



Universidad de Oviedo

Programa de Doctorado en Derecho

**DE LAS INMUNIDADES DEL PODER A LA INMUNIDAD DEL
SISTEMA JURÍDICO Y SUS PATOLOGÍAS.**

Tesis doctoral presentada por

PATRICIA GARCÍA MAJADO

Dirigida por:

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad de Oviedo

Oviedo, 2020



RESUMEN DEL CONTENIDO DE TESIS DOCTORAL

1.- Título de la Tesis	
Español: DE LAS INMUNIDADES DEL PODER A LA INMUNIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO Y SUS PATOLOGÍAS	Inglés: FROM THE IMMUNITIES OF POWER TO THE IMMUNITY OF THE LEGAL SYSTEM AND ITS PATHOLOGIES.

2.- Autor	
Nombre: PATRICIA GARCIA MAJADO	DNI/Pasaporte/NIE: ;
Programa de Doctorado: DERECHO	
Órgano responsable: COMISIÓN ACADÉMICA DE DOCTORADO EN DERECHO	

RESUMEN (en español)

La presente tesis doctoral analiza cómo la clásica lucha contra las inmunidades del poder que abanderó García de Enterría a principios de los años 60 del siglo pasado, es propia de unas coordenadas jurídico-políticas heterorreferenciales, donde existe verdaderamente un poder inmune ajeno y superior al Derecho (soberano *legibus solutus*), cuyas manifestaciones (inmunidades del poder), portan necesariamente su misma naturaleza. En el Estado constitucional, sin embargo, esa lógica desaparece pues ya no existen poderes inmunes jurídicamente posibles sino poderes públicos o privados juridificados, es decir, no solo jurídicamente limitados sino jurídicamente constituidos. Tan es así que la inmunidad deja de corresponderle a esos viejos poderes ajenos al Derecho para corresponderle, por entero, al ordenamiento jurídico en sí mismo considerado, que precisa de las dos cualidades inmunitarias de la autorreferencialidad y positividad para existir como orden soberano. A la larga y de forma indirecta, la lucha contra las inmunidades del poder terminaría entonces conduciendo a la lucha por la propia inmunidad del sistema normativo, en suma, al Estado constitucional.

Así, en estas coordenadas jurídicas contemporáneas, de lo que se trata ya no es de que el ordenamiento luche contra manifestaciones reflejas de un soberano *legibus solutus* hoy extinto, sino de que sea capaz de detectar y combatir las patologías que, gestadas ahora, paulatinamente, en su propio interior, van minando su identidad y, al hacerlo, rebajando o debilitando la inmunidad de aquél en su conjunto (autorreferencialidad y positividad). Si de los poderes inmunes se pasa entonces a la inmunidad del ordenamiento jurídico, las vetustas inmunidades del poder dejan paso, necesariamente, a las patologías del sistema. Dependiendo de su origen y naturaleza, las mismas podrán ser exógenas o endógenas, según procedan de elementos extraños o consustanciales a la propia identidad de aquél, respectivamente. Lo relevante, en todo caso, es que no son habitualmente reconocidas por el ordenamiento como tales, sino al contrario. Ahí descansa justamente su nocividad. El sistema debe aprender a detectar lo que le daña para sobrevivir como orden autorreferente y positivo dotado de una determinada identidad.



RESUMEN (en Inglés)

This doctoral thesis aims at examining how the classic fight against the immunities of power that García de Enterría supported in the early 1960s, is typical of heteroreferent legal-political coordinates, where there is truly an immune power outside and superior to the law (*legibus solutus* sovereign), whose manifestations (immunities of power), necessarily carry its very same nature. In the constitutional State, however, this logic disappears. There are no longer legally possible immune powers but constituted public or private powers, that is, not only legally limited but, first, legally constituted. Thus, immunity ceases to belong to those old powers outside the law in order to correspond entirely to the legal order itself, which requires the two immune qualities of self-reference and positivity to exist as a fully sovereign order. In the long run and indirectly, the fight against the immunities of power would then end up leading to the fight for the immunity of the normative system, in short, to the constitutional State.

