, irrevocables.

Se trata de ponderar entre la coherencia y la justicia, ya que para muchas víctimas del delito la venganza entendida como justicia exige que los delincuentes sean tratados como “enemigos de la raza humana”³¹ y se les deba tratar sin respeto alguno a sus derechos humanos; mientras que para los que discrepan lo que debe prevalecer es el sentido resocializador de la pena, frente al mero punitivismo del castigo y la condición humana a ultranza: los compromisos éticos de la democracia son universales, siendo aplicables tanto a los propios conciudadanos como a sus enemigos.

Frente a ello, los defensores de una visión de la democracia basada en los derechos argumentan que esta pierde todo su significado no solo para los individuos en situación de peligro, sino para todo el conjunto de la sociedad, si estos son revocables en situaciones de necesidad. Frente a esta argumentación, se esgrime que las democracias sobreviven en parte debido a que no permiten que los derechos sean un obstáculo para adoptar medidas enérgicas y que estas no impiden el retorno a los derechos en épocas seguras (recordemos que las constituciones no son un pacto suicida). Las medidas temporales no tienen por qué causar un daño permanente a la estructura constitucional de la democracia.

Es posible alcanzar el equilibrio trazando un camino intermedio entre una posición que defienda a ultranza los derechos humanos, que argumente la imposibilidad de justificar bajo ningún pretexto cualquier

³⁰ Ignatieff, Michael, *El mal menor, ética política en una era de terror*, Madrid: Taurus, 2004.

³¹ Para la idea de “enemigo de la raza humana”, véase Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, Viking, Nueva York, NY., 1963 (hay trad. esp.: *Eichmann en Jerusalén*, Barcelona: Debolsillo, 2004.

violación de estos, y una posición exclusivamente pragmática, que juzgue las medidas contra el delito solo por su eficacia.

4. Conclusiones

Los Estados, desbordados por la intensidad y fuerza de la amenaza conformada por la delincuencia, en no pocas ocasiones han recurrido a estrategias de seguridad de dudosa legalidad. La decisión de apostar por la consecución de resultados y la optimización de medios y capacidades ha supuesto la inobservancia del Estado de derecho y la claudicación de las mínimas exigencias de legalidad propias de un orden democrático constitucional.³² Su puesta en práctica ha dado pie a pluralidad de desmanes; en especial, la transgresión de los derechos fundamentales en nombre del orden constitucional que se pretende salvaguardar.

Sin duda, la concesión y duración de poderes excepcionales para los supuestos “períodos de tensión” resultan problemáticos, no en términos de mayor o menor legitimidad, sino con respecto al potencial de abuso en la invocación, contenido o la prolongación de dichos poderes,³³ así como en relación con el establecimiento y la salvaguarda del cumplimiento de los límites, que necesariamente deben tenerse en consideración para no incurrir en la total transgresión de los derechos más elementales.³⁴

La determinación a la prohibición o suspensión de derechos como medida de emergencia impone una

obligación sobre el Gobierno para que justifique públicamente tales decisiones, para que las someta a revisión judicial y para que las circunscriba a periodos determinados de tiempo con cláusulas de finalización, de forma que no se conviertan en medidas permanentes. Si bien es cierto que los derechos no fijan barreras insalvables bajo cualquier circunstancia, sí requieren que todas sus transgresiones sean analizadas mediante revisión contradictoria.

Por todo ello, no cabe, bajo ningún concepto, la adopción de tales medidas sin ningún tipo de cortapisas o mecanismos de control y/o revisión. Alcanzar la plena gobernabilidad democrática solo será posible si se transita por un camino de soluciones a la delincuencia ajustadas a acomodar la actuación del Estado al marco democrático.

La aspiración y la exigencia de las sociedades actuales a disfrutar de una seguridad total e incondicional se ha convertido en un tópico utópico. Por ello, ha empezado a transformarse en tendencia y a expandirse el planteamiento de concebir la seguridad como un fin en sí misma —un derecho—, requiriendo la concentración y enfoque de esfuerzos en aras de su materialización. Visión que postula conjugar su sentido instrumental, para lograr el máximo de libertad posible, con su valor final como derecho. Se plantea, por consiguiente, la sempiterna tensión, aparentemente irresoluble, entre la libertad y la seguridad.³⁵ Tensión que tiene sus orígenes en la tradición filosófica y política liberal que viene a defender que “sin seguridad, la libertad es efímera y transitoria”, y que “mientras que la libertad es lo que más desean las personas, su seguridad y la seguridad de la propiedad es la condición necesaria para que la libertad se realice”.³⁶ También hay que considerar, en el contexto de esta tensión, que un incremento de las medidas de seguridad no necesariamente reporta mayores niveles de libertad, a efectos de romper esa pretendida relación de causalidad de que, a mayor seguridad, mayores cotas de libertad, que no se corresponde necesariamente con la realidad.³⁷

³² La declaración de emergencia requiere de la concurrencia de determinadas circunstancias como la intervención del parlamento, su limitación temporal y, más importante aún, la identificación de aquellos derechos que podrían ser limitados y el alcance de dicha limitación. La definición legal del estado de emergencia tiene por objeto precisamente garantizar los derechos fundamentales y ofrecer la garantía de que el Estado no puede abusar de la situación y hacer ineficaz la parte más esencial de la Constitución. Serra Cristóbal, Rosario, “Los derechos fundamentales en la encrucijada de la lucha contra el terrorismo yihadista: lo que el constitucionalismo y el derecho de la Unión Europea pueden ofrecer en común”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, pp. 487-503; Vilegas Delgado, César, “Desafíos actuales del Estado Constitucional: Estado de Derecho, derechos humanos y legalidad internacional ante la amenaza terrorista”, Julios-Campuzano de, Alfonso (Ed.), *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*, Madrid: Dykinson-Caja Sol, 2017, p. 280.

