

## ABREVIATURAS

Art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOCG	Boletín del Congreso de los Diputados
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOPC	Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña
BVerfGE	Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEC	Centro de Estudios Constitucionales
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEPC	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
CF	Constitución francesa
CI	Constitución italiana
CP	Código Penal
Coord (s).	Coordinador(es)
DA	Disposición Adicional
DF	Disposición Final
Dir.	Director
DSCD	Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados
DSS	Diario de Sesiones del Senado
DT	Disposición Transitoria
DTC	Declaración del Tribunal Constitucional
ed.	Edición
Ed.	Editor
GG	Grundgesetz (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania)

FJ	Fundamento Jurídico
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LG	Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
LDPCA	Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas
LODP	Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo
LOEAES	Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio
LOEX	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
LOFCSE	Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOREG	Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.
LOSC	Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.
LOTC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
LPACAP	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
Núm.	Número
Op. cit.	Obra citada
p. (p.)	Páginas
RCD	Reglamento del Congreso de los Diputados
Reimp.	Reimpresión
RPC	Reglamento del Parlamento de Cataluña
RS	Reglamento del Senado
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

ABREVIATURAS

TUE	Tratado de la Unión Europea
Trad.	Traducción
VV.AA	Varios autores
Vol.	Volumen
Vs.	Versus



## PATRICIA GARCÍA MAJADO: UN EJEMPLO DE (I)NTELIGENCIA +(D)EDICACIÓN +(I)LUSIÓN

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

Patricia García Majado es profesora ayudante-doctora de Derecho constitucional en la Universidad de Oviedo desde el 13 de septiembre de 2021 pero su brillante trayectoria académica se inició bastante antes: mientras estudiaba el Grado en Derecho obtuvo durante dos convocatorias la Beca de excelencia académica de la Fundación María Cristina Masaveu Peterson, lo que le permitió realizar sendas estancias de formación durante los veranos de 2013 y 2014 en la Universidad de Harvard y en la London School of Economics and Political Science. Cuando concluyó sus estudios de Grado lo hizo con el Premio Extraordinario y con el Premio Especial «Olga Menéndez» al mejor expediente del Grado en Derecho.

Poco después, cursó el Máster en protección jurídica de las personas y los grupos vulnerables y se implicó, con la dedicación e ilusión que le son propias, en la Clínica Jurídica del Máster, tanto en las actividades de la misma como en su divulgación académica y social, tareas a las que sigue atendiendo en la actualidad.

Tras la obtención en el año 2015 de un contrato predoctoral de Formación del Profesorado Universitario (FPU) en las exigentes y exiguas convocatorias ministeriales, se dedicó a la elaboración de la tesis doctoral y aprovechó para realizar dos estancias de investigación de tres meses cada una en el Max Planck Institute for International Law and Comparative Public Law de Heidelberg y en el Centre de Recherche en Droit Constitutionnel, Institut des Sciences Juridique et Philosophique de la Université Paris I Panthéon-Sorbonne pero, sobre todo, a desarrollar con inteligencia, dedicación e ilusión numerosas labores investigadoras a través de su integración en varios proyectos nacionales e internacionales, la publicación de 18 artículos o capítulos de libros y la presentación de ponencias y comunicaciones en una docena de congresos nacionales e internacionales; todo ello compatibilizándolo con las actividades docentes que per-

mitía su contrato FPU y con el no poco trabajo de intendencia y burocracia que caracteriza la vida cotidiana de cualquier área de conocimiento en las universidades españolas.

Su tesis doctoral «De las inmunidades del poder a la inmunidad del sistema jurídico y sus patologías», que tuve el honor de dirigir y sobre la que escribe en el prólogo el profesor Francisco Bastida, maestro de Patricia y mío, culminó con su defensa pública y presencial el 20 de julio de 2020, ante una comisión presidida por el propio profesor Bastida y de la que formaron parte las profesoras Ana Carmona Contreras, Ascensión Elvira Perales y Anne Meuwese, así como el profesor Benito Aláez Corral. Esta comisión le otorgó la calificación de Sobresaliente Cum Laude con Mención Internacional y la tesis recibió el Premio Extraordinario de Doctorado de la Universidad de Oviedo y la Mención Especial en el Premio «Nicolás Pérez Serrano» que convoca el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, lo que ha permitido su publicación como libro —este libro— en la prestigiosa colección Estudios Constitucionales que dirigen los profesores Manuel Aragón Reyes y Pedro González Trevijano.

La profesora García Majado, además de continuar trabajando en diversas cuestiones relacionadas con la tesis, ha comenzado a ocuparse de un nuevo ámbito de investigación: el de la incidencia de la inteligencia artificial en la teoría general de los derechos fundamentales y estoy convencido de que también aquí lo hará con dedicación, inteligencia e ilusión.

En el difícil trance por el que pasa la Universidad española, tras más de una década de recortes presupuestarios, con un continuado y preocupante proceso de envejecimiento del personal investigador y docente, con una «carrera» profesional repleta de obstáculos y saturada de trabas burocráticas, que personas con el talento de Patricia hayan apostado, y aquí el verbo no es en absoluto exagerado, por contribuir a que en la Universidad todo tiempo pasado sea peor, es motivo para que estemos alegres y optimistas quienes consideramos que el nuestro, a pesar de todos los problemas, es el mejor trabajo del mundo. Y es que, como diría Eduardo Galeano, al fin y al cabo somos lo que hacemos para cambiar lo que somos.

Miguel Ángel Presno Linera

En un tren de vuelta a Oviedo,  
el 18 de febrero de 2022

## PRÓLOGO

La publicación de la tesis doctoral siempre es un motivo de satisfacción, sobre todo cuando una editorial de prestigio la acoge sin condicionamiento alguno. En este caso es también un merecido galardón otorgado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, al concederle la mención especial en el premio Nicolás Pérez Serrano en su edición de 2021, y confirmado más tarde con la concesión por la Universidad de Oviedo del premio extraordinario de tesis doctoral.

Prologar esta obra es para mí un doble placer. En primer lugar, porque se trata de un trabajo muy serio, que se sale de lo que es ahora habitual en la realización de tesis doctorales, centradas en general en temas muy concretos, poco formativos y tratados no pocas veces de manera descriptiva. En segundo lugar, pero no por ello menos importante, porque es de una profesora con gran talento que combina con una entusiasta dedicación académica, como queda reflejado en el perfil que le ha escrito en este volumen su mentor, Miguel Presno Linera. Por todo ello, es una enorme fortuna contar con ella como profesora del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

Inicialmente el objeto de su tesis doctoral iba a centrarse en el estudio de la inmunidad parlamentaria y, en gran parte, me siento culpable del giro que dio a su enfoque hasta convertirse en algo totalmente distinto. No es que todo esté dicho ya sobre la inmunidad parlamentaria; siempre se le puede dar un enfoque nuevo, sin seguir los caminos trillados de una institución tan vetusta, porque el Estado democrático y el derecho a la tutela judicial efectiva abren nuevas perspectivas de análisis. Pero hacía tiempo que me rondaba por la cabeza tratar la inmunidad no como una excepción al derecho que se aplica al común de las personas, sino como una característica propia del ordenamiento jurídico como sistema y, por tanto, considerar la inmunidad parlamentaria como una derivación lógica de esa inmunidad general y no como una excrecencia del sistema.

En otras palabras, el sistema jurídico se diferencia de los demás sistemas sociales porque, si bien se relaciona con ellos, su creación de normas se rige por sus propias normas, sin depender para su validez de códigos morales, políticos o económicos. Así que, por definición, todo sistema está dotado de su propio sistema inmunitario para preservar su identidad. La conclusión es que la inmunidad no debería concebirse como una excepción al sistema, sino como su característica basilar y en este contexto habría que estudiar si la clásica institución de la inmunidad parlamentaria cumple o no con la función de robustecer la inmunidad, la autonomía, del sistema constitucional. Esta idea contrastaba no sólo con el concepto clásico de inmunidad, sino también en España con la mítica reivindicación lanzada por Eduardo García de Enterría de «La Lucha contra las inmunidades del poder».

Una cosa es tener una idea y otra desarrollarla, llevarla por caminos inexplorados hasta convertirla en tesis, verificando con casos concretos la certeza de sus postulados. Patricia García Majado, con la anuencia y apoyo de su director de tesis, aceptó el reto y con la osadía propia de quien comienza sin importarle el tiempo y los riesgos de tamaña empresa, se adentró en el estudio del paralelismo del sistema inmunológico y del sistema jurídico constitucional, porque ambos tienen en común su autopoiesis, su capacidad para reproducirse por sí mismos partiendo de sus propios códigos de existencia. Una tarea realmente compleja, que la autora ha cumplido con una madurez y claridad dignas del mayor elogio.

Una crítica fácil al trabajo desarrollado consiste en negar interés al paralelismo mencionado y entender que es prescindible la referencia al sistema inmunológico para explicar el sistema jurídico y sus deficiencias. Es decir, que se ha usado esa referencia como simple metáfora explicativa. Sin embargo, el planteamiento va mucho más allá, porque, de un lado, incardina el objeto de estudio en la teoría general de los sistemas, subrayando la confluencia funcional de sistemas aparentemente tan distante como el biológico y el jurídico. De otro, porque pone manifiesto cómo un mismo instrumento jurídico puede ser beneficioso (o perjudicial) para el sistema, según la función que esté llamado a cumplir o que cumpla en la práctica. Lo que en apariencia se presenta como coherente con el funcionamiento del sistema puede convertirse en patología y, al revés, instituciones que en apariencia son excepciones o prácticas que se califican como patológicas, lejos de ser disruptivas, cobran sentido en el funcionamiento global de un sistema jurídico determinado. De igual manera, lo que en un sistema actúa como elemento esencial del mismo, en otro es incompatible.

Una de las primeras cuestiones que aborda este libro es precisamente encuadrar el marco normativo de la inmunidad en el análisis conceptual de la teoría de los sistemas. De esta manera cobra sentido que se reivindique la lucha contra las inmunidades del poder, como hizo García de Enterría, allí donde el poder no está sometido al derecho y, al mismo tiempo, se deslegitime la lucha contra la inmunidad, o sea, la autorreferencialidad de un sistema jurídico cerrado, que tiene la Constitución y no ningún poder externo, como norma jurídica suprema. En ambos casos se pretende lo mismo, el establecimiento y defensa de un ordenamiento jurídico edificado y sostenido por normas, siendo la norma primera y de clausura la Constitución.

La segunda cuestión que plantea el trabajo es cómo la organización democrática del sistema constitucional es la más adecuada para garantizar la inmunidad del ordenamiento jurídico, o sea, su soberanía respecto de influencias externas que socaven o condicionen la supremacía de la Constitución. Esto lleva al problemático estudio de qué tipo de democracia asegura mejor la pervivencia o continuidad del sistema constitucional o, dicho al revés, qué concepto de Constitución y de funcionamiento del sistema constitucional garantizan la continuidad de la democracia. Un debate que nace con la crítica de los años treinta al positivismo normativista y que se reproduce a partir de la Ley Fundamental de Bonn, derivando en dos modelos con múltiples matizaciones. Es muy interesante el análisis que hace García Majado de las consecuencias que para inmunidad del sistema jurídico tiene la adopción de una democracia de corte procedimental frente a otra de tipo militante.

