

Constitución e inmunidad

Patricia
García Majado

Doctora por la Universidad de Oviedo

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Del poder inmune al ordenamiento soberano.
- III. De las inmunidades del poder a las patologías del sistema.
- IV. Breve recapitulación y (algunas) perspectivas.

NOTA BIOGRÁFICA:

Patricia García Majado (Oviedo, 1992) es graduada en Derecho con Premio Extraordinario (2014), Máster en protección jurídica de las personas y los grupos vulnerables (2015) y Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Oviedo, con Premio Extraordinario y mención especial en el Premio Nicolás Pérez Serrano (2021). Beneficiaria del Programa de Formación del Profesorado Universitario (FPU) entre 2015 y 2019, ha realizado estancias de investigación en la Universidad Paris I Panthéon- Sorbonne (2017) y en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law de Heidelberg (2018). Desde septiembre de 2021 desempeña tareas docentes e investigadoras como profesora ayudante-doctora en el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

I. INTRODUCCIÓN

A mediados del año 2014, una joven a punto de graduarse en Derecho llamaba a puerta del despacho del Profesor Presno Linera preguntándole qué podía hacer uno, profesionalmente hablando, cuando le gustaba el Derecho Constitucional. Después de varias conversaciones e intercambios de correos, venciendo el vértigo que produce apostar por un camino tan apasionante como incierto, surgió la posibilidad de abrirse paso en el ámbito académico. Mi andadura comenzó, así pues, haciendo la tesis doctoral en el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo de la mano de quién había despertado mi vocación académica en aquellas clases de derechos fundamentales, impartidas en 3º de carrera, que tantos acalorados debates habían suscitado.

Dejando la elección de mi proyecto doctoral en manos del Profesor Presno Linera –pues entonces uno carecía de toda intuición y conocimiento para saber a qué resultaba formativamente conveniente dedicar el estudio profundo de los próximos años– las posibilidades parecían reducirse básicamente a dos grandes líneas de investigación: analizar las repercusiones del mundo digital en la libertad de expresión o estudiar cómo las inmunidades del poder habían vuelto a renacer en pleno S.XXI. La siguiente elección, menos meditada de lo que pudiera parecer y con grandes dosis de osadía, sí fue mía y consistió en optar por la segunda de

las opciones. Por un lado, porque la primera estaba bastante vinculada al TFG y una parte de mí quería empezar de cero una nueva etapa. Por otro, porque con el desconocimiento y el arrojo propios del momento, el segundo de los temas me parecía tan provocador como estimulante, considerando que esas eran suficientes buenas razones para lanzarme (luego comprendería que sin red) a lo desconocido. Durante cierto tiempo creí arrepentirme de mi atrevimiento. Hoy me siento, por todo lo que me ha permitido aprender, en deuda con él. Ese desafiante viaje, en el que me embarqué finalmente en septiembre de 2015, dura todavía.

El germen de la clásica «la lucha contra las inmunidades del poder»¹ del profesor García de Enterría que, en 1962, reivindicaba la plena fiscalización de la actividad administrativa, reduciendo aquellas esferas que, bien en forma de actos políticos, potestades discrecionales o reglamentarias, frustraban tan indispensable pretensión para la construcción del ansiado Estado (legal) de Derecho, se convertiría entonces, más de cincuenta años después, en el *leitmotiv* de mi proyecto de investigación predoctoral. Inicialmente se pretendía estudiar cómo en las coordenadas jurídico-políticas del S.XXI –tan distintas a aquéllas estudiadas por el célebre administrativista– esas inmunidades del poder habían vuelto a resurgir pues los poderes públicos seguían presentando una cierta tendencia a buscar subterfugios para orillar las exigencias que se desprendían del por todos asumido Estado Social y democrático de Derecho.

Planteada la investigación en los términos iniciales, la clásica obra de cabecera que pretendía abrirla condicionaba extraordinariamente sus primeros pasos. Al conducirla, básicamente, al estudio de las áreas exentas del control jurisdiccional, la abocaba inevitablemente al terreno más puramente administrativo y, en el ámbito constitucional, la orillaba hacia el clásico campo, ya de sobra conocido para la doctrina constitucional, de las tradicionales prerrogativas parlamentarias. Así, el riesgo de elaborar un nuevo trabajo sobre viejas ideas o el de reducir en exceso el estudio de lo que pretendía ser un proyecto académico formativo de corte constitucional, se hacía patente.

Y es que, si no hay ninguna idea que no merezca ser pensada de nuevo, como sostenía Elías Canetti, la tesis doctoral debía comenzar cuestionándose el punto de partida (inmunidades del poder), en vez de utilizarlo acríticamente para analizar cuestiones que quizás no encajasen bien en su propia lógica. Así, lo prioritario no era, o no tanto, detectar esas renacidas inmunidades sino estudiar el significado mismo de la expresión clásica que pretendía sustentar la investigación. Ésta debía cambiar la perspectiva para abordar de forma renovada el objeto de estudio y ello comenzaba, necesariamente, por dar un paso atrás y preguntarse por la procedencia última de las clásicas inmunidades del poder que la habían impulsado, es

1. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de Gobierno, poderes normativos)», *Revista de la Administración Pública*, 1962, pp. 159 y ss.

decir, por analizar el contexto jurídico-político donde aquéllas habían surgido y desplegado auténticamente su significado.

Así las cosas, la tesis doctoral ha pretendido explicar cómo el discurso de las inmunidades del poder es propio de unas coordenadas jurídico-políticas en las que el sistema normativo no es autorreferente y positivo y, por tanto, inmune como sistema, propiamente soberano: el ordenamiento dictatorial. Aquéllas no dejan de ser los vestigios o las adherencias del soberano *legibus solutus* entonces existente. En la medida en que se alcanza el Estado constitucional, dicho discurso se torna caduco: ya no hay poder inmune jurídicamente posible allí donde la Constitución es Norma Suprema. Tampoco, entonces, inmunidades del poder. La investigación debía empezar justo donde la expresión clásica agotaba su significado ante el imperio, hoy indiscutible, de la soberanía constitucional, escribiendo precisamente esa continuación, tan necesaria como académicamente inexplorada. La necesidad –como dijera Hannah Arendt– de «pensar sin asideros»² devenía entonces insoslayable.