Thus, in these contemporary legal coordinates, the legal order should no longer fight against those reflective manifestations of a *legibus solutus* sovereign today extinct, but detect and combat the different pathologies that, gradually breeding within it, undermine its identity and, in doing so, lower or weaken its immunity as a whole (self-reference and positivity). If from the immune power we move to the immunity of the legal order, the immunities of power give way to the pathologies of the system. Depending on their origin and nature, they may be exogenous or endogenous (autoimmunity), according to whether they come from foreign elements or other ones which are inherent to the system's identity. What matters, in any case, is that they are not usually recognized as pathologies but on the contrary. That is where their harmfulness rests on. The legal system should learn to detect what damages itself in order to survive as a self-referent and positive order endowed with a concrete identity.

SR. PRESIDENTE DE LA COMISIÓN ACADÉMICA DEL PROGRAMA DE DOCTORADO
EN _____

ÍNDICE

ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN	9
INTRODUCTION.....	21
I. SISTEMA JURÍDICO E INMUNIDAD.	
1. LAS «INMUNIDADES DEL PODER» COMO EXPRESIÓN DEL SOBERANO <i>LEGIBUS SOLUTUS</i>	33
2. DEL PODER INMUNE A LA INMUNIDAD DEL ORDENAMIENTO.....	40
2.1. La lucha por ese tránsito: la reivindicación de la soberanía del sistema jurídico.....	40
2.2. Las cualidades inmunitarias del sistema jurídico como expresión de la soberanía.....	45
2.2.1. La autorreferencialidad como inmunidad en sentido negativo...	45
2.2.2. La positividad como inmunidad en sentido positivo.	51
2.3. La estabilización contrafáctica de las expectativas normativas a través del uso de la coacción como función del sistema jurídico.	57
3. EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LA AUSENCIA DE PODERES INMUNES.....	64
3.1. La Constitución como materialización de la autorreferencialidad. ...	64
3.2. El poder de reforma constitucional como materialización de la positividad.	69
3.3. La jurisdicción constitucional como agente inmunitario.	77
3.4. El desafío de la integración europea: la competencia sobre las competencias.	86

II. DEMOCRACIA E INMUNIDAD.

1. LA DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL: LA DEFENSA DEL SISTEMA JURÍDICO.	99
1.1. La autorreferencialidad de la soberanía popular: la inexistencia de poderes inmunes.	100
1.2. La positividad: la tolerancia.....	107
1.3. Los derechos fundamentales.....	115
1.3.1. Su función en el seno de la democracia procedimental.....	115
1.3.2. La intangibilidad jurídica de los derechos fundamentales	126
1.3.3. La suspensión de los derechos fundamentales.	131
2. LA DEMOCRACIA MILITANTE: LA DEFENSA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL.	139
2.1. La fragilidad de las cualidades inmunitarias.	139
2.1.1. La rebaja de la autorreferencialidad: el orden constitucional como poder inmune.....	141
2.1.2. La menor positividad: la intolerancia.....	145
2.2. Los instrumentos de defensa de la Constitución como inmunidades del poder.	151
2.2.1. La prohibición del ejercicio antisistema de los derechos fundamentales.....	152
2.2.2. El derecho penal del enemigo.....	157
2.2.3. Las cláusulas de intangibilidad.....	162
2.2.4. El derecho de resistencia.....	164

III. LAS PATOLOGÍAS DEL SISTEMA. EN PARTICULAR, LAS PATOLOGÍAS EXÓGENAS.

1. DE LAS INMUNIDADES DEL PODER A LAS PATOLOGÍAS DEL SISTEMA.....	169
1.1. Las patologías como ataques hacia la identidad del sistema jurídico.....	173
1.1.1. ¿Qué identidad? El carácter contextual de las patologías.....	173
1.1.2. Lo esencial de los principios estructurales como identitario: su contenido nuclear.....	182