La crítica a la democracia procedimental y, con más largo alcance, al positivismo normativista kelseniano, es que la inmunidad del sistema jurídico basada en su autorreferencialidad y en su autónoma capacidad para regular cualquier materia (positividad) propicia la indefensión de la democracia y del libre mercado, destruibles por una regulación contraria que cumpliera el procedimiento de reforma constitucional establecido. Es curioso que lo que desde una concepción procedimental de la democracia se considera fortaleza de la inmunidad del sistema jurídico, desde una concepción militante se entiende como endeblez debido a sus consecuencias. Esto se debe a que, en realidad se buscan, inmunidades distintas. De un lado, la inmunidad del sistema jurídico, en el que encaja sin quebranto la idea de democracia procedimental; de otro, la inmunidad del sistema político y del orden democrático por el establecido, aunque ello suponga una merma de las cualidades inmunitarias del sistema jurídico.

En principio esta merma se enmascara si sólo afecta a la positividad del ordenamiento jurídico, o sea a la exclusión de determinadas materias del ámbi-

to de la reforma constitucional, tal como sucede con el establecimiento de cláusulas de intangibilidad. Incluso puede ser coherente con la garantía de la inmunidad del sistema si tales cláusulas tienen como objeto preservar el procedimiento democrático de deliberación y decisión. Una cláusula de intangibilidad que excluya de la reforma constitucional los derechos fundamentales ligados a la democracia procedimental, lejos de erosionar la inmunidad del sistema, la fortalece. Cosa distinta es cuando esas cláusulas versan sobre materias ajenas al objeto y finalidad de preservar el procedimiento democrático de deliberación y decisión.

La quiebra de la inmunidad del sistema jurídico en beneficio de la garantía de la inmunidad del sistema político se hace más evidente cuando afecta a su autorreferencialidad. La Constitución deja de ser norma jurídica suprema. El recurso al concepto de Constitución material, identificado con el orden socio-político y económico establecido, condiciona y limita no sólo la reforma constitucional, sino que delimita el contenido de los derechos y libertades fundamentales y es fuente de interpretación jurisprudencial de la Constitución formal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán es una buena muestra, aunque la Ley Fundamental de Bonn da pie para ello. Pero cada vez se extiende más esta idea, incluso en países con Constituciones que permiten su reforma total. El argumento jurisprudencial para mostrar límites implícitos allí donde no los hay explícitos es, en unos casos, afirmar que la autorreferencialidad del sistema sólo tiene sentido atribuida al poder constituyente, no al poder de reforma constitucional; en otros, que la positividad, la ausencia de límites a la reforma, es contradictoria con el propio concepto de reforma. Se dirá que «reformular» no es «sustituir» y, en consecuencia, la primera comporta no cambiar las paredes maestras de la Constitución. De aquí surge la cada vez más extendida doctrina jurisprudencial de «la estructura básica» de la Constitución como cláusula de intangibilidad. La Constitución deja de ser norma jurídica suprema; pierde su inmunidad frente a la primacía que se otorga al sistema político y económico. La politización de la jurisdicción constitucional es una consecuencia de ello y, al mismo tiempo, una fuente argumental y decisoria para el asentamiento de esta conversión del Derecho constitucional en Derecho político.

Un fenómeno diferente es la transformación de la inmunidad del sistema jurídico por su integración en ordenamientos jurídicos supra estatales, porque en tal caso la relativa pérdida de autorreferencialidad y de positividad no es ajena a la propia norma constitucional que consiente y, en última instancia, controla esa descentralización, como se ha visto en el Brexit. En este sentido, el problema

para la inmunidad del sistema jurídico es cuánta integración en esos otros ordenamientos puede permitirse sin perder definitivamente dicho control.

Si la monografía es original al aplicar al sistema jurídico las características del sistema inmunológico de los seres vivos, lo es mucho más en su segunda parte, al analizar las patologías del sistema constitucional establecido y diseccionar sus diferentes manifestaciones atendiendo a su origen exógeno o endógeno. Aquí es donde se comprende realmente el alcance de la investigación y la utilidad del paralelismo establecido entre la autonomía (soberanía) del sistema jurídico y el sistema inmunitario biológico, porque permite reconocer como patologías del sistema constitucional establecido acciones y omisiones que bajo diferentes formas afectan desde fuera, e incluso desde dentro, la identidad dicho sistema. No tiene sentido seguir hablando de inmunidad o de zonas inmunes del poder para referirse a instituciones o actividades excluidas del control judicial. Lo importante es averiguar qué función cumplen y si coadyuvan o no a la inmunidad del sistema constitucional, porque puede suceder que esas inmunidades (por ejemplo, la inviolabilidad parlamentaria) sean necesarias y beneficiosas para el funcionamiento del sistema. Y al revés, en cuanto sean perjudiciales, las inmunidades se transforman en patologías del sistema.

El trabajo no hace una relación exhaustiva de todas las patologías que pueden detectarse en el funcionamiento de un determinado sistema constitucional, porque lo importante no es el recuento o listado de las mismas, sino el análisis de las características que permiten el hallazgo de las mismas y, dentro de éstas, la detección de aquellas que pueden ser sistémicas, porque atacan o inciden de manera directa en elementos nucleares del sistema constitucional, debilitando su identidad.

La primera cuestión a dilucidar es determinar ese contenido nuclear sin salirse del marco constitucional establecido, sin recurrir al sistema político subyacente. Parece lógico entender desde un punto de vista normativo que la información genética, por así decirlo, de la identidad de un concreto sistema constitucional se contiene en sus principios estructurales que, en el caso español, vienen configurados por su organización como Estado social y democrático de Derecho, por el principio autonómico y el de integración en la Unión Europea, y por la forma parlamentaria de gobierno. Esto encierra la dificultad de afirmar el contenido esencial e ineludible de cada uno de estos principios, porque las patologías se definen en relación con lo que se considera no patológico, o sea, con lo que es coherente con el sistema.

La segunda cuestión es tanto o más compleja, porque consiste en identificar las patologías y el análisis de la profesora García Majado es en este punto

especialmente brillante, porque pone luz en un amasijo de disfunciones del sistema que con frecuencia son calificadas así, sin analizar si son aparentes o reales ni estudiar su origen y el tratamiento que debe dárseles.

La diferenciación entre patologías exógenas y endógenas no obedece a una finalidad taxonómica, sino a diseccionar algo de extrema importancia para el sistema jurídico. Aunque pueda sorprender, la exógenas no surgen de una infección procedente del exterior del sistema. Reciben ese calificativo porque se trata de preceptos y de prácticas que, estando dentro del sistema jurídico, entran en aparente contradicción con los elementos identitarios del mismo y permanecen en él sin sufrir rechazo. Tienen lo que la autora denomina una «presunción de nocividad», su existencia está bajo sospecha, y su asimilación por el sistema jurídico obliga a una justificación extra que demuestre que, pese a todo, ejercen una función beneficiosa para la efectividad de los principios estructurales de la Constitución. Se trata de patologías *prima facie* que, en todo caso, para no ser conceptuadas como patologías requieren una interpretación restrictiva. Es el caso, por ejemplo, de la merma de garantías judiciales en beneficio de la justicia administrativa bajo el argumento de que el derecho penal es la última ratio. El problema radica en que ninguna patología se presenta como tal, sino como medidas portadoras de mayor seguridad y eficacia para el sistema jurídico. Debido a ello, el denunciarlas como patologías es complicado, pero es importante presentarlas como tales para provocar su erradicación del ordenamiento jurídico.

Otras patologías, en cambio, son patologías «a secas» o *stricto sensu*, de las que no se puede predicar en ningún caso una función coherente con los mencionados principios estructurales y por ello es la propia Constitución la que se encarga cerrarles el paso. Por ejemplo, prohibiendo la tortura o la censura previa o aboliendo la pena de muerte. Las vías para introducirse en el sistema son básicamente dos. Una es a través de una interpretación de esas prohibiciones que excluye de su ámbito determinados supuestos; por ejemplo, entendiendo que algunas formas de compulsión física o psicológica no son tortura; la otra se produce cuando se admite lisa y llanamente la tortura como medio imprescindible y extraordinario para salvar vidas inocentes; por ejemplo, la llamada «tortura de rescate» y, con carácter más general, el «derecho penal del enemigo». También sucede en el ámbito parlamentario cuando la Constitución dispone que el voto es personal y no delegable y se establecen instrumentos que contravienen este mandato; por ejemplo, cuando se admite la figura del «voto ponderado» o la presunción de que el Pleno del Congreso delega la competencia legislativa plena en las Comisiones, en lugar de tener que ser expresa, como requiere la Constitución.

Si son importantes las patologías exógenas, lo son aún más las endógenas, porque éstas son una perversión de elementos propios y característicos del sistema constitucional establecido. No se da en ellas una presunción de nocividad; al contrario, su compatibilidad con el sistema se presume. De ahí que sea una tarea delicada demostrar que se transforman en nocivos para la identidad del sistema, ya porque no cumplen la función que la Constitución les encomienda (disfuncionalidad pasiva), ya porque la cumplen de manera perversa (disfuncionalidad activa).

Los ejemplos son numerosos (inmunidad parlamentaria, inviolabilidad del Rey, fuero jurisdiccional, prisión provisional, las mayorías de consenso en la elección de órganos constitucionales transformadas en reparto proporcional, etc.) y de muchos de ellos da cuenta la última parte del libro. Pero la complejidad se incrementa cuando la patología no surge del contraste entre el contenido de un precepto y su aplicación disfuncional, sino del conflicto entre valores o entre principios constitucionales o entre derechos fundamentales. Si la Constitución consagra por igual como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad y la igualdad, la *vis expansiva* de la libertad tiende a ver signos de patologías del sistema constitucional en las interpretaciones favorables a su restricción en beneficio de la igualdad. Y, al revés, interpretaciones que restringen el ámbito de la igualdad en aras de proteger el principio de libertad son calificadas como patologías del sistema. Además, lo que en un periodo de tiempo se puede considerar inadmisibile, en otro se entiende como necesario. Es el caso de las discriminaciones positivas o el de la desigualdad indirecta.

Lo mismo sucede con la colisión entre el principio liberal que subyace en algunas instituciones y preceptos constitucionales y el principio democrático. Entre el reconocimiento constitucional de los partidos y la democracia representativa. Entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen.

El legislador es el llamado a detectar las patologías que vayan surgiendo, derogándolas, y a buscar sentido a aquéllas que sólo en apariencia lo son. También a los tribunales respecto de las patologías en forma de normas infralegales. Sin embargo, cobra especial trascendencia en esta tarea la función del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución. En él reside el deber de garantizar que el sistema inmunológico del ordenamiento constitucional actúe adecuadamente depurándolo de patologías. Esto no siempre es posible, porque el Tribunal sólo actúa de oficio, y hay comportamientos patógenos cuyo control no está a su alcance; por ejemplo, la grave dilación en la renovación de órganos constitucionales. El problema mayor surge cuando el Tribunal

Constitucional, llevado de un activismo judicial, se convierte a sí mismo en una patología, por actuar a través de sus sentencias ya como tercera cámara legislativa ya, lo que es peor, como soberano oculto, controlando y limitando la voluntad del poder de reforma constitucional.

Para tan elevada función se requiere que el Tribunal Constitucional goce de fuerte legitimidad institucional y que su actuación se contemple como estrictamente jurídica y ajena a las disputas políticas parlamentarias. La politización de los nombramientos de sus miembros es una patología que daña una pieza esencial en la garantía de la inmunidad del sistema constitucional y que exige una reparación mediante el ejercicio de una exquisita independencia respecto de los actores políticos que promovieron dichos nombramientos.

En suma, estamos ante una obra singular y de gran mérito, que ofrece una visión inédita del funcionamiento del sistema constitucional, de su inmunidad y de sus patologías, cuya lectura, pese a la complejidad de su objeto, es clara y amena. Se podrá estar o no de acuerdo con ella, pero aquí se mantiene una tesis, cosa infrecuente hoy en día en trabajos doctorales, y se defiende con un conocimiento y destreza impropios de la juventud de su autora.

No quisiera concluir sin agradecer a Patricia García Majado su enorme dedicación y lo mucho que aprendí en las largas conversaciones sobre su tesis. Confío en que a ella también le hayan servido de ayuda.

FRANCISCO J. BASTIDA  
Oviedo, febrero de 2022

# INTRODUCCIÓN

## I

En España, cuando se piensa en «la lucha contra las inmunidades del poder» resulta imposible no remontarse al ya clásico trabajo del profesor García de Enterría<sup>1</sup> 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. El germen de esa clásica lucha se convertiría, muchos años más tarde, en el *leitmotiv* de esta obra, en la cual inicialmente se pretendía estudiar cómo en las coordenadas jurídico-políticas del siglo 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<sup>2</sup>.

Planteada la investigación en los términos iniciales, la clásica obra de cabecera que pretendía abrirla condicionaba extraordinariamente sus primeros y tímidos 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 pre-

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Así, PRESNO LINERA, M. A.: «Encuesta sobre el control del poder y quienes lo ejercen», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 19 y ss.

rrogativas parlamentarias. Así, el riesgo de elaborar un nuevo trabajo sobre viejas ideas o el de «administrativizar» el estudio de lo que pretendía ser un proyecto académico formativo de corte constitucional, se hacía patente. La investigación 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 la expresión clásica que la había impulsado, es decir, por analizar el contexto jurídico-político donde las inmunidades del poder habían surgido y desplegado auténticamente su significado.

Aquellas provenían de un sistema normativo —concretamente el dictatorial— donde efectivamente existía un poder inmune, en el sentido de prejurídico y metapositivo, pues no eran sino las manifestaciones reflejas de lo que se situaba y desenvolvía fuera del Derecho. En el Estado constitucional, sin embargo, no resulta posible predicar la existencia de aquél pues todos los poderes (públicos o privados) están jurídicamente constituidos y disciplinados. Tan es así que lo inmune no ya es ningún poder político ajeno al Derecho sino el sistema normativo en sí mismo considerado. Del poder inmune se pasa al ordenamiento jurídico soberano. Ese sería, entonces, el punto de partida del que debía arrancar el estudio. Y es que, al igual que el propio organismo biológico, el ordenamiento jurídico también trata de ser un sistema «protegido» frente a todas las injerencias externas y, por tanto, autónomo en la fundamentación de su validez (autorreferente) y, al mismo tiempo, «adaptado» a ese medio exterior para evitar languidecer (positivo). La crisis sanitaria originada por la pandemia del Covid-19 es, quizá, una de las evidencias más claras de la proximidad entre el funcionamiento del sistema biológico y el normativo, pues esas necesidades de defensa y adaptación a lo externo resultan consustanciales a ambos.

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. Todo cambia de perspectiva cuando la inmunidad se despersonaliza y se pone «del lado» del ordenamiento. Poniendo sobre esas cualidades inmunitarias (autorreferencialidad y positividad) a través de las cuales se expresa la soberanía del sistema jurídico el foco de atención y sustrayéndolo de otras cuestiones materiales que, si bien en un principio parecían nucleares, posteriormente serían tan solo accesorias o incluso prescindibles, el objeto de estudio ganaría no solo de unas dosis considerables de complejidad —a menudo temida— sino de unas dimensiones de mucho mayor alcance. Aquellas serán, de distintos modos, el hilo conductor de todo

el relato y precisamente por ello permitirán aglutinar aspectos que *a priori* pueden parecer tan diversos como inconexos entre sí.

La presente obra pretende, así pues, 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. Aquéllas no dejan de ser los vestigios o las adherencias del soberano *legibus solutus*. 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»<sup>3</sup> 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, tal y como ésta había sido originariamente planteada, de lo que se trataba ya no era 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 presente monografía.

No obstante, quien lea estas páginas no encontrará en ellas un inventario detallado de dichas patologías. No es esa la pretensión de las mismas. Las di-

---

<sup>3</sup> ARENDT, H.: *Pensar sin asideros. Ensayos de comprensión 1953-1975*, vol. I y vol. II, trad. R. Ramos Fontecoba, Página indómita, Madrid, 2019.

mensionen 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 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 descende, en sus capítulos, a un análisis pormenorizado de cualesquiera casos particulares.

Esta obra 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. La elección del sistema español como principal banco de pruebas no obedece a otra razón sino, sencillamente, a ser el ordenamiento con el que más familiarizada está quien escribe estas páginas. Sin embargo, ello no es óbice para que dicha teorización pueda ser aplicada a otros ordenamientos jurídicos. La pretensión del estudio es precisamente esa: crear un modelo dogmático generalmente extrapolable, revestir, en suma, una vocación teórica de universalidad. Las páginas que siguen son, no obstante, el modesto resultado de lo que nunca ha dejado de ser un intento.

## II

Identificado el objeto de estudio, la presente obra lo aborda a través de cuatro capítulos. En el primero de ellos se comienza analizando la expresión tradicional de García de Enterría tratando de situarla en el contexto jurídico-político donde surge. El objetivo es identificar el modelo de sistema normativo —que será de corte heterorreferencial— en el que adquiere sentido hablar de poderes inmunes y, por tanto, de inmunidades del poder, pues dicha contextualización es la que posteriormente justificará el abandono la misma en las coordenadas jurídicas contemporáneas. A continuación, trata de explicarse cómo la lucha contra esos poderes inmunes y sus correlativas inmunidades del poder, si bien a corto plazo fue la lucha por el Estado legal de Derecho, a largo

plazo e indirectamente lo fue por el Estado constitucional, esto es, por la inmunidad del ordenamiento jurídico en su conjunto (autorreferencialidad y positividad). Así, la inmunidad será reconducida hacia unas nuevas coordenadas — esas dos cualidades que el sistema precisa para ser soberano— que serán el hilo conductor de todo el estudio. En ese primer capítulo se analizan, entonces, las cuestiones directa y sustancialmente relacionadas con la vigencia de las mismas: el papel de la Constitución, la reforma constitucional, la jurisdicción constitucional y la integración europea.

El capítulo segundo, por su parte, trata de estudiar dichas cualidades inmunitarias en relación con un sistema jurídico determinado, el democrático. A estos efectos, se analizan dos modelos teóricos de democracia —el procedimental y el militante— pues las diferencias en su articulación jurídica hacen que varíe de forma ostensible el nivel de realización de dichas cualidades en cada uno de ellos. Este análisis es necesario tanto para dilucidar si la fortaleza y vigor tradicionalmente predicadas de la democracia militante son precisamente tales y si también lo es, por el contrario, la fragilidad constantemente imputada a la democracia procedimental. De lo que se trata, en definitiva, es de ver cuán inmunes son como sistema (autorreferente y positivo) cada uno de estos dos modelos de democracia.

Habiendo sentado las bases sobre la autorreferencialidad y positividad del ordenamiento, y asumiendo en consecuencia que las amenazas que surjan para la conservación de la identidad del mismo ya no pueden provenir «de fuera» de aquél sino, coherentemente, de su propio interior, en el tercer capítulo las inmunidades del poder dejan paso a las patologías del sistema jurídico. En el mismo se explica qué son, que características presentan y se traza, en último término, una distinción en función de su procedencia: las patologías exógenas y las endógenas, también llamadas autoinmunidades, según procedan de elementos ajenos o consustanciales a la identidad del ordenamiento respectivamente.

El análisis particularizado de las primeras se aborda asimismo dentro de este tercer capítulo por razones sistemáticas al no ser suficientemente extenso, en términos cuantitativos, para configurar otro autónomo. El objetivo a este respecto no es otro sino analizar cómo el propio sistema va integrando distintos elementos, de rango infraconstitucional, que resultan, al menos *a priori*, contrarios a su identidad. Éstos, si bien en unas ocasiones no resultan tan nocivos pues pueden resultar funcionales para el sistema (patologías *prima facie*) en otros casos revestirán una nocividad no susceptible de desactivación (patologías *stricto sensu*) que, no obstante, el ordenamiento es incapaz de reconocer como tal. Por eso justamente no combate, sino que integra a los elementos que la portan.

El cuarto capítulo se ocupa, por su parte, de analizar las patologías endógenas. Ahí el foco ya no se sitúa sobre lo que a primera vista resulta incompatible con la identidad del ordenamiento sino sobre lo que resulta plenamente consustancial a su ADN. Así, trata de ponerse de manifiesto cómo los elementos propios, los que en teoría coadyuvan a reforzar la inmunidad del sistema, también pueden devenir nocivos y, por tanto, convertirse en patologías, ahora endógenas. Esa deriva autoinmune se explicará a través del instituto de la disfuncionalidad que, dependiendo de cómo se geste, será activa o pasiva. Por último, la exposición se cierra analizando el papel que el Tribunal Constitucional ostenta, no solo en la identificación y combate de patologías, sino también en su propia creación.

Explicado el objeto de estudio, su porqué y, preliminarmente, su articulación teórica, debe también ponerse de manifiesto cuáles han sido los fundamentos sobre los que aquél se ha sustentado. Permítase avanzar que este trabajo echa sus raíces en el positivismo normativista de corte kelseniano e, indudablemente en la teoría funcionalista de los sistemas especialmente desarrollada por Niklas Luhmann. Los presupuestos dogmáticos de la investigación resultan relevantes para comprender los lugares por los que la misma discurre, a los cuáles finalmente llega y al propio sujeto que los transita pues no en vano el método identifica también a quien lo sigue<sup>4</sup>. Si éste hubiera sido otro, no solo, casi con total seguridad, no se hubiera llegado a los mismos lugares, sino que muy posiblemente el estudio hubiera transitado por otros caminos muy distintos de los que en estas páginas se recorren. Las consecuencias que de este trabajo se derivan no deben valorarse entonces de forma aislada sino necesariamente en relación con aquél. Si esta advertencia se antoja necesaria téngase la seguridad de que es porque quien se encarga de hacerla se ha sorprendido a sí misma, en más de una ocasión, en la torpeza de traicionar sus propios fundamentos teóricos.

Sea como fuere, las reflexiones vertidas en estas páginas no pretenden, en ningún caso, ser verdades cerradas sino constataciones provisionales de un proyecto de investigación que, por su propia definición, es una tarea inacabada y en constante evolución. Más aún, si cabe, en un ámbito como es el jurídico

---

<sup>4</sup> Así lo expresa GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: «Debates sobre la metodología del Derecho Público con la perspectiva de la multiculturalidad y la globalización», en PRESNO LINERA, M.A (Coord.): *La metamorfosis del Estado y del Derecho. Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, vol. 8, Junta General del Principado de Asturias, KRK, Oviedo, 2014, p. 71.

donde las verdades propias de la exactitud empírica dejan paso a las proposiciones relativas de una ciencia que encuentra en la argumentación su mayor bondad y en la duda su propio método. Confiando en que la producción de complejidad no es solo un medio sino un fin en sí misma, lejos de despejar aquélla, esta obra solo ha pretendido contribuir a hacerla más compleja.

### III

No podría concluir estas páginas sin dejar constancia, parafraseando a E. Sábato, de que si he llegado hasta aquí es porque otros me han ido salvando incesantemente. Aun rodeada de la mejor doctrina y jurisprudencia, no hubiera sido posible salir adelante sin estas otras «fuentes» —quizá las genuinamente tales— a las que ahora necesariamente debo referirme. Ellas, de forma tan silenciosa como desinteresada, se han preocupado, no solo por guiar y alumbrar intelectualmente mis pasos, sino por infundir confianza donde en tantas ocasiones habitó un insoportable desasosiego y por hacer más cálida esa constante tarea de convivencia con la frustración que el desarrollo de todo proyecto académico lleva aparejada, especialmente cuando se trata de la opera prima.

El culpable último del despertar de mi vocación académica y de haberla hecho posible ha sido el que hoy es mi maestro, quien abrió a finales del curso 2014 las puertas de su despacho a una joven graduada y con ello las de todo un Área y, en fin, las de la propia Universidad. Me he beneficiado extraordinariamente de la generosidad de quien ha puesto todo cuanto ha podido a mi servicio. Tiempo, paciencia, magisterio y pasión. Él me ha enseñado a tener mi propia voz, sabiendo que el mejor trabajo que puedo hacer y la mejor clase que puedo dar están siempre por venir y que ésa, en definitiva, debe ser mi mayor ilusión y, sin duda, mi más fiel compromiso. Mi «ser» académico no se concibe sin quien ha sido mirada constante y palabra precisa a lo largo de estos más de cuatro largos e intensos años y, espero, de todos los que aún nos aguardan: el profesor Miguel Presno Linera.

La fortuna también ha querido que haya tenido la impagable oportunidad de formarme diariamente en un equipo académico de unas cualidades humanas e intelectuales extraordinarias que me acogió, desde el principio, con una calidez incomparable: el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo. A los profesores Francisco Bastida —quien, desinteresadamente, aceptó ser mi *sparring*, ofreciéndome su tiempo y conocimiento—, Ramón Punset, Ignacio Villaverde, Benito Aláez, Paloma Requejo, Ignacio Fernández Sarasola,

Leonardo Álvarez, María Valvidares, Antonio Franco, Abel Arias y a mis compañeros de fatigas doctorales Thiago Santos y Juan Álvarez; sin olvidar al prematuramente fallecido Joaquín Varela, eternamente gracias. Quizá mentía al principio de estas páginas cuando revelaba la necesidad de «pensar sin asideros» pues el Área y su bagaje intelectual han sido ese terreno abonado y fértil que todo debutante necesita para aprender a andar. Ellos han sido, sencillamente, escuela. Me siento, así, en deuda con todos y cada uno de los anteriores y solo espero, si la Universidad lo permite, poder devolverles siquiera una mínima parte de lo que tan desinteresadamente he recibido a lo largo de todo este tiempo.

Estos años también he tenido la suerte de realizar dos estancias de investigación, sufragadas por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en la Universidad Paris I— Panthéon-Sorbonne (2017) y en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, 2018) gracias a la generosidad, que ahora expresamente agradezco, de los profesores, Bertrand Mathieu, Armin von Bogdandy y Anne Peters, respectivamente. Y, por supuesto, mi gratitud a todos los compañeros, hoy también amigos, que el periplo académico, en España y en el extranjero, ha puesto en mi camino. Haberles conocido y poder contar hoy con ellos ha sido uno de los mayores réditos de la etapa doctoral, por el que merecería la pena recorrerla de nuevo.

Este largo e intenso camino terminó —si es que caminos como estos terminan y no solo se abandonan— el 20 de julio de 2020 con la defensa de la tesis doctoral ante un tribunal formado por los profesores Francisco Bastida, Benito Aláez, Ana Carmona, Ascensión Elvira Perales y Anne Maewese. A todos ellos les agradezco el tiempo invertido en mi trabajo, sus útiles y atinados comentarios y sugerencias y, especialmente, su disponibilidad para conseguir defender el trabajo doctoral de manera presencial tras el primer y más duro embate de la pandemia de Covid-19, bajo el cual terminaron de escribirse estas páginas que hoy se publican, en forma de monografía, gracias a la generosa oportunidad editorial brindada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Aquél es ya hoy uno de los días más emocionantes e intensos de mi vida.

Por último, pero no por ello menos importante sino al contrario, nada de esto hubiera sido posible sin el apoyo y la confianza de quienes son mi tierra firme. Mis abuelos, mis padres y mi hermana han sido mi primera Universidad. A ellos les debo el haber crecido y haberme formado en unas condiciones vitales excepcionales. Desde la quietud y la convicción profundas han sabido apoyar, entender y compartir los inicios de una andadura académica tan lenta

## INTRODUCCIÓN

como a menudo incomprensible, siendo partícipes de mis desvelos. Mi tesis doctoral ha sido, en realidad, «nuestra» tesis doctoral. Y ha conseguido salir adelante porque ha descansado sobre unos hombros que nunca renunciaron a cargar su peso. Nicolás ha sido sencillamente mi pulso en estos años de combate que, si he logrado librar, ha sido porque su confianza en mí supo mantenerse en pie cuando la mía no lo hacía. Hoy somos una fuerza. Y a mis amigas —ellas saben quiénes son— les debo, en fin, el haber cuidado y celebrado mis pasos como si fueran los suyos propios.

Si en estas páginas hay algo de acierto, si —de algún modo— son capaces de ver un poco más allá es, como dijera Newton a R. Hooke, porque quien las escribe ha tenido la inmensa fortuna de estar sentada sobre hombros de gigantes.



## SISTEMA JURÍDICO E INMUNIDAD

### 1. Las «inmunities del poder» como expresión del soberano *legibus solutus*

Corría el año 1962 cuando el profesor García de Enterría reivindicaba, en uno de los trabajos académicos que quedarían para la posteridad, «la lucha contra las inmunities del poder»<sup>1</sup>, que no era sino la lucha por someter a Derecho la actuación del aparato del Estado, si bien en su vertiente más administrativa. Desde entonces, la expresión ha pasado a formar parte del acervo común de la dogmática jurídica española sirviendo para identificar los distintos reductos exentos de sumisión normativa o de fiscalización jurisdiccional<sup>2</sup> inadmisibles en el seno

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

<sup>2</sup> La jurisprudencia constitucional acerca de las «inmunities del poder» ha sido emanada, por ejemplo, al hilo del principio de ejecutividad de los actos de la Administración. El Alto Tribunal ha entendido que éste no puede estar exento de control jurisdiccional, de ahí la necesidad de adoptar en ocasiones medidas cautelares que lo hagan posible (SSTC 238/1992, de 17 de diciembre, FJ 6º; 78/1996, de 20 de mayo, FJ 3º, entre otras). En otras ocasiones, ha sido la imposibilidad de recurrir ciertas decisiones administrativas, generalmente sancionadoras, la que ha reavivado el discurso jurisprudencial de la inmunidad. Éste ha sido particularmente frecuente en el ámbito militar (entre otras, SSTC 235/1998, de 14 de diciembre, FJ 4º; 24/1999, de 8 de marzo, FJ 4º; 31/2000, de 3 de febrero, FJ 5º; 177/2011, de 8 de noviembre, FJ 4º), aunque existe algún pronunciamiento en materia electoral —sobre la necesidad de poder recurrir las decisiones de la Junta Electoral Central que no versen sobre cuestiones electorales *stricto sensu* (STC 149/2000, de 1 de junio, FJ 3º)— y en materia laboral —donde se puso de relieve el carácter recurrible de las decisiones que impongan servicios mínimos para salvaguardar el derecho de huelga (STC 148/1993, de 29 de abril, FJ 4º)—. Podría insertarse en este grupo, también, la jurisprudencia relativa a los *interna corpori acta*, como actos de nuevo inmunes al control jurisdiccional (entre otras, SSTC 23/1990, de 15 de febrero, FJ 4º;

de un Estado de Derecho. Entender con la mirada actual la significación propia de la expresión —símbolo hoy de conquistas capitales para nuestro Estado de Derecho— sería, sencillamente, tarea abocada al fracaso. Aquélla solo puede comprenderse en todo su sentido si se tiene en cuenta el contexto jurídico-político donde surgió y donde despliega verdaderamente su significado.

En el marco de un Estado dictatorial, como el que en aquel momento existía, las inmunidades del poder no eran cuerpos extraños sino elementos consustanciales a tal sistema. Organizado de acuerdo con el principio monárquico, el sistema dictatorial —al igual que otros sistemas absolutistas— atribuía a un sujeto el poder absoluto para gobernar al margen del Derecho, disponiendo asimismo a su antojo de éste<sup>3</sup>. El poder político existía y se desarrollaba

---

214/1990, de 20 de diciembre, FJ 2º). Más recientemente, esta inmunidad como sinónimo del carácter irrevocable de ciertos actos de la Administración ha aflorado de la mano de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, cuyo art.31 no preveía la posibilidad de recurrir los decretos de los Letrados de la Administración de Justicia que resolvían recursos de reposición lo que, a juicio del Tribunal «incurre en insalvable inconstitucionalidad al crear un espacio de inmunidad jurisdiccional incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la reserva de jurisdicción a los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial». Véanse al respecto las SSTC 58/2016, de 17 de marzo de 2016 (FJ 7º), 89/2016, de 9 de mayo (FJ 3º); 72/2018, de 21 de junio (FJ 4º); 34/2019, de 14 de marzo (FF. JJ 5º, 6º y 7º) y 93/2019, de 15 de julio (FJ 2º). Por idéntica razón, el Pleno del Alto Tribunal, por providencia de 10 de marzo de 2020, ha admitido a trámite la cuestión interna de inconstitucionalidad (nº 1231-2020) en relación con el último párrafo del art.238 *bis* LECrim. Por último, el examen de la compatibilidad de las tasas judiciales con el acceso a la jurisdicción, de la mano del principio de fiscalización de la actividad administrativa y del derecho a la tutela judicial efectiva, también ha ocupado parte de la jurisprudencia constitucional sobre las «inmunidades del poder» (entre otras, véanse las SSTC 140/2016, de 21 de julio, FJ 3º, 11º; 24/2017, de 16 de febrero, FJ 5º; 47/2017, de 27 de abril, FJ 3º). En definitiva, el Tribunal Constitucional ha vinculado el principio de «fiscalización plena» o «control pleno» de la actividad administrativa a la ausencia de «inmunidades del poder» o, en sus propias palabras, a la inexistencia de «zonas de inmunidad de jurisdicción», pues la supremacía de la Constitución exige «que toda decisión del poder quede, sin excepción, sujeta a la Constitución, sin que existan, para el poder público, espacios libres de la Constitución o ámbitos de inmunidad frente a ella», conservando así el sentido prístino de la expresión acuñada por el célebre administrativista. Véanse al respecto, entre otras, las SSTC 238/1992, de 17 de diciembre (FJ 6º); 34/1995, de 6 de febrero (FJ 3º); 78/1996, de 20 de mayo (FJ 3º); 235/1998, de 14 de diciembre (FJ 4º); 31/2000, de 3 de febrero (FJ 5º); 177/2011, de 8 de noviembre (FJ 4º); 42/2014, de 25 de marzo (FJ 4º); 140/2016, de 21 de julio (FJ 3º y 11º); 24/2017, de 16 de febrero (FJ 5º); 133/2018, de 13 de diciembre (FJ 10º); 136/2018, de 13 de diciembre (FJ 6º).

<sup>3</sup> Aunque el General Franco fue delegando poder y creando una estructura institucional del régimen con competencias cuyo ejercicio, en parte, podía estar sometido a control judicial, siem-

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*<sup>4</sup>. Lo relevante, siendo esto así, es que 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. Eran, en suma, los vestigios del soberano *legibus solutus*. Poder e inmunidad, inmunidad y poder eran entonces dos caras de una misma moneda. Desde las aspiraciones del entonces naciente Estado de Derecho, esas áreas no sometidas a control judicial eran inmunidades porque eran esferas sustraídas al principio de legalidad, que era lo entonces se perseguía. El Estado legal de Derecho<sup>5</sup> que se reivindicaba era, en la conocida expresión de O. Mayer, «el Estado de Derecho administrativo bien ordenado»<sup>6</sup>.

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, esto es, desde el hecho de que no hallasen en sí mismos su fundamento último de validez<sup>7</sup>. Éste no se encontraba dentro de sus propias

---

pre retuvo, hasta su muerte, plenos poderes, los cuales se autoconcedió en las leyes de 30 de enero de 1938 y de 8 agosto de 1939.

<sup>4</sup> La atribución de un poder originario y prejurídico a un sujeto lo estudió con gran profundidad KANTOROWICZ, E.H.: *The king's two bodies. A study in medieval political theology*, Princeton University Press, 2016. Dicha atribución, como expresión genuina del principio monárquico, típico del primer constitucionalismo alemán, se puede leer más extensamente en HEUN, W.: «El principio monárquico y el constitucionalismo alemán del siglo XIX», en VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. (Coord.): *Modelos constitucionales en la historia comparada. Fundamentos. Cuadernos monográficos Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, vol.2, Junta General del Principado de Asturias, KRK, Oviedo, pp. 559 y ss.

<sup>5</sup> Para la distinción entre Estado legal y Estado constitucional de Derecho véase más ampliamente GARCÍA-PELAYO, M.: «Estado legal y Estado Constitucional de Derecho», en *Obras Completas*, vol. III, CEC, Madrid, 1991, pp. 3028 y ss.

<sup>6</sup> Así aparece en MAYER, O.: *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, Munich-Leipzig, 1924, p. 58. Se toma la cita de BÖCKENFORDE, E.W.: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. R. de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, p. 26.

<sup>7</sup> Más adelante se abordará con detalle la cuestión de la autorreferencialidad y, por ende, de la heterorreferencialidad, pues sobre ella pivota, esencialmente, la tesis que en este trabajo se mantiene. Baste ahora con adelantar que la heterorreferencialidad tiende a externalizar los criterios de validez del sistema, es decir, a situarlos fuera del propio ordenamiento jurídico, mientras que los sistemas autorreferenciales son, justamente, los opuestos, es decir, aquéllos que se autofundamentan en sí mismos. Sobre esta cuestión, sobre la que se volverá más adelante, véase más extensamente LUHMANN, N.: *Essays on self-reference*, Columbia University Press, New York, 1990.

fronteras normativas sino fuera de las mismas, en el dictador o en el soberano *legibus solutus*. Al ser lo relevante, no las normas, sino la voluntad del sujeto que en cada momento encarnaba el poder, la validez del Derecho dependía, en último término, de su adecuación a esta voluntad externa al sistema. El parámetro de validez del ordenamiento era, por tanto, no normativo (heterorreferencial). Y ello, aun cuando el sistema en cuestión hubiera decidido atribuir a un sujeto el poder absoluto a través de su Norma Fundamental pues la misma no sería nunca norma para el poder mismo<sup>8</sup> —para el dictador<sup>9</sup>— y, por lo tanto, el parámetro último de validez de todo el ordenamiento seguiría sin ser jurídico. Derecho y poder político eran dos esferas que no es que estuvieran en permanente pugna, sino en simple y llana subordinación pues la primera se debía a la segunda. No en vano el Derecho era Derecho Político. De ahí que el sistema jurídico como tal careciese, en este contexto, de autonomía propia, porque dependía siempre de un elemento exógeno e inaprensible: el poder político.

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.

Ahora bien, ¿quiere esto decir que solo existen inmunidades del poder en un sistema jurídico dictatorial o absolutista? En absoluto. Si la clave para detectar la existencia de un poder inmune no es otra sino constatar la existencia de un sistema jurídico heterorreferencial, aquél tan solo es una especie del género. En otras palabras: si bien un sistema dictatorial o absolutista es heterorreferencial, no todos los sistemas heterorreferenciales son dictatoriales o absolutistas, sino que pueden ser de otra naturaleza. Siempre que existan sujetos, instituciones u otro tipo de elementos que, situándose fuera del ordenamiento jurídico, es decir, siendo prejurídicos y también metapositivos, operen como fundamento de validez de aquél, esto es, siempre que existan propiamente soberanos, la heterorreferencialidad se hace presente. Entonces existirá necesariamente un poder inmune —fundamento externo del ordenamiento— cuyas manifestacio-

---

<sup>8</sup> DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 2010, p. 19.

<sup>9</sup> Sobre las distintas formas que puede adoptar éste, véase más extensamente la clásica obra de SCHMITT, C.: *La dictadura*, trad. J. Díaz García, Revista de Occidente, Madrid, 1968.

nes serán susceptibles de ser calificadas como inmunidades del poder en tanto reflejo de lo que se sitúa y expresa al margen del Derecho mismo (heterorreferencialidades). Solo donde hay un *legibus solutus* puede haber, en suma y propiamente hablando, inmunidades del poder.

Así sucede, por ejemplo, cuando la soberanía se atribuye al Parlamento, como tuvo lugar en Gran Bretaña<sup>10</sup>. En estos casos, la función de creación normativa no se encuentra sujeta a normas jurídicas. El legislador, ilimitable por el Derecho positivo, es el auténtico soberano. Si la ley es válida porque es expresión de una voluntad general incondicionada, ésta no es jurídicamente limitada. La heterorreferencialidad, bajo un axioma diferente al dictatorial, se hace de nuevo presente. En estos casos, ese poder inmune, retenedor de un poder originario, prejurídico e ilimitado sería el Parlamento y su producto, la ley, en tanto expresión de esa voluntad general omnímoda e ilimitable, una inmunidad del poder.

En tiempos más recientes, como se abundará en el siguiente capítulo de este trabajo, lo mismo puede sucederle a la soberanía popular<sup>11</sup> si la misma se entiende que otorga al pueblo un poder originario, suprapositivo y siempre latente que le permite manifestarse al margen del Derecho. En este caso, el pueblo puede ser también ese poder inmune —prejurídico y superior al Derecho— y los actos que en nombre de la soberanía popular se materializan e imponen al margen de las prescripciones normativas, inmunidades del poder. Lo relevante deja de ser, de nuevo, el ajuste a las normas positivas para ser el acomodo a lo que se sitúa y expresa fuera de las mismas (heterorreferencialidad): la voluntad del pueblo soberano.

Lo peligroso es que estas últimas manifestaciones, en el mejor de los casos, se han observado u observan con mayor tolerancia y, en el peor, logran pasar desapercibidas, no siendo siquiera consideradas como peligrosas, al cobijarse bajo el axioma político de la soberanía popular. Sin embargo, eso no las despoja de su naturaleza heterorreferencial sino que las reafirma en dicha condición, de manera que solo servirán para seguir apuntalando la existencia de soberanos *legibus solutus*, anteriores y muy distantes del Derecho positivo. Tal y como

<sup>10</sup> Sobre la doctrina inglesa de la soberanía del Parlamento y su historia son clásicas, entre otras, las obras de BLACKSTONE, W.: *Commentaries on the Laws of England*, vol. I., Bancroft-Whitney Company, San Francisco, 1915, pp. 146 y ss.; DICEY, A.: *An introduction to the study of the law of the Constitution*, 8º ed., Macmillan, London, 1915, pp. 3-104.

<sup>11</sup> Sobre la distinción, en la que ahora no podemos detenernos, entre soberanía nacional y soberanía popular, véase CARRÉ DE MALBERG, R.: *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, tome II, CNRS, París, 1922, pp. 172 y ss.

auguraba Vile, aunque las formas hayan cambiado, los problemas de fondo siguen siendo prácticamente los mismos<sup>12</sup>. Desde la perspectiva del sistema jurídico, resulta irrelevante qué poder se pretende inmune, es decir, genuinamente soberano. La incursión en una estructura heterorreferencial, que es lo que da pie a la génesis de inmunidades del poder, se produce siempre que se traslade fuera de las fronteras de lo jurídico el parámetro de validez de la normatividad, independientemente de qué ropaje revista en cada contexto esa instancia última de validez, es decir, de quien emerja como soberano *legibus solutus* (el dictador, el Monarca, el Parlamento, la Nación, el pueblo, un orden axiológico, etc.), en definitiva, como poder inmune.

Precisamente por ello, la expresión que ahora nos ocupa es profundamente contextual. Y ello, no porque surja en unas coordenadas jurídico-políticas muy precisas, pues todos los conceptos nacen vinculados a los problemas que pretenden resolver, que dependen asimismo de las circunstancias sociopolíticas del momento<sup>13</sup>, sino porque la expresión en cuestión adquiere verdadero significado dentro de un contexto determinado<sup>14</sup>: en el seno de sistemas jurídicos heterorreferenciales, que son el género dentro del cual se sitúan, como se ha visto, muchas y variadas especies.

---

<sup>12</sup> VILE, M.: *Constitutionalism and Separation of Powers*, Liberty Found, Indianápolis, 1998, p. 3.

<sup>13</sup> DÍEZ SASTRE, S: «La formación de conceptos dogmáticos en el Derecho Público», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 31, 2015, p. 132. También apunta en este sentido VIDAL PRADO, C.: «Vigencia de los conceptos jurídicos tradicionales en la sociedad del conocimiento», en HERRERO, M. (Coord.): *Sociedad del Trabajo y Sociedad del Conocimiento en la Era de la Globalización*, Pearson, Madrid, 2003, pp. 133 y ss.

<sup>14</sup> En efecto, GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1977, p. 47 señala que «los vocablos políticos van perdiendo algo de su significación originaria no solamente a medida que pasan de boca en boca en la cotidianidad de la praxis política, sino a medida que cambian las coyunturas históricas (...)». Sobre la relevancia del contexto en la formación de conceptos jurídicos y más extensamente sobre los riesgos de su importación descontextualizada, véase SARTORI, G.: «Concept Misformation in Comparative Politics», *The American Political Science Review*, vol. 64, num. 4, 1970, pp. 1033 y ss. También alude precisamente a la «maleabilidad limitada» de las categorías jurídicas RUBIO LLORENTE, F.: *La forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993, pp. 667-668. En sentido similar, PEÑA FREIRE, M. A.: *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Trotta, Madrid, 1997, p. 19, califica ilustrativamente de «instantánea borrosa del derecho» el resultado de intentar conceptualizar jurídicamente realidades desde el aislamiento epistemológico, es decir, desconociendo la complejidad de los fenómenos jurídicos, por naturaleza variables, contextuales, y epistemológicamente abiertos.

Cuando el poder político ya no es una esfera ajena al Derecho sino que se inserta dentro del sistema normativo y se ejerce a su través, la expresión pierde inevitablemente sentido. Ya no hay poder inmune porque no hay poder posible al margen del Derecho. En el Estado constitucional no existe poder político alguno previo y ajeno al ordenamiento jurídico, inmune, sino únicamente *poderes públicos o privados juridificados*, es decir, no solo jurídicamente limitados sino jurídicamente creados, de manera que no gozan de una existencia anterior y superior al sistema normativo que éste trata, únicamente, de constreñir<sup>15</sup>.

En consecuencia, como se explicará con detenimiento posteriormente, si no hay poder inmune tampoco hay inmunidades del poder porque las manifestaciones de esos poderes jurídicamente constituidos también están previstas y limitadas por el propio ordenamiento del que, en efecto, emanan. Todo se desenvuelve, en suma, dentro de la normatividad del sistema, necesariamente *ad intra*. Sin perjuicio de que esta cuestión se aborde en profundidad en los capítulos III y IV de esta obra, permítase ahora adelantar que cuando esas anomalías, cuando esas pretensiones, digamos, de inmunidad de los poderes constituidos surjan en el Estado constitucional —que ya no es heterorreferencial— ya no serán inmunidades del poder porque ya no provendrán de ningún poder ajeno o previo al ordenamiento, sino de este mismo. Precisamente por ello no serán tales sino *patologías del sistema* que, gestadas ahora al calor de la propia normatividad, contribuirán, peligrosamente, a diluir su identidad.

## 2. Del poder inmune a la inmunidad del ordenamiento

### 2.1. LA LUCHA POR ESE TRÁNSITO: LA REIVINDICACIÓN DE LA SOBERANÍA DEL SISTEMA JURÍDICO

La clásica lucha contra las inmunidades del poder ponía fundamentalmente de relieve el afán por someter a Derecho la actuación administrativa, teniendo como línea de llegada el Estado legal de Derecho el cual resultaba incompatible con la existencia de reductos no sometidos al principio de legalidad y, por ende, no susceptibles de fiscalización por la jurisdicción contencioso-administrativa. En otras palabras, la lucha clásica consistía en eliminar las inmunidades del poder, pero no tanto en cuestionar la pervivencia de un poder genuinamente inmune.

<sup>15</sup> DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, op. cit., p. 38.

Siendo éste el objetivo inmediato, lo cierto es que la lucha tradicional reivindicaba, indirectamente, algo de muchísimas mayores dimensiones: la inserción del poder político y su ejercicio dentro de las coordenadas del sistema jurídico, es decir, la incardinación, no solo de su límite, sino también de su fundamento dentro del propio ordenamiento. Y es que, aunque se eliminasen esas áreas sustraídas al control judicial —las inmunidades del poder— si el fundamento último del sistema seguía residiendo en el soberano *legibus solutus*, aquéllas seguirían siendo susceptibles de emerger en cualquier momento pues, en definitiva, su existencia última se debía a ese poder inmune.

Entonces, de lo que se trataba indirectamente y a largo plazo, era de romper la subordinación existente entre poder político y Derecho a favor del segundo, haciendo del mismo un sistema independiente y autónomo, con existencia propia y diferenciada. En definitiva, el fondo de esa aspiración no consistía sino en transitar 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, como consecuencia de ello, eliminar todas esas manifestaciones heterorreferenciales —las inmunidades del poder— reflejos, en último término, de la existencia de un poder inmune, inaprensible para la propia positividad.

Aquéllas, y esta es la óptica tradicional desde la que las mismas se han observado, no eran sino los vestigios que dejaba la existencia de un soberano *legibus solutus*. De ahí justamente que, si bien a corto plazo la lucha contra las inmunidades del poder era la lucha por el Estado legal de Derecho, a largo plazo debía serlo por el Estado constitucional de Derecho. Ya no se trataba solo de tener un Estado de Derecho Administrativo bien ordenado, sino «el Estado de Derecho constitucionalmente bien ordenado»<sup>16</sup> y, en ese sentido, reivindicar no solo la jurisdicción contenciosa sino, fundamentalmente, la jurisdicción constitucional.

Desde tales aspiraciones de autorreferencialidad, lo que debía y debe ser *immune* ya no es entonces el poder político, entendido aquí como un sujeto político soberano, prejurídico y metapositivo, sino el propio ordenamiento jurídico como tal. Y es que, en efecto, no puede ser de otra manera pues quien quiera que sea el supuesto soberano lo hará en función de una norma que así lo contemple<sup>17</sup> y entonces será ésta y no aquél dicho soberano. Así,

<sup>16</sup> GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, op. cit., p. 94.

<sup>17</sup> La concepción de la soberanía como una cualidad únicamente atribuible a normas procede, como es bien sabido, de Kelsen, H.: *Teoría general del Estado*, trad. L. Legaz Lacam-

cuando la soberanía se atribuye a un sujeto, el sistema deviene heterorreferencial pues su parámetro último de validez descansa en la voluntad de aquél (Monarca, dictador, Parlamento, pueblo, etc.), lo que necesariamente nos conduce fuera de la normatividad. Este es justamente el terreno de los poderes inmunes y, por tanto, de las consiguientes inmunidades del poder gestadas simplemente por la existencia de los primeros; en suma, el ámbito de la heterorreferencialidad.

Sin embargo, cuando se asume que la soberanía es una cualidad exclusivamente normativa, no queda más remedio que «despersonalizarla»<sup>18</sup>, atribuyéndola por completo al ordenamiento en sí mismo considerado<sup>19</sup>. Y si éste es soberano, nadie más lo puede ser. Ya no hay un poder político inmune, previo y ajeno al Derecho, porque no hay nada jurídicamente posible que éste no haya creado y que no haya sometido a su propio imperio. Solo existen *poderes constituidos* (públicos o privados) creados por el ordenamiento jurídico y sujetos a él. El parámetro de validez del sistema pasa entonces a ser autorreferencial. El Derecho será válido no porque se acomode a la voluntad de ciertos sujetos o valores ajenos a la positividad (heterorreferenciales), sino porque no contradiga a ésta. Este es, justamente, el ámbito del sistema jurídico como ordenamiento soberano, en suma, del Estado constitucional.

Esto explica que, en último término, la lucha contra las primigenias inmunidades del poder conduzca indefectiblemente a la lucha por la inmunidad del ordenamiento jurídico<sup>20</sup>, es decir, a la lucha por arrastrar el fundamento de validez del sistema normativo desde las afueras de éste (sujetos soberanos *legibus solutus*-poderes inmunes) hacia su interior, lo que implica el tránsito desde postulados heterorreferenciales a patrones de funcionamiento basalmente autorreferenciales. Se trata, en suma, de que el sistema jurídico sea en sí mismo, auto-nomo, o sea, soberano<sup>21</sup>.

Para ello, resulta indispensable que el ordenamiento sea inmune, es decir, que goce de las dos *cualidades inmunitarias* que le permitan ser independiente

---

bra, Comares, Granada, 2002, p. 170. También la concibe así Ross, A.: *Sobre el Derecho y la justicia*, 5ª ed., trad. G. R. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994, pp. 79-81.

<sup>18</sup> VARELA-SUANZES CARPEGNA, J.: «Rey, Corona y Monarquía. Los orígenes del constitucionalismo español: 1808-1814», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 55, 1987, p. 143.

<sup>19</sup> KELSEN, H.: *Teoría general del Estado*, *op. cit.*, pp. 170 y ss.

<sup>20</sup> La lucha como elemento inherente a la idea de Derecho aparece en la clásica obra de VON IHERING, R.: *La lucha por el Derecho*, trad. A. Posada, Perrot, Buenos Aires, 1977.

<sup>21</sup> KELSEN, H.: *Teoría general del Estado*, *op. cit.*, pp. 170 y ss.

en la fundamentación de su validez, resultando así protegido frente a las injerencias de otros sistemas y, al mismo tiempo, mantenerse en perpetuo contacto con el entorno social: una defensiva, la autorreferencialidad y otra adaptativa, la positividad que, en tanto que cualidades, pueden ser desarrolladas en mayor o menor medida, modulándose así, a su vez, el grado de soberanía de que goza el ordenamiento<sup>22</sup>.

En efecto, resulta no solo revelador sino también ilustrativo, advertir cómo las amenazas a las que se enfrenta el ordenamiento jurídico no distan tanto de aquéllas que encara cualquier organismo vivo y, en este sentido, cómo la inmunidad es una cualidad consustancial a ambos sistemas<sup>23</sup>. El dile-

---

<sup>22</sup> La gradualidad («borrosidad») de la soberanía ha sido puesta de manifiesto por BASTIDA FREIJEDO, F.: «La soberanía borrosa: la democracia», en PUNSET BLANCO (Coord.): *Soberanía y Constitución. Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Junta General del Principado de Asturias, KRK, Oviedo, 1998, pp. 381 y ss.

<sup>23</sup> En efecto, el funcionamiento del sistema biológico sirve, en ocasiones, para comprender el funcionamiento mismo de otros sistemas, entre ellos el jurídico y para advertir las notables similitudes que ambos comparten. De esta recíproca interconexión entre lo jurídico y lo biológico pueden ser ejemplo las metáforas organicistas de la sociedad y del Estado, presentes desde la Antigüedad en toda la historia del pensamiento político. Sobre esta cuestión pueden verse, entre otros, los trabajos de DE BAECQUE, A.: *Le corps de l'histoire. Métaphores et politique* (1770-1800), Calmann-Lévy, Paris, 1993; CAVARERO, A.: *Corpo in figure*, Feltrinelli, Milán, 1995; OLWIG, K.: *Landscape, nature, and the body politic*, University of Wisconsin Press, Wisconsin, 2002; HARVEY, A.D.: *Body politic: political metaphor and political violence*, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge, 2007. Dejando a un lado la cuestión metafórica, un ejemplo patente y sobradamente contrastado acerca de la asimilación del sistema jurídico a un sistema biológico lo constituye toda la teoría de los sistemas sociales, entre ellos el jurídico, uno de cuyos máximos exponentes ha sido Niklas Luhmann, pues aquella hunde sus raíces en la teoría de los sistemas biológicos formulada previamente por Varela y Marutana. Asimismo, también puede advertirse cómo académicamente ha tratado de establecerse una vinculación, ya desde finales del S.XIX, entre la teoría jurídica y la teoría de la evolución, utilizando las ideas sobre la selección natural darwinianas para explicar las mutaciones de los conceptos jurídicos y de los precedentes o la jurisprudencia, tratando de estudiar cómo el sistema normativo intenta adaptarse a las variables cambiantes del entorno social para sobrevivir dentro de éste. En efecto, fue uno de los más célebres jueces del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, quien comenzó a transitar esta senda, en un primer momento a través de *The Common Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1881 y posteriormente en «Law in Science and Science in Law», *Harvard Law Review*, vol. 12, num.7, 1899, pp. 443 y ss. También un conocido Profesor de la Universidad de Yale, Arthur Corbin, fue pionero en el estudio de la teoría de la evolución en el ámbito jurídico, en su trabajo «The Law and the Judges», *Yale Review*, vol.3, 1914, pp. 234 y ss. En esta misma línea se insertan también, posteriormente, los trabajos de, entre otros, CLARK, R.C.: «The Interdisciplinary Study of Legal Evolution», *Yale Law Journal*, num.90, 1981, pp.

ma al que ésta trata de dar respuesta no es otro sino cómo defenderse de lo ajeno, cómo gestionar la pura exterioridad, es decir, cómo definir los patrones que deben presidir las relaciones con el afuera, con lo no-propio<sup>24</sup>, cómo protegerse sin aislarse, cómo ser simbiótico sin anularse. Y éste es, también, el mismo desafío al que se enfrenta el sistema jurídico como sistema: cómo tener identidad propia, diferenciación respecto al resto de sistemas sociales y, al mismo tiempo, permanecer en contacto con el medio social sin fundirse con él para lograr ser eficaz en el seno de éste. Protegerse frente a lo ajeno y al mismo tiempo adaptarse a ello.

La consecución y el desarrollo de estas dos cualidades inmunitarias —la autorreferencialidad y la positividad— que son, precisamente, a través de las cuáles se expresa la propia soberanía del ordenamiento son las que, en último término, le permiten llevar a cabo su función característica y definitoria: la estabilización contrafáctica de expectativas normativas a través del uso de la coacción<sup>25</sup>. Veámoslas con más detalle.

---

1238 y ss.; DONALD ELLIOT, E.: «The Evolutionary Tradition in Jurisprudence», *Columbia Law Review*, vol.85, 1985, pp. 38 y ss.; y del mismo autor «Law and Biology: The New Synthesis?», *Saint Louis University Law Journal*, vol.41, 1997, pp. 595 y ss.; HOVENKAMP, H. J.: «Evolutionary Models in Jurisprudence», *Texas Law Review*, vol.64, num.4, 1985, pp. 645 y ss.; SINCLAIR, M.B.W.: «The Use of Evolution Theory in Law», *University Of Detroit Law Review*, vol.64, 1987, pp. 451 y ss., y del mismo autor «Evolution in Law: Second Thoughts», *University of Detroit Mercy Law Review*, vol.71, 1993-1994, pp. 31 y ss.; BECKSTROM, J.H.: *Evolutionary jurisprudence: prospects and limitations on the use of modern Darwinism throughout the legal process*, Illinois University Press, 1989. Dentro del S.XXI, pueden encontrarse los trabajos de HUTCHINSON, A.C.; ARCHER, S.: «Of Bulldogs and Soapy Sams: The Common Law and Evolutionary Theory», *Current Legal Problems*, vol.54, issue 1, 2001, pp. 19 y ss.; ZAMBONI, M.: «From 'Evolutionary Theory and Law' to a 'Legal Evolutionary Theory'», *German Law Journal*, vol.9, issue 4, 2008, pp. 515 y ss.; WANGENHEIM, G.: «Evolutionary Theories in Law and Economics and Their Use for Comparative Legal Theory», *Review of Law and Economics*, vol.7, issue 3, 2011, pp. 737 y ss. Además de estas referencias relativas a la aplicación de la teoría de evolución en el ámbito jurídico, sirva asimismo para evidenciar la relación, a nivel de funcionamiento, entre los sistemas biológicos y normativos la bibliografía citada en las páginas que siguen, referentes, más en concreto, al mecanismo inmunitario.

<sup>24</sup> MOULIN, A. M.: «Un objet scientifique à la chanière des sciences biologiques et sociales : la système immunitaire», *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, vol.3, num.2, 1996, p. 314.

<sup>25</sup> LUHMANN, N.: *El derecho de la sociedad*, 2ª ed., trad. J. Torres Nafarrate, Herder, México, 2005, p. 188. Debe tenerse en cuenta que los subsistemas sociales, como es el Derecho, surgen por diferenciación funcional. El sistema jurídico es un subsistema social porque es capaz de desempeñar dentro del sistema social global una función especializada y diferente de aquella que llevan a cabo otros subsistemas sociales, por eso tiene singularidad, existencia propia. Sobre la

## 2.2. LAS CUALIDADES INMUNITARIAS DEL SISTEMA JURÍDICO COMO EXPRESIÓN DE LA SOBERANÍA

### 2.2.1. *La autorreferencialidad como inmunidad en sentido negativo*

Al surgir al fragor del descubrimiento de las grandes enfermedades infecciosas, en un momento político de enfrentamiento —la Primera Guerra Mundial<sup>26</sup>—, la inmunidad se ha concebido tradicionalmente como un mecanismo de defensa, esencialmente reactivo. Su fin último no es otro sino el combate de lo antigénico para la protección de lo endógeno. Su formulación, a pesar de estar influenciada por diversos fenómenos sociales<sup>27</sup>—y aquí se evidencia con meridiana claridad la simbiosis entre biología y Derecho— está directamente permeada por el léxico político hobbesiano. El «derecho de autodefensa» (*self-defense*) como primer derecho natural del ser humano, serviría para inspirar todas las reacciones defensivas de una entidad determinada —cuerpo político/cuerpo biológico— frente a los ataques ilegítimos o nocivos<sup>28</sup>. El concepto de inmunidad surge así como un «híbrido»<sup>29</sup> profundamente biopolítico, que trata de

---

delimitación funcional del Derecho, véase LUHMANN, N: *Sociologia del diritto*, trad. A. Febbrajo, Laterza, Bari, 1977, pp. 204 y ss.

<sup>26</sup> Es preciso hacer notar, no obstante, que el desarrollo de la inmunología se remonta siglos atrás en la historia. Sus orígenes suelen situarse en el año 430 a.C. cuando Tucídides en *La Guerra del Peloponeso*, advirtió que aquellos que habían sobrevivido a la plaga de la peste no volvían a enfermar, o si volvían a hacerlo lo hacían de manera notablemente más atenuada. Para un análisis histórico de su evolución, véase SILVERSTEIN, A.: *A History of Immunology*, 2ª ed., Elsevier, Amsterdam, 2009; GENETET, B.: *Histoire de l'immunologie*, Presses Universitaires de France, París, 2000.

<sup>27</sup> Acerca de las influencias que sobre la inmunología han tenido otras disciplinas no biológicas, véase TAUBER A.: «Immunity in context: science and society in dialogue», *Theoria*, vol.31, num.2, 2016, p. 209-212.

<sup>28</sup> Apuntando esta conexión, COHEN, E.: *A body worth defending. Immunity, Biopolitics and the Apotheosis of the Modern Body*, Duke University Press, Durham and London, 2009, p. 3; MUTSAERS, I.: *Immunological Discourse in Political Philosophy. Immunisation and its Discontents*, Routledge, Nueva York, 2016, p. 129. No es casualidad que Hobbes sea considerado el primer teórico sobre la inmunidad en el sistema jurídico, tal y como explica ESPÓSITO, R.: *Bíos. Biopolítica y filosofía*, trad. C. R. Molinari, Amorrortu editores, Buenos Aires, 2011, pp. 92 y ss.

<sup>29</sup> COHEN, E.: *A body worth defending, op. cit.*, p. 3. Sobre la formación de «híbridos» (conceptos o instituciones que mezclan política, ciencia, tecnología y naturaleza), como nota inherente a la construcción de los sistemas modernos, véase LATOUR, B.: *We have never been modern*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1993, p. 3.

trasladar metafóricamente al organismo las necesidades de defensa y protección que existían, y existen, a nivel sociopolítico.

Esto explica que su formulación tradicional haya sido agresivamente militar<sup>30</sup>, guiada por la defensa y conservación de lo propio frente al ataque y destrucción ocasionados por la invasión de lo externo. La distinción entre lo endógeno y lo exógeno, entre lo benigno y lo patógeno, en definitiva, entre lo propio y lo ajeno, ha hecho de la propia inmunidad la ciencia del «self/non-self discrimination»<sup>31</sup>. Concebido como un mecanismo capaz de detectar y discriminar qué pertenece al organismo (*self*) y qué le resulta ajeno (*nonselff*), combatiendo, en segundo lugar, esto último, la inmunidad define y mantiene lo propio. De ahí que las nociones de cierre, clausura o blindaje copen el léxico inmunitario<sup>32</sup>.

Si el eje semiótico en torno al cual se organiza todo sistema, o toda institución, es el que establece el límite entre «yo-lo otro», no sorprende demasiado que la inmunidad —en este sentido defensivo previamente explicado— se haya erigido en clave de interpretación del funcionamiento de la sociedad<sup>33</sup>, donde las nociones de identidad, pertenencia, inclusión/exclusión o la simple y llana protección, resultan basales<sup>34</sup>. Al definir y salvaguardar los confines de

<sup>30</sup> Ejemplos del carácter eminentemente reactivo o defensivo de la inmunidad, que ilustran como ésta se aparece como una suerte de ejército que lucha por proteger al individuo, pueden encontrarse en las obras de BURNET, M.: *The integrity of the body*, Cambridge University Press, Cambridge, 1963; DWYER, J.: *The body at war. The story of our immune system*, Londres, 1988; NILSSON, L.: *The body victorius. The illustrated story of our immune system and other defenses of the human body*, New York, 1987.

<sup>31</sup> Véanse, a este respecto, KLEIN, J.: *Immunology: science of self/nonselff discrimination*, John Wiley and Sons Inc, New York, 1982; GOLUB, E.; GREEN, D.: *Immunology: a shyntesis*, 2ª ed., Sinauer, Massachusetts, 1991; WILSON, D.: *The Science of Self: A report of the New Immunology*, Longman, Essex, 1971; LÓPEZ-LARREA, C.: *Self and Nonselff*, Springer, New York, 2012; SILVERSTEIN, A., ROSE N.: «On the mystique of the immunological self», *Immunological Reviews*, vol. 159, 1997, pp. 197 y ss. Estos últimos son los que han considerado que el modelo self/nonselff era el «principio rector de la inmunidad» (*governing principle of immunology*).

<sup>32</sup> El organismo fue definido, en este sentido, como una «fortaleza cerrada» (*closed fortress*) por WILSON, D.: *The Science of Self — A Report of the New Immunology*, op. cit., pp. 8-10; o como «self-contained system» por MOULIN, A.M.: «The Immune System: a Key Concept for the History of Immunology», *History and Philosophy of the Life Sciences*, vol.11, num.2, 1989, pp. 221 y ss.

<sup>33</sup> ESPÓSITO, R.: *Immunitas. Protección y negación de la vida*, trad. L. Padilla López, Amorrortu editores, Buenos Aires, 2005, p. 212. En un sentido similar, ANDERSON, W.: «Getting ahead of One's Self? The common culture of Immunology and Philosophy», *Isis*, vol.105, num. 3, 2014, p. 607 considera que la inmunología ha ofrecido un atractivo marco conceptual para mantener discusiones sobre la identidad humana.

<sup>34</sup> En efecto, como pone de manifiesto con detalle GARCÍA LÓPEZ, D.J.: «Metáfora orgánica y paradigma inmunitario en el pensamiento jurídico inmunitario», *Revista de Estudios Políticos*, núm.

lo propio, aquélla deviene un importante cauce para expresar las nociones de identidad latentes tras toda organización humana o, en lo que aquí interesa, política: territorio (fronteras), pueblo (nacionalidad) y poder (monopolio de la violencia lícita).

Precisamente por ello, la semántica inmunitaria ha traspasado el ámbito puramente biológico y se ha adentrado en el terreno de las ciencias sociales<sup>35</sup>, dando lugar a una auténtica «inmunología social»<sup>36</sup>. En la década de los 90, sobre la tierra abonada por la biopolítica de Foucault<sup>37</sup>, retorna al ámbito social un concepto originariamente surgido en su seno, para explicar las mecánicas defensivas de la sociedad moderna, que tiende a replegarse sobre sí misma tratando de vencer los peligros que la amenazan<sup>38</sup>. La inmunidad deviene así en

---

172, 2016, pp. 109 y ss., ese componente basalmente reactivo de la inmunidad es el que hizo justamente que el paradigma inmunitario fuese utilizado y evocado por los regímenes totalitarios. En este trabajo, no obstante se utilizará el paradigma inmunitario desde el punto de vista democrático.

<sup>35</sup> NAPIER, D.: *The Age of Immunology: Conceiving a Future in an Alienating World*, University of Chicago Press, Chicago, 2003, p. 3, sostiene que «immunological ideas now provide the primary conceptual framework in which human relations take place in the contemporary world». Véase también ANDERSON, W.: «Getting ahead of One's Self? The common culture of Immunology and Philosophy», *op. cit.*, 2014, p. 606 y ss.

<sup>36</sup> LUHMANN, N.: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. S. Pappe y B. Erker, Anthropos, Barcelona, 1998, p. 344.

<sup>37</sup> La biopolítica como poder-control que se ejerce sobre el cuerpo social en aras a la regulación de su vida, se encuentra incipientemente desarrollada en FOUCAULT, M.: *Surveiller et punir*, Gallimard, Paris, 1975; *Histoire de la sexualité. I. La volonté de savoir*, Gallimard, Paris, 1976; «La politique de la santé u XVIIIe siècle», *Dits et Ecrits*, Tome III, texte n° 168, Gallimard, Paris, 1976.

<sup>38</sup> Este paradigma inmunitario ha sido utilizado, entre otros, por ESPOSITO, R.: *Immunitas. Protección y negación de la vida*, *op. cit.*; HARAWAY, D.: «The biopolitics of Postmodern Bodies: determinations of Self in Immune System Discourse», *Differences*, num.1, 1989, pp. 3 y ss; BAUDRILLARD, J.: *La Transparence du Mal. Essai sur les phénomènes extremes*, Editions Galilée, Paris, 1990; MORRIS, B.: *Anthropolohy of the self. The individual in cultural perspective*, Pluto Press, London, 1994; MARTIN, E.: *Flexible Bodies. The role of immunity in american culture from the days of polio to the age of AIDS*, Beacon Press, Boston, 1994; DERRIDA, J.: «Autoimmunity: real and symbolic suicides», en *Philosophy in a time of terror: Dialogues with Jürgen Habermas and Jaques Derrida*, Chicago University Press, Chicago, 2003; COHEN (Ed.): *A Body worth Defending: Immunity, Biopolitics and the Apotheosis of the Modern Body*, *op. cit.*, 2009; SLOTERDIJK, P.: *Esfemas I: Burbujas. Microsferología*, trad. I. Reguera, Siruela, Madrid, 2003; *Esfemas II: Globos. Macrosferología*, trad. I. Reguera, Siruela, Madrid, 2004; *Esfemas III: Espumas*, trad. I. Reguera, Siruela, Madrid, 2005; HAN, B.C.: *La sociedad del cansancio*, 1º ed. 7ª reimp., trad. A. Saratxaga Arregi, Herder, Barcelona, 2012. Toda la bibliografía citada en esta y anteriores notas evidencia algo que había tratado de ponerse de manifiesto en las páginas precedentes: que el funcionamiento de los sistemas sociales encuentra cierto

una «palabra plástica»<sup>39</sup>, en uno de esos términos que, surgiendo en el terreno social, pasan al científico para retornar finalmente a aquél, revestidos con un aura de prestigio y solvencia que ennoblece su empleo.

Volviendo al tema que ahora nos ocupa, esa necesidad, digámoslo así, de protección frente al exterior, de salvaguarda frente a las injerencias exógenas procedentes del entorno, no es exclusiva del sistema biológico sino que se extiende al sistema jurídico, que también necesita *diferenciarse* de otros sistemas para gozar de autonomía y subsistir como sistema. Esa cualidad inmunitaria, de corte defensivo, que le permite al Derecho diferenciarse frente a lo ajeno, frente a lo no propio es precisamente la autorreferencialidad<sup>40</sup>. Esta es la cualidad que permite que los sistemas creen elementos a partir de sus propios elementos, es decir, que generen operaciones comunicativas a través de sus propias operaciones comunicativas<sup>41</sup>, diferenciando así aquéllas que le son propias de aquéllas otras que le resultan ajenas y que, por tanto, pertenecen al entorno. La secuencia recursiva de operaciones que hace posible la autorreferencialidad excluye por sí sola todas aquéllas que no pueden enlazar con las propias del sistema en cuestión. Por eso son operativamente cerrados<sup>42</sup>: solo funcionan a través de la autogeneración.

Estas operaciones, diferentes en cada sistema, se corresponden con las normas jurídicas en el caso del Derecho y la autorreferencialidad se demuestra a este respecto en la posibilidad de crear normas solo a partir de otras normas, y así su-

---

mimetismo con el de los sistemas biológicos. La construcción y el desarrollo de esta «inmunología social» pone de relieve, precisamente, que existen categorías y dinámicas propias del organismo que sirven para identificar e interpretar también las que experimenta la sociedad.

<sup>39</sup> La construcción de las «palabras plásticas» o, como inicialmente fueron llamadas, «las palabras ameba», es realizada por POERKSEN, U.: *Plastic words. The Tyranny of a Modular Language*, The Pennsylvania State University, Pennsylvania, 1995.

<sup>40</sup> Sobre el problema de la autorreferencialidad en términos filosóficos, véase POPPER, K.: «Self-reference and meaning in ordinary language», *Mind*, 1954, num.6, pp. 162 y ss.

<sup>41</sup> LUHMANN, N.: *Sociedad y sistema. La ambición de la teoría*, trad. S. López Petit y D. Schmitz, Paidós, Barcelona, 1990, pp. 90-91. Ha de tenerse en cuenta que los sistemas sociales no están formados por personas, ni por acciones, sino por comunicaciones, y que la comunicación solo puede ser creada por la propia comunicación, recursivamente. De ahí surge, precisamente, la autorreferencialidad de los sistemas. No obstante, los procedimientos autorreferenciales no son tautológicos. De lo que se trata no es de que el sistema repita las mismas operaciones, sino de que las recree. Aquéllos tienen que ver con la capacidad continuada de enlace, no con la mera repetición de elementos. LUHMANN, N.: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, op. cit., p. 58.

<sup>42</sup> LUHMANN, N.: *Introducción a la Teoría de Sistemas*, trad. J. Torres Nafarrate, Anthropos, México, 1996, p. 78.

cesivamente. Lógicamente, para que exista comunicación jurídica no basta cualquier tipo de comunicación, pues entonces el sistema jurídico se desvanecería. Solo son normas jurídicas las creadas conforme a un código binario<sup>43</sup> —legal/ilegal— dotado de contenido a su vez, por otras normas. Solo esas son operaciones jurídicas válidas y, por tanto, forman parte de la comunicación del sistema<sup>44</sup>.

En esta clausura operativa, traducida en «clausura normativa» en el ámbito del Derecho, se aprecia claramente la impronta inmunitaria en su vertiente defensiva. La manera que tiene el ordenamiento jurídico de protegerse frente a las injerencias del entorno y de otros subsistemas sociales es, simplemente, no produciendo más que normas jurídicas a través de otras normas jurídicas, es decir, siendo autopoiético. Solo autogenerándose, haciendo que la validez de sus operaciones comunicativas dependa a su vez de sus propias comunicaciones, y no de criterios metajurídicos, puede el sistema jurídico mantener su autonomía<sup>45</sup> y, en consecuencia, su diferenciación con el medio. El código de validez se sitúa así dentro del sistema, de forma que este halla en sí mismo su propia fundamentación.

Pudiera pensarse, no obstante, que, si la inmunidad es la ciencia del *self/nonself discrimination*, sigue un patrón de funcionamiento heterorreferencial<sup>46</sup> y el sistema jurídico lo que trata de perseguir es justamente lo contrario. En efecto, el paradigma clásico, al concebir la inmunidad como un mecanismo simple y llanamente de respuesta, por definición reactivo o defensivo, dirigido desde el exterior, revela una visión heterorreferencial de la misma<sup>47</sup>. De ello es buen ejemplo, entre otras cosas, que el mismo centro de la teoría inmunológica, su propia razón de ser —la defensa de lo propio (*self*)— carezca de sustantividad propia, pues habitualmente se ha venido definiendo en sentido negativo, es decir, en base a lo que no es (*non-self*). La inmunidad existe en virtud del antígeno que es,

---

<sup>43</sup> Sobre la codificación jurídica, véase más extensamente LUHMANN, N.: «The coding of the legal system», en TEUBNER, G; FEBRAJJO, A. (Eds.): *State, Law and Economy. Regulation and autonomy in a new perspective*, Giuffrè Editore, Milan, 1992, pp. 145 y ss.

<sup>44</sup> LUHMANN, N.: *El derecho de la sociedad*, op. cit., p. 159. El autor puntualiza que la validez es solo la forma en que las operaciones hacen referencia a su participación en el sistema, produciendo como efecto su capacidad de producir enlaces dentro del mismo. Lo que determina el paso de una de las operaciones del código (ilegal) a la otra (legal) es precisamente su validez.

<sup>45</sup> LUHMANN, N.: «Closure and Openness: On reality in the World of Law», en TEUBNER, G.: *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Walter de Gruyter, Berlin, 1998, p. 345.

<sup>46</sup> Ello respondería a una lógica de interno/externo incompatible con el carácter autopoiético del sistema.

<sup>47</sup> VARELA, F.: *El fenómeno de la vida*, Dolmen, Santiago de Chile, 2003, p. 123.