Así, en estas coordenadas jurídicas, las anomalías o cuerpos extraños que surjan en el seno del Estado constitucional ya no serán inmunidades del poder en la medida en que no provendrán de ningún poder político previo o ajeno al Derecho, sino del propio ordenamiento jurídico en sí mismo considerado. Serán, entonces, patologías del sistema. El reto, por tanto, del ordenamiento jurídico contemporáneo consiste en detectar aquellos elementos que, gestados ahora en su propio interior, en forma de mecanismos, herramientas, prácticas, etc., atacan su propia identidad y, al hacerlo, reducen sus niveles de inmunidad (autorreferencialidad y positividad), debilitándole como sistema en su conjunto.

A diferencia de lo que se pensaba en los inicios de la investigación, de lo que se trataba ya no era entonces de estudiar de qué manera pervivían en el sistema jurídico contemporáneo las viejas inmunidades del poder, extintas en el seno de un Estado constitucional. De lo que se trataba, por el contrario, era de analizar cómo el ordenamiento jurídico había conseguido su inmunidad (autorreferencialidad y positividad) y cómo luchaba por mantenerla, algo que pasaba, necesariamente, por detectar y combatir las patologías que, en su interior, de manera muchas veces imperceptible, se habían ido gestando. Ese es, en efecto, el objeto de estudio de la investigación doctoral llevada a cabo.

La tesis, sin embargo, no ha pretendido elaborar un inventario detallado de dichas patologías. Las dimensiones y la complejidad de los sistemas jurídicos modernos son tales que la sola intención de llevarla a cabo, además, sería tarea abocada al fracaso. Siempre existiría un sector del ordenamiento al que no se habría atendido; incluso la propia coherencia de la investigación se pondría en tela de juicio

2. ARENDT, H.: *Pensar sin asideros. Ensayos de comprensión 1953-1975*, vol. I y vol. II, trad. R. Ramos Fontecoba, Página indómita, Madrid, 2019.

ante la incapacidad de explicar por qué se analizan unas patologías y no otras. Dicho enfoque excesivamente adherido a lo concreto se compatibiliza peor, asimismo, con la lógica interna de este estudio que pretende ser una construcción general y teórica que no desciende, en sus capítulos, a un análisis pormenorizado de cualesquiera casos particulares.

La tesis doctoral no analiza, en puridad, las patologías del sistema, sino que trata de construir la herramienta que permite hacerlo. Crea un método. Y éste, en cuanto tal, es necesariamente abstracto y conceptual, pues surge de la inferencia de distintos casos concretos que presentan las similitudes necesarias para ser tratados de forma homogénea en el máximo nivel de abstracción. Los ejemplos que se ofrecen de distintas patologías no dejan de ser tales, esto es, muestras que tratan de testar la fiabilidad de la herramienta que aquí se ofrece, pero nunca de agotar dicha muestra.

Así las cosas, la pretensión del estudio no es otra sino crear un modelo teórico; revestir, en suma, una vocación teórica de universalidad. Precisamente por ello, su desarrollo, incluso su mismo enfoque, está plenamente condicionado por la metodología que se ha seguido. La tesis doctoral echa sus raíces en el positivismo normativista de corte kelseniano y en la teoría funcionalista de los sistemas especialmente desarrollada por Niklas Luhmann. Subrayar cuáles han sido los presupuestos dogmáticos de la investigación es preciso para, no solo comprender los lugares por los que la misma discurre, sino a los cuáles finalmente llega y al propio sujeto que los transita. Si éste hubiera sido otro, no solo, casi con total seguridad, no se hubiera llegado a los mismos lugares, sino que muy probablemente el estudio hubiera pasado por otros caminos muy distintos de los que en la investigación se recorren.

El trabajo realizado, no obstante, no contiene u ofrece finalmente verdades cerradas sino constataciones provisionales de un proyecto de investigación que, por su propia definición, es una tarea inacabada y en constante evolución. Confiando en que la producción de complejidad no es solo un medio sino un fin en sí misma, lejos de despejar las dudas o los interrogantes que este tema pudiera plantear, la tesis doctoral solo ha pretendido contribuir a hacerlos más complejos. Asumir y contribuir a fomentar esa ductilidad ha sido, sin duda, una parte relevante de la andadura doctoral y, en general, de la propia vida académica, aún muy incipiente. Las siguientes páginas solo pretenden dar cuenta, modestamente y de forma muy sintética, de las reflexiones más relevantes que han tratado de ofrecer una visión alternativa de la inmunidad y del desafío que para los sistemas democráticos modernos supone la conservación de su propia identidad.

II. DEL PODER INMUNE AL ORDENAMIENTO SOBERANO.

La primera parte de la tesis doctoral, como previamente se avanzaba, ha tratado de situar la inmunidad el contexto jurídico-político donde surgió y donde

despliega verdaderamente su significado. En el Estado dictatorial –en el que García de Enterría escribió su conocido trabajo– las inmunidades del poder no eran cuerpos extraños sino elementos consustanciales a aquél. Organizado de acuerdo con el principio monárquico, el sistema dictatorial atribuía a un sujeto el poder absoluto para gobernar al margen del Derecho, disponiendo asimismo a su antojo de éste. El poder político existía y se desarrollaba fuera del Derecho, era originario y prejurídico y por eso, desde la perspectiva autoritaria, era propiamente poder (de un sujeto), o sea, soberano *legibus solutus*. Esos reductos administrativos exentos de fiscalización jurisdiccional eran reflejo, en último término, de ese poder que se resistía a ser jurídicamente sometido, esto es, reflejos de la inmunidad general que aquél poseía en cuanto fundamento último del sistema.

Esta ajenidad que, desde el punto de vista jurídico, revestía el poder político en el seno de este tipo de órdenes se explicaba desde su naturaleza profundamente heterorreferencial. Su fundamento último de validez no se encontraba dentro de sus propias fronteras normativas sino fuera de las mismas, en el dictador o en el soberano *legibus solutus*. En consonancia con esta lógica, las inmunidades del poder no eran sino la forma de aludir, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, a las diversas manifestaciones de ese poder político prejurídico y metapositivo que, en cuanto procedentes de éste, también se revelaban y desarrollaban al margen del Derecho mismo. Un sistema heterorreferencial genera, si se permite la expresión, «heterorreferencialidades» o, lo que es lo mismo, si existe un poder verdaderamente inmune, lo que sea expresión del mismo serán, en coherencia, inmunidades del poder.

La expresión tradicional, sin embargo, ha pasado al acervo jurídico común por su significación material más inmediata (la exención de control jurisdiccional) y como tal, descontextualizada cuando lo más sugerente que permite poner de relieve es una determinada lógica de funcionamiento sistémico que, como tal, solo adquiere auténtico sentido en sus correspondientes coordenadas jurídicas que son, justamente, las que la tesis pretende subrayar.

Si bien a corto plazo la lucha contra las inmunidades del poder era la lucha por el Estado legal de Derecho, por someter al ordenamiento las áreas exentas de fiscalización contencioso-administrativa, no se cuestionaba, en último término, ese poder inmune. Sin embargo, mientras éste perviviese, mientras se conservase la heterorreferencialidad sobre la que pivotaba el sistema, esas inmunidades del poder serían susceptibles de emerger en cualquier momento pues no eran sino su propio producto.

Así, a largo plazo e indirectamente, la lucha contra las inmunidades del poder (o, más bien, contra el poder inmune) debía ser, en efecto, la lucha por el Estado constitucional, es decir, por un sistema que, a diferencia del anterior, fuese autorreferente y positivo, no debiéndose así a elementos externos que lo condicionaran desde el exterior (poderes inmunes) sino solo a sí mismo, a su propia normatividad. Se trataba de insertar el poder político y su ejercicio dentro de

las coordenadas del sistema jurídico, es decir, incardinar, no solo su límite, sino también su fundamento dentro del propio ordenamiento. Había que transitar, en suma, de un sistema jurídico heterorreferencial, que colocaba fuera de sí mismo su fundamento de validez (en el poder político), a uno autorreferencial, que sitúa dentro de sus fronteras normativas y no en instancias externas dicho fundamento.

Y es que cuando la Constitución es Norma Suprema, ya no es posible hablar de poderes inmunes. No solo porque éstos están sometidos al ordenamiento sino porque son, en primer lugar, creados por él. Son poderes públicos o privados juridificados. Del poder inmune se pasa, entonces, al ordenamiento jurídico soberano. Siendo esto así, la inmunidad ya no le corresponde a lo que se sitúa fuera del ordenamiento y lo doblega sino, en todo caso, al sistema jurídico mismo que debe ser inmune en el sentido de «protegido» frente a injerencias externas (autorreferente) y, al mismo tiempo, «adaptado» al medio social para lograr sobrevivir (positivo). Lo inmune ya no es el poder político, previo y ajeno al Derecho, sino éste mismo como sistema, como orden genuinamente soberano. Concebida en estos términos, la inmunidad dejaría entonces de ser ese viejo y tradicional enemigo del Derecho para convertirse, justamente, en su mejor aliado hasta devenir, lo inmune, en lo que el Derecho como sistema, al igual que el organismo biológico, aspira a ser.

Esta es, en efecto, la primera tesis que el trabajo pone de manifiesto y que tradicionalmente parece haberse obviado: que detrás de las inmunidades del poder hay, en primer lugar, un poder inmune (un soberano *legibus solutus*) que es el presupuesto básico para la existencia de las mismas; y que lo problemático no es entonces la inmunidad, sino que la porte un poder ajeno y superior al Derecho (es decir, que se asocie a la heterorreferencialidad), pues aquélla, cuando se pone del lado del propio sistema, reconduciéndose a esas dos cualidades inmunitarias que precisa para ser soberano (autorreferencialidad y positividad) es esencial para su propia subsistencia. Y es aquí donde creo que el símil biológico al que la tesis doctoral recurre permite visualizar o comprender mejor esas necesidades de protección y adaptación que el ordenamiento, como el organismo biológico, precisa para sobrevivir como tal, así como las amenazas a las que el mismo se enfrenta.

Observar de esta manera el problema ofrece a la investigación una perspectiva renovada pues de lo que se trataría entonces es de ver cómo el sistema jurídico fue progresivamente luchando para reunir y maximizar esas cualidades y cómo sigue haciéndolo por mantenerlas. Eso es justamente lo que se estudia con más detenimiento en el Capítulo primero de la tesis doctoral, en el que se aborda ese tránsito desde los poderes inmunes hasta el ordenamiento jurídico soberano y se analizan las cuestiones fundamentales directamente relacionadas con el mantenimiento de las antedichas cualidades: la posición de la Constitución, el papel de la reforma constitucional, el Tribunal Constitucional y la integración europea.

Ya en el segundo capítulo, trata de estudiarse dicha cuestión en relación con el sistema democrático, contraponiendo los modelos de democracia procedimental y militante, tratando de ver cuál es y cómo se comporta el sistema inmunitario de cada uno de ellos. La democracia procedimental, por su parte, atribuyendo la soberanía a la colectividad, evita que alguien pueda erigirse en soberano. El sistema jurídico conserva de esta manera su autorreferencialidad asignando la soberanía, mediante una ficción, a quien no puede ejercerla puesto que quien efectivamente lo haga ya no será soberano sino, necesariamente, poder constituido. Así, la soberanía popular tan solo pretende reconducir a los sujetos destinatarios de las normas jurídicas el origen de éstas, en definitiva, a hacer posible y efectivo el autogobierno, dotando así de mayor legitimidad al sistema en su conjunto algo que, en definitiva, redundará en su mayor eficacia. La idea que late tras aquélla es, entonces, esencialmente autorreferencial y, por ello, viene a reforzar la inmunidad del ordenamiento en su conjunto.

En lo que tiene que ver con la positividad, la democracia procedimental, al admitir que todo contenido de las normas jurídicas es mudable si se sigue el procedimiento establecido, esto es, al asegurar que todas las opciones políticas puedan ser igualmente perseguidas dentro del ámbito jurídico, presenta un alto grado de adaptabilidad a su entorno. Las defensas, por tanto, de la democracia procedimental no descansan en ciertas opciones materiales concretas sino en sus propios procedimientos de actuación, abiertos, libres y plurales. De ahí que su subsistencia, su propia eficacia, no dependa de luchar contra los enemigos (no democráticos) del sistema –pues no existen, al ser válidas todas las opciones– sino de ser capaz de gestionar permanentemente la perturbación, de crear continuamente instrumentos que le permitan estar en movimiento y ser dinámico en aras a reaccionar frente a las irritaciones, demandas o reivindicaciones que surjan en el entorno social.

Este esquema varía, sin embargo, en el caso de la democracia militante. Y ello porque, en el seno de tal ordenamiento, el parámetro último de validez no son las normas sino, en último término, unos valores metapositivos –el orden democrático-liberal– que conforman su verdadero núcleo de identidad y disciplinan el funcionamiento del sistema. Cuando tales valores no resultan comprometidos, la autorreferencialidad sistémica se mantiene pues lo relevante sigue siendo la observancia de las normas. Sin embargo, cuando sucede lo contrario, el sistema jurídico se repliega. Entonces, la validez de una determinada norma o actuación no depende de su correspondencia con las operaciones jurídicas del ordenamiento, sino de su adecuación a esos valores metajurídicos que condensan la esencia misma de aquél. De ahí que las conductas que contradigan a ese orden democrático-liberal devengan antijurídicas aun cuando hayan cumplido con las normas para llevarse a cabo porque, en definitiva, no se ajustan a ese parámetro de validez situado por encima de las mismas.

Así, no resulta descabellado sostener que en una democracia militante existe un poder inmune, conformado por ese conglomerado de valores democráticos

superiores a la propia Norma Fundamental, superior e inaprensible para el Derecho positivo. Si al inicio de este trabajo trataba de defenderse que el poder inmune existe allí donde existe un sistema jurídico que tiende a ser heterorreferencial, la democracia militante viene entonces a demostrar dicha hipótesis.

En cuanto a la positividad, al impedir que determinadas opciones puedan perseguirse lícitamente dentro del ordenamiento jurídico por ser contrarias al orden constitucional subyacente, la democracia militante levanta unas barreras defensivas a nivel cognitivo de las que la democracia procedimental carece. De esta manera, el proceso comunicativo de la democracia militante es más estrecho que el de la procedimental, dado que no solo se pliega en el *output* sino primeramente en el *input*: las expectativas contrarias al orden de valores subyacente al texto constitucional no son decidibles pero tampoco discutibles. De ahí que, en esos «hard cases», la Constitución democrática militante no sea tanto garantía de posibilidades como garantía de lo debido. Es, en sus extremos, la Constitución de lo políticamente lícito. No solo hay Constitución, de hecho, sino «voluntad constitucional»³.

Aun pareciendo más defensiva o protectora, lo cierto es que la democracia militante es más débil como sistema. Desde el momento en que cierra la puerta a que determinadas opciones puedan reivindicarse lícitamente en el seno de lo jurídico, aquélla asume el riesgo de que las mismas traten de imponerse obviándolo. La militancia fomenta huidas del Derecho, el surgimiento de fuerzas y manifestaciones políticas y sociales que nacen y se desarrollan al margen de aquél. Al verter su fuerza en la defensa de una determinada secuencia de valores (orden constitucional), la democracia militante flaquea en la tarea de defenderse a sí misma como sistema autorreferente y positivo (ordenamiento jurídico). De alguna manera considera que la estabilidad del ordenamiento depende, en último término, de la estabilidad de los propios elementos –el orden democrático-liberal– y no de su funcionamiento recursivo y dinámico, abierto y plural, también en esos casos más extremos en los que aquél está en juego.

Para combatir o reprimir todas aquellas manifestaciones que ponen en tela de juicio la vigencia del orden constitucional, la democracia militante se sirve, en último término, de los mecanismos de defensa de la Constitución. Éstos --que la tesis analiza con cierto detenimiento-- son fundamentalmente cuatro: la prohibición del ejercicio antisistema de los derechos fundamentales, el derecho penal del enemigo, las cláusulas de intangibilidad y el derecho de resistencia. En ausencia de los mismos –se entiende– sería posible que, a través del procedimiento jurídicamente válido, se terminase por quebrantar dicho orden material. Si el orden democrático-liberal es precisamente, en la democracia militante, ese poder

3. DENNINGER, E.: «Democracia militante y defensa de la Constitución», en BENGA, E.; MAIHOFER, W.; VOGEL, J.; HESSE, K.; HEYDE, W.: *Manual de Derecho Constitucional*, trad. A. López Pina, Marcial Pons, IVAP, Madrid, 1996, p.454.

inmune, los instrumentos de defensa de ésta serán, en puridad, inmunidades del poder en cuanto manifestaciones reflejas de aquél. Son herramientas que no tratan de velar por la autorreferencialidad y positividad del sistema, sino por la preservación del orden de valores subyacente al texto constitucional (heterorreferencialidades). Son, en suma, instrumentos puestos al servicio de la preservación del orden constitucional y no del ordenamiento jurídico en cuanto tal.

III. DE LAS INMUNIDADES DEL PODER A LAS PATOLOGÍAS DEL SISTEMA

Si el imperio de la soberanía constitucional ha desbancado a los poderes inmunes y, por ende, a sus correlativas inmunidades del poder, la lucha tradicional parece quedar inevitablemente sin objeto dentro de estas coordenadas autorreferenciales. Sin embargo, lo que sucede es que el sistema jurídico contemporáneo ya no lucha, efectivamente, contra manifestaciones reflejas de poderes ajenos al Derecho, hoy inexistentes, sino contra los cuerpos extraños gestados en su positividad. Siendo el discurso «pre-soberano» el de las inmunidades del poder, el «soberano» es el de las patologías del sistema. Si las primeras eran, coherentemente, producto de poderes inmunes, ajenos y previos al ordenamiento jurídico y, por ende, manifestaciones heterorreferenciales, las segundas surgen, por el contrario, en la propia positividad de tal orden.

Mientras que la lógica de las inmunidades es basalmente heterorreferencial, pues el Derecho observa desde «afuera» cómo el ajeno poder político puede anular sus previsiones, la lógica de las patologías es, en esencia, autorreferencial. Por eso encaja fielmente con la del Estado constitucional. El sistema ya no observa nada fuera de sí mismo sino solo su propio interior. Y en esa entropía del sistema jurídico ya no hay inmunidades de ningún poder que le resulte ajeno a aquél sino solo patologías que, en la medida en que emergen y se enquistan en el mismo, dañan su identidad. Si las defensas del ordenamiento (su particular sistema inmunológico) no actúan o son ineficaces, el cuerpo extraño se enquista en el mismo y anida en él como una patología, como una enfermedad que, si es sistémica, mina y debilita la identidad del ordenamiento jurídico. Esta es, en efecto, la segunda tesis que el trabajo ha tratado de sostener.

Así, independientemente de a quién o a qué beneficie la patología, lo relevante es que es precisamente tal. Esos poderes públicos o privados que pueden resultar favorecidos por las mismas no son algo disociado del Derecho, sino que se insertan dentro de él, de forma que deben ser tratados como elementos del propio sistema. Por tanto, resulta más coherente con la autorreferencialidad del ordenamiento analizar el funcionamiento de éste desde su propio interior como un todo conjunto y, en consecuencia, estudiar cómo desde la propia normatividad (*ad intra*) puede ir dañándose progresivamente su identidad al gestarse en su interior cuerpos extraños que, cuando no logran identificarse y expulsarse,

perviven en el mismo como nocivas patologías. No puede decirse entonces que la reacción contra éstas sea una lucha contra las inmunidades del poder sino, al contrario, por mantener el poder de supremacía de la Constitución y, en ese sentido, por conservar la inmunidad (autorreferencialidad y positividad) del ordenamiento en su conjunto.

Desde el punto de vista estrictamente material, las contemporáneas patologías, a diferencia de las antiguas y clásicas inmunidades del poder, no tienen que ver única y exclusivamente con los reductos exentos de la fiscalización jurisdiccional, sino con todas aquellas manifestaciones o elementos que resulten incompatibles con la identidad del ordenamiento en su conjunto. Y ésta, no solo tiene que ver con el Estado de Derecho, sino con los *elementos esenciales* del resto de principios estructurales del ordenamiento, al ser las normas constitucionales que más intensa y extensamente condicionan la validez de otras normas dado que vertebran el proceso de creación normativa en los niveles superiores del ordenamiento. Aquéllos configuran la identidad sistémica, es decir, el ADN del sistema normativo.

Así las cosas, desde la perspectiva de un ordenamiento autorreferente y positivo, no es solamente que los reductos no sujetos a control judicial sean patologías y no inmunidades del poder, sino que, además, constituyen tan solo una especie dentro de un género mucho más amplio que, en su totalidad, abarca todos los cuerpos que resulten extraños o anómalos para la identidad, sumamente compleja, del sistema en su conjunto. Esto es justamente lo que permite explicar que, como categoría formal, las patologías sean potencialmente universalizables –todos los sistemas pueden albergar patologías– y, sin embargo, en términos materiales, devengan profundamente contextuales o relacionales. Lo que las identifica es su función, esto es, lo que aquéllas hacen (o más bien deshacen) –atacar la identidad del sistema– y no tanto lo que son en términos sustantivos. Esto último es, en definitiva, producto de lo anterior y puede adoptar –y en efecto así lo hace– muchas y diversas formas. Por eso el prisma funcional y no el estrictamente material es el adecuado para enfocar la cuestión que ahora nos ocupa. La forma concreta que adopta la patología solo es susceptible de ser correctamente identificada dentro de unas coordenadas jurídico-constitucionales concretas, no al margen de las mismas. Las patologías son, necesariamente, patologías con respecto a un determinado ordenamiento.

Siendo esto así, la tesis doctoral debía establecer alguna clasificación o sistematización pues la naturaleza y formas a través de las cuales distintos elementos minan la identidad del sistema son muy heterogéneas, sin que sea posible reconducirlas a un único modelo. Lo que distingue a las mismas no es el «qué» –minar la identidad sistémica– sino más bien el «cómo». Ese «cómo» alude básicamente a la forma que tienen de revelarse y atacar las patologías, algo que está directamente relacionado con el origen de las mismas. Así, la categorización que resultó ser más útil o sencilla era la que distinguía entre las patologías de origen exógeno y las de procedencia endógena (también llamadas autoinmunidades). Al estudio

de las mismas se han dedicado, respectivamente, los capítulos tercero y cuarto de la tesis doctoral.

Las patologías exógenas son tales porque constituyen elementos que se introducen en el ordenamiento jurídico, a nivel infraconstitucional, que resultan contrarios –al menos *a priori*– a su identidad, tal y como ésta aparece normativamente configurada en el ordenamiento en cuestión. Su naturaleza exógena alude precisamente al hecho de que son una suerte de «importaciones» que el ordenamiento lleva a cabo que, en cuanto tales –al menos en un primer momento– contradicen alguno de los elementos nucleares de identidad. No forman parte de la fisiología originaria o característica del ordenamiento sino a la inversa. Ahora bien, el carácter exógeno de las mismas señala la ajenidad que las mismas presentan, no respecto a la normatividad del sistema –dado que se insertan en la misma, no residen en el exterior– sino a la identidad concreta de aquél. Son patologías exógenas porque son ajenas a ésta y, en este sentido, se oponen a alguno de los elementos nucleares en los que ésta se materializa.

Pues bien, tales elementos, al resultar contrarios a la identidad del ordenamiento (en tanto que atacan o se contraponen a algún elemento esencial de los principios estructurales), éste debe ponerlos «bajo sospecha». Tal cosa la hace anudándoles una presunción de nocividad: *prima facie* son elementos patológicos. Sin embargo, dicha presunción es *iuris tantum*. Si aquéllos demuestran que resultan funcionales, es decir, que de alguna manera se colocan al servicio de la eficacia de algún principio estructural del ordenamiento, pueden destruirla. Se demuestra así que el elemento en cuestión es patológico *prima facie* y que, por tanto, resulta beneficioso para el funcionamiento ordenamiento, alineándose así con lo más refinado de su propia identidad. Precisamente por ello, tales elementos logran insertarse no solo de forma pacífica sino armónica en el seno del ordenamiento, viviendo en simbiosis con éste y coadyuvando al reforzamiento de su propia inmunidad (autorreferencialidad y positividad).

Un ejemplo de ello pueden ser los beneficios fiscales. En cuanto elementos que *prima facie* se oponen tanto al principio de igualdad (art.14 CE) como al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art.31 CE), deben ponerse necesariamente bajo sospecha. Sin embargo, los mismos, como ha dicho el Tribunal Constitucional, son tolerables siempre que persigan fines de interés general. En esos casos, esa inicial presunción de nocividad se vence pues ahí dichos elementos consiguen al servicio del ordenamiento, retroalimentándolo; como sucede, por ejemplo, con la exención de tributación del mínimo vital que se coloca, en último término, al servicio del Estado Social.

Sin embargo, estos elementos *prima facie* contrarios a la identidad del sistema pueden, o bien no desempeñar función beneficiosa alguna al servicio de la identidad del sistema, o bien haber perdido ésta, por el propio dinamismo del ordenamiento y del medio social en el que se inserta. Cuando ello sucede y, aún así las patologías *prima facie* siguen habitando en el mismo –al no ser reconocidas como

tales por el propio sistema- se enquistan en éste como peligrosas patologías *stricto sensu* que son, en cuanto tales, irreconciliables con la identidad de aquél. A diferencia de las anteriores, poseen una nocividad que no es susceptible de ser desactivada o minorada. Son de plano incompatibles con la identidad del sistema en el que anidan porque no existe función beneficiosa que puedan desempeñar al servicio de la misma. Eso sucede, por seguir con el ejemplo anterior, cuando un beneficio fiscal, en vez de perseguir esos fines de interés general (patología *prima facie*) se convierte, sencillamente, en un privilegio discriminatorio y, como tal, intolerable en el seno de un Estado democrático de Derecho (patología *stricto sensu*), como sucedió, por ejemplo, con la amnistía fiscal.

La clave, por tanto, para desactivar la nocividad de las patologías *prima facie* no es otra que la funcionalidad, es decir, la acreditación del desempeño de una función beneficiosa para el sistema en su conjunto que no es otra sino aquella que, de alguna forma, retroalimenta a sus propios principios estructurales. No obstante, esa funcionalidad tiene, también, determinados límites positivos. Y es que resulta ilustrador comprobar cómo el sistema, en ocasiones, establece prohibiciones constitucionales o convencionales que operan, en este sentido, como presunciones *iuris et de iure* de nocividad. Al prohibir taxativamente la existencia de ciertos elementos, el ordenamiento excluye la posibilidad de que se ofrezcan pruebas en contrario que pudieran llegar, en algún momento, a justificar su existencia. Los considera, de todo punto, radicalmente contrarios a su identidad (patologías *stricto sensu*). No son susceptibles de desempeñar función beneficiosa alguna al servicio del ordenamiento y, en ese sentido, si se permite la expresión, son elementos «infuncionalizables». El ejemplo paradigmático a estos efectos tal vez sea la tortura, que está prohibida en cualquier circunstancia (art.15CE).

Cuando a pesar de ello tales elementos logran acceder al sistema, lógicamente porque éste no detecta su nocividad sino al contrario, se convierten en patologías *stricto sensu* que dañan altamente su identidad. Y tal cosa lo hacen, fundamentalmente, de dos maneras. O bien tratando de situarse fuera del ámbito de la prohibición constitucional, es decir, de la presunción de nocividad *iuris et de iure*, lo que hacen generalmente camuflándose a través de un interesado fraude de etiquetas -no es cadena perpetua sino prisión permanente revisable, por ejemplo- o bien porque consiguen hacerle creer al ordenamiento que, a pesar de que éste haya previsto su exclusión taxativa (prohibición) y entienda que se insertan dentro de la misma, pueden resultar en determinados casos «excepcionalmente justificables» -véase la tortura de rescate-.

No obstante, como se advertía previamente, las patologías no proceden únicamente de esos elementos exógenos sino de otros que son endógenos. Si lo que singularizaba a las anteriores era el hecho de que constituían elementos que resultaban contrarios a algún elemento esencial de alguno de los principios estructurales del sistema, lo definitorio de éstas es justamente lo contrario: que surgen a raíz de aquéllos. Son elementos genuinamente «propios», es decir, consustanciales a la forma en la que el sistema ha diseñado su identidad y, por tanto,

puestos al servicio de las cualidades inmunitarias de la autorreferencialidad y positividad, los que en esta ocasión se tornan nocivos.

Si las patologías de carácter exógeno se asimilaban a «importaciones» erróneas llevadas a cabo por el sistema, las de origen endógeno responden más bien a «distorsiones» de elementos o mecanismos consustanciales a su identidad. Las patologías proceden ahora de elementos característicos de la fisiología originaria y natural del ordenamiento. Siendo esto así, lo normal es que las patologías endógenas puedan gestarse también a partir de elementos contemplados en la propia Constitución. Sin embargo, eso no significa que elementos de rango constitucional sean en sí mismos patologías sino, tan solo, que éstas pueden gestarse a partir de aquéllos, a través de diferentes fuentes (legislativas, jurisprudenciales, de aplicación práctica, etc.).

A este tipo de patologías que surgen cuando los elementos del propio sistema, puestos al servicio de su propia identidad, acaban atacándose se les denomina singularmente «autoinmunidades». No porque no sean propiamente patologías –pues es evidente que lo son al constituir anomalías en el funcionamiento sistémico– sino porque constituyen un tipo muy concreto de ellas. En definitiva, su existencia pone de manifiesto un comportamiento del ordenamiento jurídico que es perfectamente asimilable al del organismo biológico: cómo en determinadas ocasiones su propio sistema de defensa, de forma errónea y obviamente perjudicial para el mismo, se vuelve contra sí mismo.

Lo propio, entonces, también puede terminar por resultar nocivo y aquí la cuestión aumenta exponencialmente su complejidad. Y es que, al tratarse de elementos consustanciales a su identidad, el punto de partida de las patologías endógenas ya no es la presunción de nocividad, sino la contraria, de benignidad: el ordenamiento asume que se trata de elementos beneficiosos y, por tanto, no suele estar alerta frente a los mismos, no los sitúa bajo sospecha. Sin embargo, esa presunción es también *iuris tantum*. El carácter benigno de este tipo de elementos es tal mientras no se demuestre lo contrario, esto es, mientras no exista prueba en contra que acredite que aquéllos originariamente puestos al servicio del ordenamiento en el que surgen y habitan, han terminado por volverse en su contra. Y tal cosa la hacen cuando se vuelven disfuncionales.

La disfuncionalidad es, nuevamente, lo que puede convertir a un elemento propio y necesario del sistema, consustancial a su propia identidad, en una patología. Esa disfuncionalidad, en suma, no consiste en otra cosa sino en la falta de desempeño o de correcto desempeño, por parte de los elementos endógenos, de la función que tienen sistémicamente asignada que es, en cuanto tal, una función ejecutiva de la identidad del sistema, pues es expresión genuina de sus principios estructurales. Por eso coadyuva al mantenimiento de la inmunidad del mismo (autorreferencialidad y positividad). En la medida en que un elemento consustancial a la identidad del ordenamiento no puede desempeñar o desempeña mal la función que le caracteriza, que es la que sirve a la eficacia de sus principios

estructurales y, con ello, a la del sistema en su conjunto, aquélla no es tal sino, más bien, una disfunción que resulta lesiva para el ordenamiento en el que se aloja.

Debe tenerse presente, no obstante, que esa disfuncionalidad que pueden sufrir los elementos consustanciales a la identidad del sistema no acontece de forma fortuita, sino que es provocada, es decir, que son los propios recursos del ordenamiento los que la gestan y apuntalan. En este sentido, los elementos endógenos no se tornan disfuncionales, sino que, si se permite la expresión, «son disfuncionalizados». Lo que sucede, no obstante, es que esa disfuncionalidad no se produce siempre de la misma manera. Mientras que en unos casos es activa, en otros es pasiva.

La primera tiene lugar cuando los elementos endógenos pasan a desempeñar una función distinta de la que les corresponde y, en ese sentido, no reconducible a su propia identidad (a sus principios estructurales) sino ajena a la misma. Al hacerlo, digamos que tales elementos ya no se ponen al servicio de la identidad del ordenamiento, sino que se vuelven peligrosamente en su contra. Ya no retroalimentan a los principios estructurales y, por tanto, a su identidad, sino que operan de espaldas a los mismos, funcionando como una suerte de fuerza centrífuga orientada a «salir» del ordenamiento donde están llamados a permanecer. Y ello, bien porque tales elementos se expandan o amplíen (disfuncionalidad por *vis expansiva*) o bien porque transmuten su cometido originario (disfuncionalidad por distorsión), pasando a desempeñar otro.

El caso paradigmático del primer tipo de disfuncionalidad es el que sufren las prerrogativas cuando se expanden y, por tanto, cuando se convierten en privilegios (patologías). El ejemplo quizás más reciente de esa *vis expansiva* es la que está sufriendo la inviolabilidad del Rey al entenderse que no solo le blindo frente a la fiscalización jurisdiccional sino también frente a la crítica desencadenada en sede parlamentaria a raíz de la activación de diversos mecanismos de control parlamentario; o que se extienda, incluso, a quién ya ha abandonado su cargo como Monarca. Por su parte, el ejemplo más claro del segundo tipo de disfuncionalidad (por distorsión), es el que sufren las mayorías cualificadas cuando, en vez de funcionar como elementos de consenso que eliminen el sesgo partidista, se convierten en elementos de reparto proporcional; algo que es especialmente peligroso cuando a través de las mismas se nombran cargos institucionales que tienen incidencia, entre otras cosas, en la jurisdicción.

Sin embargo, la disfuncionalidad también tiene lugar en la medida en que los elementos endógenos sean incapaces de evolucionar para adaptarse al dinamismo que reviste la identidad del sistema y seguir desempeñando así una función valiosa a su servicio, manteniéndose estáticos cuando lo que deben hacer es justamente regenerarse para conservar o desplegar su funcionalidad. Esta es la disfuncionalidad pasiva. Así sucede, por ejemplo, cuando el control parlamentario se sigue articulando en clave Parlamento-Gobierno y no en clave minoría-mayoría, lo que permitiría que aquél conservase su eficacia en el seno de un sistema

de partidos; o, también, cuando se mantienen concepciones, regulaciones o interpretaciones de derechos poco acordes con el dinamismo y la complejidad del sistema jurídico moderno. Mientras que la disfuncionalidad activa afectaba, fundamentalmente, a la autorreferencialidad del sistema la disfuncionalidad pasiva afecta, prioritariamente, a la positividad de aquél por cuanto impide o dificulta su acomodo al cambio y, con ello, al entorno social en el que se inserta.

Por último, la tesis doctoral se cierra poniendo de manifiesto de forma expresa una idea nuclear de la investigación: que las patologías sirven para poner a prueba la capacidad de reacción del ordenamiento y reforzarla, contribuyendo así a que despliegue una mayor eficacia. El antígeno genera el anticuerpo. La existencia de patologías en el sistema jurídico obliga a éste, en un primer momento, a detectarlas y, posteriormente, a luchar contra aquéllas, en aras a mantener su identidad y, con ello, su propia autorreferencialidad y positividad de conjunto. El ordenamiento debe reactivar sus defensas para combatir lo que le amenaza y así poder subsistir. Por eso, lo nocivo no es tanto que surjan patologías, sino que el sistema no sepa reaccionar contra las mismas o que ni siquiera sea capaz de identificarlas como tales, lo que conduce a que las anteriores, no solo sigan anidando en el ordenamiento sino, en muchos casos, a que expandan o desarrollen la nocividad que portan.

El sistema, por tanto, no se protege en puridad, o no solo, frente a las patologías sino, prioritariamente, a través de ellas, pues necesita reconocerlas y examinarlas para identificarlas como tales y, posteriormente, combatir las. Aquél no lucha contra lo que no detecta como una amenaza. Ese progresivo reconocimiento de patologías refuerza la respuesta inmunitaria del sistema por cuanto va ampliando su memoria celular, en la que van quedando registradas experiencias previas de elementos considerados nocivos, lo que refina y agudiza la futura detección de otros y, consiguientemente, su eliminación. El sistema aprende a identificar y combatir patologías, tanto exógenas como endógenas, también a base de experimentarlas.

En el desarrollo de esta tarea adquiere un papel nuclear la jurisdicción. Singularmente el Tribunal Constitucional, en los modelos concentrados de justicia constitucional que es, en este sentido, pieza clave del sistema inmunitario al ser el máximo intérprete de la Norma Suprema; y, en los difusos, los distintos órganos jurisdiccionales del Estado. La tesis doctoral analiza, a este respecto, la función profiláctica que el Tribunal Constitucional desempeñan identificando y combatiendo patologías, convirtiéndose así en una pieza indispensable del sistema inmunitario del ordenamiento jurídico. Sin embargo, en ocasiones su labor no contribuye a depurar el sistema, eliminando las patologías, exógenas u endógenas, surgidas en el mismo, sino al revés. Este es, quizá, uno de los ejemplos más claros de la inercia autoinmunitaria del sistema: que el órgano constitucional llamado, en última instancia, a defenderlo termine por convertirse en su mayor amenaza. Tal cosa sucede cuando el propio Tribunal crea él mismo (*ex novo*) patologías a través de su propia jurisprudencia, cuando integra una patología ya existente en

el sistema y, al hacerlo, la apuntala (no porque aquél la identifique como tal y la acepte, sino porque no la reconoce como un elemento nocivo), o cuando, sencillamente, abdica en su labor fiscalizadora tardando excesivos periodos de tiempo en resolver los asuntos que han llegado a dicha sede.

IV. BREVE RECAPITULACIÓN Y (ALGUNAS) PERSPECTIVAS

La tesis doctoral cuyas principales líneas maestras han tratado de sintetizarse en estas páginas ha tratado básicamente de demostrar dos cosas. La primera es que las inmunidades del poder solo existen allí donde lo hace, previamente, un poder inmune y que, precisamente por ello, son la manifestación más excelsa de la heterorreferencialidad del sistema jurídico. De ahí que la lucha del constitucionalismo haya consistido en transitar desde el ámbito de los poderes inmunes al ordenamiento jurídico propiamente soberano. La segunda es que, en el seno de un ordenamiento altamente autorreferente y positivo, ya no pueden existir coherentemente inmunidades del poder sino, en puridad, patologías del sistema, es decir, elementos o mecanismos que gestados al calor de la propia positividad van paulatinamente minando su identidad y, por ende, debilitando la eficacia de sus principios estructurales.

Reparar en que ello es así es fundamental para darse cuenta de que la existencia de un ordenamiento soberano, dotado de una identidad, no es algo susceptible de alcanzarse de una vez y para siempre, sino un avance sujeto a potenciales retrocesos y presiones. La existencia de patologías sirve, precisamente, para poner a prueba la capacidad de reacción del sistema y, en suma, su propia eficacia. La salud del organismo, al igual que la del sistema democrático, no consiste en no padecer patologías sino en ser capaz de luchar contra las mismas y erradicarlas. Y eso no es –quizá no pueda serlo nunca– una línea de llegada sino una permanente línea de salida.

Bajo la guía del Profesor Presno Linera y con el apoyo y ánimo del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, los resultados de esta investigación que aquí sucintamente se han expuesto fueron presentados presencialmente en esa institución, tras el primer y más duro embate del Covid-19, el 20 de julio de 2020 ante un Tribunal formado por los Profesores Francisco Bastida, Benito Aláez, Ana Carmona, Ascensión Elvira y Anne Maewese. Gracias a la generosidad del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, aquélla ha conseguido ver la luz, recientemente, en forma de monografía (*De las inmunidades del poder a la inmunidad del ordenamiento jurídico y sus patologías*).

El carácter marcadamente teórico de la investigación llevada a cabo me ha permitido, durante el desarrollo de la misma así como fundamentalmente después,

analizar de forma «monográfica» algunas de las patologías más señaladas del ordenamiento jurídico español (ya mencionadas en la tesis). Así, me he ocupado particularmente, por ejemplo, del abuso del decreto-ley o de las distorsiones que ha venido sufriendo la inviolabilidad regia. Creo, no obstante, que, si bien la investigación doctoral acompaña a uno toda la vida, la que he tratado de realizar, por el fenómeno que analiza, lo hará con particular intensidad. El propio devenir del mundo, cada vez más complejo, hace que el sistema normativo se enfrente constantemente a nuevos retos que pueden poner en tela de juicio su propia subsistencia (autorreferencialidad y positividad) y, por tanto, su propia identidad como Estado social y democrático de Derecho. El ordenamiento debe ser capaz de adaptarse a las nuevas circunstancias del medio social (positividad) sin renunciar a sus propios mecanismos, juridificados, de funcionamiento (autorreferencialidad) para seguir siendo tal.

Así, aprovechando la fuerza motriz que la tesis doctoral ha generado, pero tratando de explorar académicamente otros campos de conocimiento particularmente interesantes y determinantes para el futuro, la próxima singladura consistirá en analizar el impacto que la inteligencia artificial está teniendo sobre el funcionamiento y la propia identidad de los sistemas democráticos contemporáneos. ¿Son los algoritmos las nuevas inmunidades del poder? A ello pretendo dedicar con ilusión, aunque no sin cierto vértigo, los próximos años de mi vida académica.