1.2.	El diferente origen de las patologías: endógeno u exógeno.....	188
2.	LAS PATOLOGÍAS DE ORIGEN EXÓGENO: <i>PRIMA FACIE VS. STRICTO SENSU</i>	193
2.1.	El grado de incompatibilidad con la identidad del sistema como criterio de distinción.	193
2.2.	La destrucción de la presunción de nocividad: la funcionalidad.....	197
2.2.1.	La demostración, positiva y negativa, de funcionalidad.....	197
2.2.2.	La vigilancia.	205
2.3.	Las cuestionables demostraciones de funcionalidad: las engañosas funciones beneficiosas.....	211
2.4.	Los límites a la funcionalidad: las presunciones <i>iuris et de iure</i> de nocividad.....	222

IV. LAS PATOLOGÍAS ENDÓGENAS: LAS AUTOINMUNIDADES.

1.	EL PUNTO DE PARTIDA: LOS ELEMENTOS ENDÓGENOS.	237
1.1.	La presunción de benignidad.....	238
1.2.	La disfuncionalidad como causa de las patologías endógenas.....	241
1.2.1.	Concepto de disfuncionalidad.	241
1.2.2.	Dos tipos de disfuncionalidad: activa y pasiva.	247
2.	PATOLOGÍAS GESTADAS POR DISFUNCIONALIDAD ACTIVA.	250
2.1.	Disfuncionalidad por <i>vis expansiva</i>	250
2.1.1.	<i>Vis expansiva</i> de los elementos excepcionales.	250
2.1.2.	<i>Vis expansiva</i> de principios y derechos colindantes.....	269
2.2.	Disfuncionalidad por distorsión.....	278
3.	PATOLOGÍAS GESTADAS POR DISFUNCIONALIDAD PASIVA.....	283
3.1.	Inoperancia de ciertos mecanismos o instituciones del sistema.	283
3.2.	Obsolescencia de regulaciones o interpretaciones de derechos.	289
4.	¿HACIA LA INMUNOTERAPIA?: EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	298
4.1.	Su papel de agente inmunitario.	298
4.2.	Su papel de agente patógeno.....	308

CONCLUSIONES	317
CONCLUSION.....	325
BIBLIOGRAFÍA	333
REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA.....	383

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

ABREVIATURAS

Editor	Ed.
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.
LOTCC	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
Ob. Cit.	Obra citada

ABREVIATURAS

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

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^I 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 este proyecto de investigación predoctoral, en el cual inicialmente se pretendía estudiar cómo en las coordenadas jurídico-políticas del S.XXI –tan distintas a aquéllas estudiadas por el célebre administrativista– esas inmunidades del poder habían vuelto a resurgir pues los poderes públicos seguían presentando una cierta tendencia a buscar subterfugios para orillar las exigencias que se desprendían del por todos asumido Estado Social y democrático de Derecho^{II}.

^I 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.

^{II} 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.

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 prerrogativas 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 la presente tesis doctoral. 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 recentísima 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 frente a lo externo o ajeno 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. Aquéllas 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.

El presente trabajo 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»^{III} 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 tesis doctoral.

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 dimensiones y la complejidad de los sistemas jurídicos modernos son tales que la sola intención de llevarla a cabo, además, sería tarea abocada al fracaso. Siempre existiría un sector del ordenamiento al que no se habría atendido; incluso la propia coherencia de la investigación se pondría en tela de juicio ante

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

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

Este trabajo 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 tesis doctoral 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 autoinmidades, 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.

Tras los cuatro capítulos, el trabajo ofrece unas breves conclusiones que tratan de poner de relieve sus hallazgos más relevantes que son, en suma, los que se someten a consideración del lector. 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 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, este trabajo solo ha pretendido contribuir a hacerla más compleja.

III

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^{IV}. 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

^{IV} 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

hacerla se ha sorprendido a sí misma, en más de una ocasión, en la torpeza de traicionar sus propios fundamentos teóricos.

Para el desarrollo de la investigación se han manejado distintas fuentes normativas, bibliográficas y también jurisprudenciales, apareciendo estas dos últimas referenciadas por entero al final del presente trabajo. Respecto de las primeras, se han utilizado textos constitucionales, fundamentalmente el español, pero también el italiano, francés y alemán –por su proximidad con el primero– así como otras fuentes de rango infraconstitucional de diverso signo. Respecto de las segundas, resulta necesario poner de manifiesto, por su singularidad, que se ha prestado atención a distintas obras pertenecientes a esa inmunología social presente en el terreno de las ciencias sociales que se ha hecho eco de la estrictamente biológica. Esto explica que una parte de la bibliografía que ha servido no solo de referencia sino también en muchas ocasiones de inspiración, se aparte de esas fuentes jurídico-bibliográficas más tradicionales o usuales en un trabajo jurídico de estas características. Su manejo se ha considerado, sin embargo, oportuno para desvestir a la inmunidad de esos antiguos ropajes y justificar su acercamiento a esa consideración de cualidad protectora-adaptativa que todo sistema, también el jurídico, precisa para sobrevivir como tal.

Asimismo, han ocupado un papel fundamental las obras relativas a la teoría de los sistemas, teoría de las normas, teoría del Estado, teoría de la Constitución y también de la democracia. Todas ellas, algunas de autores ya clásicos –como Kelsen, Carré de Malberg, Schmitt, Kriele etc.– y otros más contemporáneos, son las que han sentado las bases dogmáticas sobre las que este trabajo ha pretendido construir su aportación sin las cuales, como resulta evidente, no hubiera sido posible hacerlo. No obstante, se han manejado también otras fuentes bibliográficas monográficas que tratan singularmente algunas de las cuestiones que se abordan a lo largo del estudio, a título habitualmente ejemplificativo, tales como –sin ánimo de exhaustividad– la

reforma constitucional y la participación popular, las prerrogativas parlamentarias y regias, la legislación de urgencia, el control parlamentario, etc. Aquéllas proceden principalmente de la doctrina iuspublicística española pero también de la comparada, singularmente de la alemana, francesa, italiana y estadounidense por las similitudes compartidas al efecto o, sencillamente, por la relevancia doctrinal de las mismas.

Respecto de las fuentes jurisprudenciales, la investigación ha prestado especial atención a la jurisprudencia constitucional española, aunque también ha recalado, en ciertas ocasiones, en la del Tribunal Supremo y, por supuesto, en la del TEDH y el TJUE. La jurisprudencia comparada ocupa, no obstante, un lugar nada desdeñable pues a lo largo del trabajo se ha recurrido a pronunciamientos del Tribunal Supremo de Estados Unidos, de la Corte Costituzionale italiana, del Conseil Constitutionnel francés y del Bundesverfassungsgericht alemán, si bien en este último caso tal cosa se ha hecho cuando los pronunciamientos en cuestión se han hallado traducidos al español o al inglés debido a la desafortunada falta de manejo de la lengua alemana. Algo, por cierto, que también ha sucedido respecto de las fuentes bibliográficas originariamente redactadas en alemán.

IV

Por último, no podría concluir estas páginas sin dejar constancia, parafraseando a 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 sencillamente 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 Ángel 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, 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. También debo hacer constar la paciencia y la dedicación de Juan Tazón, quien con tiento ha releído estas páginas y lustrado la traducción que de algunas de ellas se ofrecen. 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 ha sido uno de los mayores réditos de la etapa doctoral por el que merecería la pena recorrerla de nuevo.

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. Mi familia, especialmente 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 como a menudo incomprensible, siendo partícipes de mis desvelos. Nicolás ha sido mi pulso en estos años de combate que, si he logrado librar, ha sido porque nunca me ha faltado su afecto. 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. Gracias a todos ellos he guardado siempre a Ítaca en la memoria.

INTRODUCTION

I

In Spain, when one thinks about «the fight against the immunities of power», it is impossible not to go back to the classic paper of Professor García de Enterría^V, who, in 1962, demanded the full judicial review of administrative activity, reducing those areas which, either in the form of political acts, discretionary or regulatory powers, frustrated such an indispensable aspiration for the construction of the rule of law. Many years later, the germ of this classic struggle would become the *leitmotiv* of this predoctoral research project which initially intended to study how in the legal-political coordinates of the 21st century –so different from those studied by the reputed Professor– those immunities had emerged again since the public powers continued to have a certain tendency to look for subterfuges to avoid the exigences detached from the social and democratic State and the rule of law^{VI}.

Having raised the research in the previous terms, the classic paper on which it was originally based on, which was supposed to serve as a guide, conditioned extraordinarily its first and feeble steps. Leading it, basically, to

^V 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 onwards.

^{VI} In this sense, PRESNO LINERA, M. A.: «Encuesta sobre el control del poder y quienes lo ejercen», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.31, 2013, pp. 19 onwards.

analyze the areas exempted from judicial review, it inevitably headed the research toward the most purely administrative ground and, in the constitutional sphere, pulled it over the classic field of parliamentary prerogatives, widely known for the constitutional law doctrine. The risk of making a new work about old ideas and to 'turn administrative' the study of what intended to be a formative academic project of constitutional nature, soon became clear. The research should change its perspective to deal with the scope of study in a renewed way. This necessarily began by taking a step backwards and wondering about the origins of the classic expression; that is, by analyzing the legal and political context in which the immunities of power had emerged and authentically displayed its meaning.

Those immunities came from a legal system, particularly the dictatorial one, in which an immune power, prelegal and metapositive, did exist. Immunities, in fact, were the reflections of which was placed and operated outside the Law. However, that immune power does not exist in the constitutional State since all powers (public and private) are legally constituted and regulated. Thus, what is immune is no longer any political power external to the Law but the legal system itself. From the immune power we move to the sovereign legal order. This was, therefore, the renewed departure point from which the dissertation should start. As well as the biological body, the legal order also aims at being a system 'protected' from foreign interferences and so independent in its validity (self-referent) and, at the same time, 'adapted' to that external environment to avoid languishing. The very recent health crisis provoked by the Covid-19 pandemic is, perhaps, one of the best evidences about the similarities between the functioning of the biological and legal systems. These needs of defense from the outside and permanent adaptation to it are inherent to both.

Understood in these terms, immunity ceases to be that old enemy of the Law to become, precisely, its best ally until turning into what the latter, like the

biological organism, aspires to be: immune. Perspective changes when immunity is depersonalized, being placed ‘on the side’ of the system. Paying attention to those immune qualities (self-reference and positivity) and not to other issues which, although initially important, soon became only ancillary or even dispensable, the subject matter would gain not only a high degree of complexity –often dreaded– but also a broader scope. These qualities will be, in different ways, the common thread of the whole discourse and, precisely for this reason, will allow to bring together aspects that a *priori* may seem as diverse as disjoined to each other.

The present work aims at explaining how the discourse of the immunities of power is typical of legal coordinates in which the normative system is not self-referent and positive. These remain, in fact, the traces of the *legibus solutus* sovereign. Inasmuch as the constitutional State is achieved, this discourse becomes obsolete: there is neither immune power legally possible where the Constitution is the Supreme Norm nor any immunities of power. The research had necessarily to begin where the classic expression lost its original meaning due to the constitutional sovereignty, writing thus that follow-up which was both necessary and academically unexplored. The need, as Hannah Arendt stated, to ‘think without handles’^{VII} became therefore inescapable.

This, in this legal context, the anomalies that may emerge within the constitutional State cannot be named as immunities of power since they do not come from any political power, previous and external to the Law, but from the legal system itself. They are, therefore, pathologies of the legal order. The contemporary challenge of the latter is to detect those elements that, bred within it, in the form or mechanisms, tools, practices, etc., attack its identity and, in so doing, reduce its own levels of immunity (self-reference and positivity), weakening it as a system. In contrast to what was thought at the

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

very beginning of the research, the aim was not to study in which way the old immunities of power –now extinct– remained in the contemporary legal system. The aim was, on the contrary, to analyze how the legal order had achieved its immunity (self-reference and positivity) and how it fought for its preservation, which entailed detecting and combatting the pathologies produced within it. That is, in fact, the subject matter of this doctoral thesis.