³³ Ackerman, Bruce, “The Emergency Constitution”, cit., pp. 1.029-1.040.

³⁴ Cruz Villalón, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid: Tecnos, 1984; Lafuentea Balle, José María, “Los estados de alarma, excepción y sitio”, *Revista de Derecho Político-UNED*, núm. 30-31, 1990, pp. 23-54.

³⁵ Bernuz Beneitez, M^a José y M^a José González Ordovás, “La levedad de la seguridad frente al caos”, Bernuz Beneitez, M^a José y Ana Isabel Pérez Cepeda (Coords.), *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*, La Rioja: Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, 2006, p. 19.

³⁶ Hudson, Barbara, *Justice in the Risk Society*, London: Sage, 2003, p. 40.

³⁷ Sansó-Rubert Pascual, Daniel, *Terrorismo, seguridad y retraimiento democrático. El declive del Estado de derecho constitu-*

El mal menor: polémicas medidas de seguridad pública y prevención del delito

Si bien es cierto que el Estado está legitimado para utilizar todos sus recursos en la lucha antiterrorista y que cercenar los instrumentos a su disposición constituye una mutilación insostenible que puede llegar a mermar la eficacia de los demás factores empleados, esta posibilidad no justifica en modo alguno el empleo de medios contradictorios con la normativa legal imperante en todo Estado de derecho.

Se trata de cambiar esta forma de hacer “política”, de tal forma que la base fundamental sobre la que articular el constructo de la política orientada a la prevención delictiva repose debidamente sobre una motivación más sólida: el equilibrio entre libertad y seguridad. Todo un clásico en el pensamiento y teoría jurídico-constitucional.³⁸

La libertad es el valor que sobresale incondicionalmente, de manera que el dispositivo de seguridad será válido en la medida en que asegure la libertad, los derechos y las garantías de los ciudadanos. Cuando la democracia se encuentra en mayor o menor medida consolidada, el valor “seguridad” se coloca en la cúspide: la exigencia de la seguridad como elemento principal del bienestar; el bien esencial es el “ser en seguridad”.³⁹ Concepción que implica interiorizar que la libertad sin seguridad es imposible y que la seguridad es libertad. La seguridad bien entendida es un presupuesto necesario para que se logre el máximo desarrollo de la libertad, lo que implica entenderla más allá de sus aspectos estrictamente materiales como garantía de libertad.⁴⁰

Por ello, combatir la delincuencia sin respeto hacia los principios y valores superiores que imperan

en nuestras sociedades es, de algún modo, una manera de garantizarse la derrota en esta lucha. No hay atajos frente al delito. En definitiva, todo se reduce a cómo alcanzar un ecosistema de seguridad sólido sin menoscabar el sistema democrático constitucional vigente. La búsqueda de la seguridad en clave democrática, no iliberal.

El objetivo por lograr: materializar unos niveles de seguridad genuina y efectiva fruto del esfuerzo común de todos los sectores de la sociedad. Los gobiernos, los cuerpos y fuerzas de seguridad, el sector privado, el educativo y los propios ciudadanos deben estar comprometidos, equipados, y adecuadamente conectados para establecer las capacidades de preparación y resiliencia frente a la delincuencia. Todo ello con especial atención a todas las víctimas, en particular las más vulnerables, y los testigos, al efecto de, una vez que el daño efectivamente se ha producido, evitar que este se perpetúe produciendo episodios de revictimización, así como reconduciendo la situación para reparar los derechos y bienes jurídicos vulnerados de forma integral y no solo meramente económica. Desde la convicción de que en la lucha contra la delincuencia deben imperar ciertos límites de naturaleza ético-jurídica globalmente consensuados como derechos fundamentales inherentes a toda persona, que no pueden ni deben sobrepasarse, exceptuando en determinados marcos de excepcionalidad, legalmente regulados.

Aceptar que va a combatirse con estas limitaciones ético-jurídicas quizás suponga restringir nuestra capacidad de emplear la violencia frente a un enemigo que, si bien es mucho más débil, es obvio que no va a imponerse ningún límite que no se derive de la escasez de sus recursos o de sus intereses estratégicos, y que va a actuar con abierto desprecio a cualesquiera otros de naturaleza moral, ética o legal. A pesar de esta aparente desventaja, las democracias demuestran así su fortaleza y supremacía frente al delito.

cional, Madrid: Dykinson: 2022.

³⁸ Fernández Rodríguez, José Julio, *Seguridad(es) en un futuro incierto un estudio jurídico-constitucional*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2020.

³⁹ Da Agra, Cândido (Ed.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, Atelier, 2002, pp. 193-194.

⁴⁰ García Inda, Andrés y Susín Beltrán, Raúl, “Libertad y seguridad en la crisis del bienestar”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 55, 1995, p. 344.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES