

FUNDAMENTOS N.º 8

# LA METAMORFOSIS DEL ESTADO Y DEL DERECHO

Coordinador: Miguel Ángel Presno Linera



Junta General  
del Principado de Asturias

2014

## **FUNDAMENTOS**

ISBN: 978-84-8367-470-3

Junta General del Principado de Asturias

Dirección de FUNDAMENTOS

Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

Campus de El Cristo, s/n. 33006 Oviedo. Asturias. España

E-mail: fundamentos@uniovi.es

Web: <<http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/Portada.html>>

Pedidos: correo@krkediciones.com

Grafinsa. C/ Álvarez Lorenzana, 27. 33006 Oviedo

Depósito legal: AS-1503/2014

## INDICE

La metamorfosis del Estado y del Derecho: presentación.	
MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA/PATRICIA GARCÍA MAJADO . . . . .	7
Autores . . . . .	21

### PRIMERA PARTE

#### APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y METODOLÓGICA

La idea de Estado de Derecho. MICHAEL STOLLEIS . . . . .	25
Debates sobre la metodología del Derecho público con la perspectiva de la multiculturalidad y la globalización. IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ . . . . .	57

### SEGUNDA PARTE

#### LA METAMORFOSIS DEL ESTADO

Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad. JOSÉ ESTEVE PARDO . . . . .	83
Rapporti tra poteri nello Stato di Diritto del secolo XXI. ROBERTO BIN . . . . .	121
Le teorie del costituzionalismo globale e la sfida dei mercati finanziari. CESARE PINELLI . . . . .	141
Los Organismos Reguladores en el Estado constitucional del siglo XXI: su independencia (especial referencia al caso español). EDUARDO VIRGALA FORURIA . . . . .	161
Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y la desconfianza. MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA . . . . .	213

## TERCERA PARTE

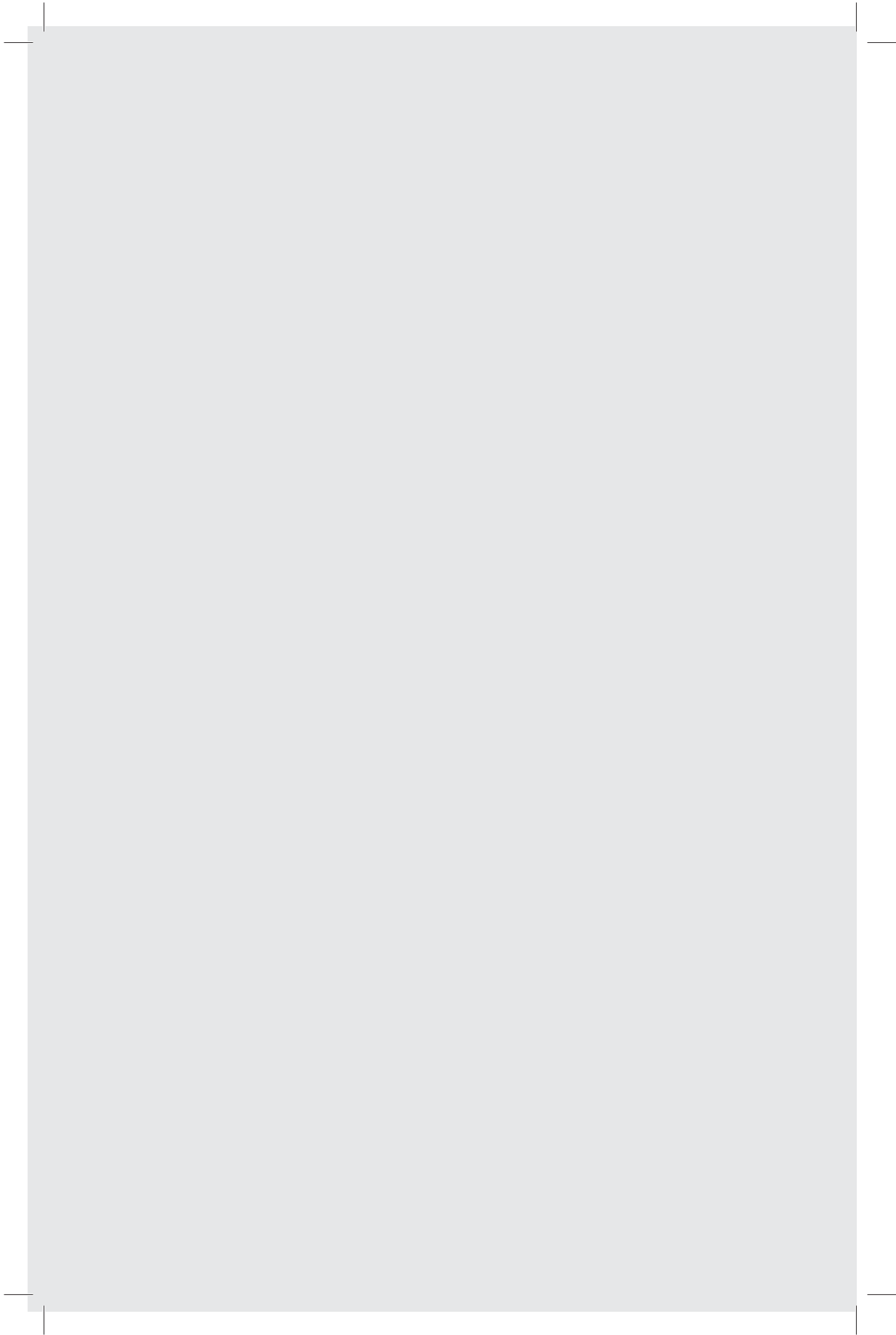
## LA METAMORFOSIS DEL DERECHO Y DE LOS DERECHOS

La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado.	
MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ . . . . .	255
El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social: diez problemas actuales. FERNANDO REY MARTÍNEZ . . . . .	289
¿Una teleología de la seguridad sin libertad? La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas.	
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA . . . . .	313
Il sublime dell'eccezione.	
MASSIMILIANO GUARESCHI/FEDERICO RAHOLA . . . . .	355

La metamorfosis del Estado y el Derecho

PRESENTACIÓN

Miguel Ángel Presno Linera/Patricia García Majado



En buena medida, los volúmenes precedentes de *Fundamentos* no han dejado de ocuparse de manera monográfica de algunas de las transformaciones que han venido experimentando el Estado y el Derecho: así, en el primer volumen, coordinado por el profesor Ramón Punset, se analizó en profundidad la cuestión esencial de la soberanía, desde la doctrina de la soberanía del monarca (de 1250 a 1700) hasta la situación en la que se encuentra la soberanía constitucional en el proceso de integración europea, pasando por su tratamiento en las diferentes dogmáticas y sus implicaciones en el Estado constitucional, el Estado democrático y el Estado autonómico; en el volumen segundo, coordinado por el profesor Joaquín Varela Suanzes, se examina la evolución de algunos de los ordenamientos constitucionales más significativos en la historia constitucional, empezando por el británico, continuando con los modelos norteamericano y francés, siguiendo con el español de 1812 y su proyección europea e iberoamericana, el constitucionalismo alemán del siglo XIX, para concluir con las constituciones de entreguerras en Europa Central y la Constitución española de 1931.

El volumen tercero, coordinado por el profesor Francisco Bastida, se dedicó al origen y evolución de una institución tan relevante para el Estado como la representación, combinando estudios generales sobre la teoría clásica y moderna con trabajos sobre aspectos concretos y actuales. El siguiente número de *Fundamentos*, coordinado por Juan Luis Requejo, se centró en el análisis de la jurisdicción constitucional desde una triple perspectiva: histórico-conceptual, institucional y prospectiva, con la que se quiso dar cuenta de los presupuestos políticos, ideológicos y doctrinales que están en el origen de esa peculiar institución, así como de las variables que ha experimentado su puesta en planta durante los últimos doscientos

años, aventurando alguna conjetura sobre los derroteros que cabe esperar en el desarrollo de los modelos ahora conocidos.

El volumen quinto, coordinado por el profesor Punset, volvió a un asunto clásico como es el la división de poderes y su evolución desde la ideal del Estado mixto hasta la actualidad; en ese libro se encuentra perfecta justificación de por qué hay que seguir ocupándose de esas cuestiones, no en vano C. J. Vile sostiene que, aunque el contexto es diferente y las dimensiones del problema han cambiado, se puede concluir que los problemas de siglos pasados siguen siendo actuales. En esa misma línea, el volumen sexto, coordinado por los profesores Fernández Sarasola y Varela Suanzes, se ocupa de los diversos conceptos de Constitución que se sostuvieron a lo largo de un proceso histórico que abarca casi tres siglos: el concepto racional-normativo, el histórico y el sociológico.

Finalmente, el volumen séptimo, que coordinó el profesor Benito Aláez, analiza uno de los tres elementos del Estado en la teoría clásica: el Pueblo. Y lo hace estudiando, desde la perspectiva crítica de su inserción en el Estado constitucional-democrático, la nacionalidad y la ciudadanía, los dos institutos que han servido históricamente para conformar y caracterizar al conjunto humano sobre el que se dirige el poder coactivo del Estado.

En el presente caso, y como indica el título, este volumen de *Fundamentos* analizará las profundas transformaciones que están experimentando tanto la estructura y organización del Estado, como el Derecho que emana de ese Estado y de las fuentes de producción extraestatales. También algunos de los derechos que han venido siendo objeto de reconocimiento y garantía en los Estados sociales y democráticos avanzados, así como las circunstancias en las que los mismos pueden quedar en suspenso.

Y es que nos parece necesario reflexionar, desde distintas perspectivas jurídicas (la Historia del derecho, el Derecho constitucional, el Derecho administrativo, el Derecho penal) y politológicas, sobre las profundas transformaciones que han venido experimentado las estructuras estatales y jurídicas en los últimos años del siglo xx y en los primeros del siglo xxi, cuando podía parecer, a finales de los años ochenta de la pasada centuria, que se había asentado el Estado social y democrático de derecho después de los conflictos, algunos de ellos especialmente trágicos, vividos en las décadas precedentes.

Como señala en su estudio el profesor Esteve Pardo, en los últimos treinta años se ha venido reduciendo el dominio directivo del Estado al tiempo que una sociedad transnacional se ha fortalecido de forma conside-



able. En esa nueva correlación entre Estado y sociedad se está recomponiendo la propia noción de Estado, de sus funciones, y también del alcance del Derecho, pues se empieza a tener conciencia de que muchas funciones públicas, tradicionalmente ejercidas por el Estado y sujetas a su Derecho, son ejercidas hoy por sujetos privados a los que habrían de aplicarse, en el ejercicio de estas funciones, las reglas fundamentales del Derecho público protectoras de los intereses generales.

Pero antes de estudiar esta metamorfosis del Estado y el Derecho se hace imprescindible recordar, primero, cómo se fue articulando a lo largo de la Historia esta organización estatal que conocemos como Estado de Derecho y, segundo, cómo puede abordarse su conocimiento en un contexto global y multicultural. A estas dos tareas se dedica la Primera Parte, de índole introductoria, de este libro, que incluye las colaboraciones de los profesores Michael Stolleis e Ignacio Gutiérrez.

En su estudio «La idea de Estado de Derecho», el profesor Michael Stolleis recuerda que la idea del Estado de Derecho surge durante los siglos XVIII y XIX en distintos países europeos, si bien de forma diferenciada en cada cultura jurídica particular. No obstante, todas las concepciones tienen algo en común: surgen para limitar el poder desorbitado y, en muchos casos, arbitrario de la monarquía absoluta entonces imperante. Así pues, para delimitar jurídicamente la esfera de cada individuo, se sometió el orden estatal a una serie de leyes adoptadas por mayoría. De esta forma, fue concibiéndose que el mejor Estado no era el que buscaba la justicia, el bien de sus ciudadanos o la seguridad de sus súbditos, sino el que conseguía adecuar su actuación a los principios jurídicos establecidos, sometiendo la acción estatal al yugo del Derecho.

A pesar del derrumbe que dicho ideal sufrió cuando Europa resultó sacudida por la Segunda Guerra Mundial, los consiguientes procesos nacionales emprendidos por los distintos Estados europeos para satisfacer las necesidades de paz, humanidad, democracia y libertad fueron haciendo surgir un modelo orientador de Estado de Derecho Europeo, cuyo núcleo duro es el reconocimiento y protección de una serie de derechos y libertades fundamentales, los cuales garantizan, y a su vez son garantizados, por el Estado de Derecho.

A continuación, en «Debates sobre la metodología del Derecho público con la perspectiva de la multiculturalidad y la globalización», el profesor Ignacio Gutiérrez Gutiérrez nos dice que la disputa sobre el método, que se

incardinó en el contexto de la República de Weimar, quedó solventada con la Ley Fundamental de Bonn y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. Sin embargo, la discusión sobre los métodos del Derecho público se ha reavivado en las últimas décadas, alcanzando cierta institucionalización.

Las nuevas propuestas que tratan de darle respuesta a esta cuestión toman en consideración los retos sociales de la multiculturalidad y la globalización característicos de nuestro tiempo. Ante éstos, la clásica teoría constitucional del Estado social y democrático de Derecho y la pretensión de un ordenamiento jurídico pleno y unitario, se desintegran, pues ya no es posible buscar una única instancia desde la que se defina, para todo y todos, en qué consiste el Derecho.

Esto ha provocado el desdibujamiento de la funcionalidad del Derecho público, si éste es solamente entendido como criterio de ordenación social que se plasma en una serie de normas, las cuales se respetan o no. Sin embargo, la propuesta del profesor Gutiérrez consiste, precisamente, en dejar que sean los propios conflictos socio-políticos los que determinen la funcionalidad de esta ciencia, pues son ellos los que identificarán los valores conforme a los cuales haya de juzgarse la realidad, orientando de esta forma las consiguientes respuestas jurídicas.

En la Segunda Parte se analizan de manera pormenorizada las transformaciones que están afectando a la organización estatal: por una parte, cómo son hoy las relaciones entre Estado y sociedad y, por otra, entre los poderes del Estado y cómo se resuelven las tensiones entre el derecho y la política. También se estudiará el papel de los mercados económicos y financieros, y su capacidad para imponer cambios, incluso constitucionales, en el seno de los Estados, hasta el punto de que se podría pensar en ellos como el nuevo «Príncipe moderno». En tercer lugar, se presta atención al Estado regulador surgido en el último cuarto del siglo xx y que deja de gestionar directamente la gran mayoría de actividades económicas para limitarse a poner reglas de funcionamiento, organización y fiscalización de la prestación de los antiguos servicios públicos y de las actividades económicas, pasando de propietario-gestor a arbitro, para lo que se necesita un nuevo aparato administrativo, más técnico e independiente. Unos nuevos actores, los Organismos Reguladores, forman parte de la nueva Constitución de los Estados europeos que se establece a partir de los años 80 del siglo anterior y que es un precipitado del neoliberalismo, del Derecho comunitario y de la consiguiente crisis del Estado social, con su resultante final de liberalización y privatización.

Finalmente, por lo que respecta a esta Segunda Parte, se estudiaría en qué medida se puede hablar hoy, junto al hipertrofiado poder de los partidos políticos, de un nuevo poder dentro del Estado: el ejercido por unos movimientos sociales cada vez más activos, y que se sirven de los instrumentos de comunicación e información que aportan las herramientas tecnológicas. Cada vez hay más redes de comunicación e información que no dependen del control de los gobiernos pero que pueden incidir de manera muy relevante en procesos electorales y políticos de toma de decisiones, y pueden favorecer un poder contrademocrático, entendido como un poder democrático no institucionalizado, reactivo, que expresa de manera directa las expectativas y decepciones de nuestra sociedad.

Exponiéndolo con un poco más de detalle, el profesor José Esteve Pardo —«Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad»— parte de que, en las últimas décadas, la relación entre Estado y sociedad ha ido cambiando, y ello debido, principalmente, a la asunción de actividades con fines públicos por parte de sujetos privados. Esto ha provocado la pérdida de titularidad y dominio estatal sobre tareas públicas que han pasado a conformar, en muchas ocasiones, sectores autorregulados, los cuales, no obstante, han de quedar igualmente sometidos al ordenamiento jurídico para conservar su constitucionalidad.

Estos reajustes en el modelo social han hecho surgir nuevas concepciones del Estado: el Estado garante —aquél que trata de conseguir los fines que a él se le atribuyen sin disponer de los medios, pues éstos residen en la sociedad— y el Estado regulador —cuya función consiste en asegurar la competencia entre operadores privados oferentes de servicios públicos, para garantizar, así, la calidad de los mismos y los precios más ajustados para los usuarios—.

Este desplazamiento de actividades públicas a operadores privados ha puesto de manifiesto la necesidad de proteger los intereses generales —el bien común—, que pueden resultar comprometidos por dichas tendencias privatizadoras. Y se ha defendido que la mejor manera de hacerlo es extender la aplicación del Derecho público a los sujetos privados y a las relaciones que se establecen entre los mismos, si éstas derivan en servicios o afectan a materias que tengan una vertiente pública reconocida, y por tanto, unos fines de interés generales insoslayables.

A continuación, el profesor Roberto Bin —«Rapporti tra poteri nello Stato di Diritto del secolo XXI»— recuerda que si la imagen «liberal» del Estado

de Derecho pareció desvanecerse con la evolución constitucional del siglo xx, parecen resurgir aspectos de su significado ancestral y ofrecen un nuevo sentido en el contexto de la globalización: ha vuelto al centro del escenario el problema clásico del equilibrio en las relaciones de poder entre sujetos privados, del *homo homini lupus*. En esta nueva dimensión del siglo xxi, el Estado de Derecho ya no habla en alemán sino en inglés; no es ya el *Rechtsstaat* que se reproduce en las diversas lenguas nacionales del continente europeo, sino que es el concepto de *rule of law* el que pasa a ser de uso común sin traducción alguna, porque una traducción a otra lengua forzaría su sentido.

El objetivo del estudio del profesor Bin es indagar qué sentido puede tener hoy aquella noción a propósito de la relación entre *orden político* y *orden social*; es decir, el problema histórico en torno al que se desarrolla la teoría del Estado de Derecho. Y se pregunta qué papel tendrá ese Estado de Derecho en el siglo xxi cuando las reglas que pueden gobernar el ámbito interno —normas estables, transparencia de los procedimientos de toma de decisiones y responsabilidad de los que toman las decisiones— carecen de aplicabilidad a los mecanismos de decisión característicos del mercado globalizado.

En su estudio «Le teorie del costituzionalismo globale e la sfida dei mercati finanziari», el profesor Cesare Pinelli recuerda que influyentes escuelas de juristas europeos y norteamericanos llevan empeñados, desde hace algún tiempo, en el intento de ofrecer una perspectiva, desde la teoría constitucional, al fenómeno de la globalización. Tienen en común la doble convicción de que el nexo Estado-Constitución es una creación histórica, no un vínculo lógico o axiológico inexcindible, y es inútil pretender el diseño de una Constitución mundial.

Moviéndose en el espacio entre la dos negaciones, se proponen analizar cómo se puede interpretar la globalización en término constitucionales. En su trabajo, Cesare Pinelli analiza esas tentativas desde ópticas diferentes aunque complementarias: la capacidad de abordar la cuestión de la fragmentación del marco jurídico y político generada por la globalización, y la comprensión de la naturaleza del desafío que plantean los mercados financieros a los principios del constitucionalismo durante la crisis de la Eurozona.

Eduardo Vírgala Foruria estudia «Los Organismos Reguladores en el Estado constitucional del Siglo xxi: su independencia (especial referencia al caso español)». El Estado regulador, que nace en el último cuarto del siglo xx, se caracteriza por dejar de prestar directamente determinados servicios públicos, limitándose su función al establecimiento de las reglas y condi-

ciones bajo las cuales tal prestación privada debe hacerse, para asegurar así que la población pueda ver satisfechos los derechos sociales que tiene reconocidos.

Para llevar a cabo dicha labor de regulación se crearon los denominados Organismos Reguladores, que forman un cuerpo administrativo técnico cuyo objeto es organizar y fiscalizar la actividad de los llamados servicios públicos. Ahora bien, para que tales organismos puedan desempeñar satisfactoriamente su labor deben gozar de independencia, tanto orgánica como funcional, pues ésta se concibe como una garantía para que la función de fiscalización que se le encomienda a estos órganos sea verdaderamente tal y no se vea distorsionada por la intromisión de intereses políticos.

Sin embargo, tal independencia sólo es admisible en un Estado constitucional si va acompañada de los correspondientes controles, pues son ellos los que subsanan la falta de legitimación democrática de estos organismos y la ausencia de responsabilidad política; defendiéndose en el texto que es precisamente a estas notas de independencia y control a las que debe aspirar el organismo español de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Miguel Á. Presno Linera —«Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y la desconfianza»— recuerda que cualquier que sea el modelo constitucional en el que nos encontremos, a la hora de analizar las relaciones entre los poderes del Estado es imprescindible situarlas en el contexto de un concreto sistema de partidos. Y esta idea del partido como «parte total» se ha visto favorecida en su asentamiento institucional por la conversión de la tarea de coordinación en la labor fundamental de los sistemas políticos de finales del siglo xx y principios del siglo xxi; este fenómeno supone una de las transformaciones políticas y constitucionales más importantes de los últimos cien años.

No obstante, una vez culminado este proceso de consolidación institucional y constitucional de los partidos, y quizá también por ello, ese «Príncipe moderno» se ha visto afectado de manera cada vez más intensa por la creciente desafección social hacia una vida política que se percibe, por una parte importante de la sociedad, como un espacio poco transparente, donde la preocupación esencial es el puro ejercicio del poder y casi cualquier cosa vale para conservarlo, pues prima el partidismo y el cálculo sectario y, por si fuera poco, se está viendo afectado de manera cada vez más frecuente por casos de corrupción. Paralelamente se advierte un resurgimiento de los

movimientos ciudadanos como entidades de protesta frente a esos excesos pero, y aquí radica un matiz muy importante, también de propuesta de otras políticas y modos distintos de ejercicio del poder.

En este estudio se analiza, desde una perspectiva constitucional, qué papel están llamados a jugar partidos políticos y movimientos sociales (o ciudadanos) en un momento histórico caracterizado, por utilizar los títulos de dos libros bien conocidos de Ulrich Beck y Pierre Rosanvallon, por el riesgo y la desconfianza. Y todo ello con el objetivo de, en palabras también de Rosanvallon, no de «despolitizar la democracia» sino, por el contrario de «repolitizarla», de darle más centralidad a lo político y eso implica que progresen, al mismo tiempo, la calidad de la regulación democrática y la atención a la construcción democrática.

La Tercera Parte se ocupa de algunas de las transformaciones en la Ley como fuente del Derecho y de las experimentadas por determinados derechos, afectados por las nuevas políticas que esgrimen la seguridad pública como valor central en los Estados democráticos de nuestros días. En primer término se analiza la funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado. Esta cuestión tiene que ver con el ya mencionado proceso de globalización jurídica, que impone condicionantes a las leyes estatales, pero también con el proceso político estatal de descentralización política, que a su vez está ahora en cuestión como consecuencia de la incidencia de, entre otros, los mercados financieros.

A esa incidencia en el principio de generalidad de la Ley hay que sumar la afectación cada vez mayor que se está llevando a cabo en ámbitos como la libertad o la seguridad, tradicionalmente reservados a la ley. Por tal motivo, consideramos oportuno dedicar un tratamiento específico a las intromisiones, públicas y privadas, en esos derechos de libertad y seguridad, que, como es bien conocido, son garantías consustanciales al Estado de Derecho. Pues bien, sobre esos derechos incide cada vez más el ocaso de la dicotomía entre el exterior y el interior en materia de seguridad, la creciente confusión entre lo bélico y lo policial, el rebrote de la idea de enemigo aplicado a colectivos como los extranjeros o los disidentes internos, la expansión del sistema penal y penitenciario, el Derecho penal preventivo...

También nos parece interesante estudiar, en el contexto de la metamorfosis del Estado en general y del Estado social en particular, en qué queda la garantía del principio de igualdad: si avanza, como pretendió en su día nuestra Constitución y como prevén hoy diversas normas comunitarias, ha-

cia la superación de aquellas situaciones que colocan a numerosas personas y grupos en situaciones de vulnerabilidad, o si se consume el declive del Estado social y se tiende a la mera garantía de una igualdad formal.

En cuarto lugar, y como resultado de algunas de las transformaciones mencionadas, no parece exagerado hablar de una suerte de Estado de excepción como paradigma de gobierno, en el sentido de que se detecta una tendencia a la generalización y, valga la paradoja, a la normalización de la excepcionalidad, que, además, tiene aquí también una proyección global y a veces se concreta en previsiones normativas y otras se mantiene en un ámbito esencialmente político, pero que, en todo caso, tiende a difuminar los ya precarios equilibrios entre poderes y exacerba el papel del Ejecutivo.

En esta línea, Miguel Azpitarte Sánchez —«La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado»— parte de la premisa de que la ley ha desempeñado históricamente un papel capital en la conservación de la unidad del Estado, albergando el pluralismo y, al mismo tiempo, reconduciéndolo a una decisión vinculante para todos sus destinatarios. De ahí destaca la dicotomía entre la mayoría de gobierno y la oposición, que ha dado sentido al lugar de la ley en el sistema de fuentes y la vida política del Estado, canalizado las dosis necesarias de diversidad e integración.

En la segunda y tercera parte del ensayo describe cuatro procesos que se apartan de la racionalidad cifrada en el juego entre mayoría de gobierno y oposición. Lo curioso es que la aparición de nuevos criterios de legitimidad (el interés territorial, la integración supranacional) ha venido acompañada de una proliferación de la fuente Ley. Sin embargo, como no puede ser de otro modo, cambiados los presupuestos subyacentes, la ley ve trastocado su sentido inicial, añadiéndole otros significados que, sobre todo, pierden parte de su sustancia política. Hay otros dos fenómenos que directamente neutralizan el conflicto propio de la dicotomía mayoría de gobierno/oposición: por un lado, los gobiernos técnicos y de gran coalición; por otro, la introducción de instituciones independientes en los procesos decisorios.

El contexto actual, al que no le falta suficiente cobertura constitucional, es el de un sistema político fragmentado, donde la ley, y con ella la polaridad mayoría de gobierno/oposición que le es propia, han perdido el monopolio en la reconstrucción de la unidad. Emergen principios de legitimidad que dan un sentido inédito al constitucionalismo. Se abre así un campo de nuevas posibilidades.

En «El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado Social: diez problemas actuales» el profesor Fernando Rey Martínez analiza los principales problemas a los que ve sometida en el momento presente la cláusula constitucional de igualdad y prohibición de discriminación. A estos efectos, comienza poniendo de manifiesto la dicotomía entre igualdad real y formal, sosteniéndose que la primera es una especie del género de la segunda; para analizar posteriormente las prohibiciones de discriminación específicas del artículo 14 de la Constitución española.

Sin embargo, los factores que han de ser protegidos por el Derecho antidiscriminatorio varían inevitablemente en función de la época y del lugar, tratando así de adaptarse a las exigencias de contextos particulares. Es más, también existen situaciones en que varios rasgos son objeto de discriminación simultánea, dando lugar así a lo que se conoce como discriminación múltiple o interseccional, y que suele ser la que afecta a *una minoría dentro de una minoría*.

En este sentido, se evidencia que dicha igualdad constitucionalmente protegida, no consiste en ofrecer el mismo trato a todo, sino, por un lado, tratar de forma jurídicamente diferente a lo que *de facto* ya lo es (se prohíbe la *indiferenciación*), y, por otro, tratar de alcanzar una igualdad de oportunidades, lo que se materializa, en muchas ocasiones, en las llamadas acciones positivas.

En relación con éstas últimas, se presta especial atención a la diferenciación de éstas respecto de las discriminaciones indirectas, pues las primeras adoptan forma de principio mientras que las segundas se erigen como auténticos derechos subjetivos; y también de las discriminaciones positivas, las cuales, aunque tengan como fin otorgar un trato favorable a grupos tradicionalmente discriminados, lesionan los derechos de terceros pertenecientes al grupo mayoritario, de forma que su validez jurídica no puede presumirse.

Por su parte, el profesor José Ángel Brandariz García —«¿Una teleología de la seguridad sin libertad? La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas»— comienza recordando que, en las últimas décadas, el gerencialismo y el actuarialismo se han erigido como teorías rectoras en materia político-criminal. En el texto se analizan cómo estas lógicas están reorientando las prácticas del sistema penal, sus contribuciones fundamentales así como los factores que han favorecido su difusión.

Este nuevo modelo, asentado sobre postulados puramente securitarios, se basa en criterios economicistas, siendo su fin primordial la gestión efi-



ciente de una criminalidad que se presenta como insalvable. Así pues, esta racionalidad se desarrolla, en la práctica, al margen de la libertad y del ejercicio de los derechos; siendo precisamente ésta su crítica fundamental, aunque insuficiente. En este sentido, se reclama su cuestionamiento desde otras racionalidades ajenas a la jurídica, que son a su vez las que le sirven de fundamento, para advertir en realidad cuánto tiene de falaz este nuevo modelo político-criminal.

Finalmente, los profesores Massimiliano Guareschi y Federico Rahola —«Il sublime dell'eccezione»— comienzan señalando que la cuestión del estado de excepción, a menudo entrelazada y superpuesta a la del estado de emergencia, ha adquirido una indudable centralidad en el debate político-jurídico internacional, en particular tras los atentados del 11 de septiembre de 2001. Se refieren, en primer lugar, a las diversas lecturas que han situado en este concreto dispositivo, entendido clásicamente como la suspensión temporal del ordenamiento sobre un determinado territorio, la clave para comprender toda una serie de hechos y procesos que han marcado el tiempo «extraordinario» de la *war on terror* y no solo de ella. Por una extraña paradoja, una categoría largamente confinada a los manuales de Derecho constitucional y Teoría del estado es elevada al rango de fórmula clave del debate filosófico-jurídico, con efectos no despreciables en la polémica política más inmediata, permitiendo dar cuenta de todos aquellos casos en los que los Estados democráticos violan, conscientemente y a la vista de todos, sus propios ordinamientos o las garantías en las que se funda su misma autolegitimación y autorrepresentación.

Se trata, en realidad, de un amplio espectro de fenómenos —del control de las migraciones a las varias formas de detención administrativa, de las crecientes funciones legislativas atribuidas al Gobierno al despliegue de políticas de seguridad híbridas en las que se esfuman toda una serie de distinciones convencionales (entre paz y guerra, entre militar y civil)— que crea el espacio para una decisión política libre de vínculos legales y parece ofrecer un persuasivo marco explicativo.