However, anyone who reads the pages that follow will not find in them a detailed inventory of these pathologies. That is not their aim. The dimensions and complexity of modern legal systems are such that the sole intention of carrying it out would be a task doomed to failure. There would always be a sector of the legal order that would not have been studied; even the coherence of the research itself would be called into question given the inability to explain why some pathologies are analyzed and others are not. It is quite difficult to juggle that approach, excessively attached to specifics, and the internal logic of this study, which is expected to be a general and theoretical construction which does not descend, in its chapters, to a detailed or in-depth analysis of any particular case.

Thus, this work does not analyze the pathologies of the system but rather tries to build the *tool* which may allow to do so. It creates a method. And this, as such, is necessarily abstract and conceptual, since it arises from the inference of different specific cases that present the necessary similarities to be homogeneously treated at the highest level of abstraction. The examples offered are just such; that is, samples that try to test the reliability of the tool but not to exhaust all its possibilities. The reason for the choice of the Spanish system as the main test bench is non other than it being the one with which the author is most familiar. However, this does not prevent such theorization from being applied to other legal orders. The aspiration of the study is precisely that: creating a transposable dogmatic model, to have, in short, a theoretical vocation

of universality. The pages that follow are, nevertheless, the humble result of what has never ceased to be an attempt.

II

Having identified the subject matter, the doctoral thesis is divided into four different chapters. In the first one, we begin by analyzing the traditional expression of García de Enterría trying to place it in the legal-political context where it originally emerged. The aim is to identify the normative system model –which will be heteroreferential– in which it makes sense to speak of immune powers and, therefore, of immunities of power. Such contextualization is what subsequently will justify abandoning that concept in the contemporary legal coordinates. It then tries to explain how the traditional fight against these immune powers and their correlative immunities of power, although in the short-term was the fight for the rule of law, in the long run was the struggle for the constitutional State, that is, for immunity of the legal order (self-referentiality and positivity). The immunity will be therefore redirected to new coordinates –those two qualities that the system requires to be sovereign– that will be the common thread of the whole study. In this first chapter we address several issues strictly related to the maintenance of those qualities: the role of the Constitution, the constitutional amendment, the constitutional jurisdiction and the European integration.

The second chapter aims at studying the self-reference and positivity of the system in relation to a particular one, the democratic. In this sense, two competing theoretical models of democracy –the procedural and the militant– will be studied, precisely because their legal articulation is so different that these variations will ostensibly influence the level of development of these immune qualities in each of them. This analysis is necessary both to determine whether the militant democracy is so strong and vigorous as it is usually said and if the procedural one is so fragile or defenseless as it is often stigmatized. The aim, in

short, is to determine how immune each one of these two models of democracy is as a system (self-referent and positive).

Having settled down the foundations of the self-reference and positivity of the system, and assuming that the threats arising to the preservation of its identity can no longer come «from the outside» but, coherently, from its own interior, in the third chapter the classic immunities of power give way to the pathologies of the legal order. In this chapter it will be explained what they are, what characteristics they present, drawing, ultimately a distinction between them based on their respective origin: exogenous and endogenous pathologies, also called, the latter, autoimmunities, depending on whether they arise from foreign or integral elements of the system's identity, respectively.

The particular analysis of the former is also addressed within this third chapter for systematic reasons since it is not enough extensive, in quantitative terms, to set up another autonomous one. The aim, therefore, is to analyze how the legal system integrates different infraconstitutional elements that may seem contrary to its identity. Even though they can, sometimes, be functional to the legal order (*prima facie* pathologies), in other cases their harmfulness is impossible to deactivate (*stricto sensu* pathologies). However, as the system do not detect it, it does not react against them but quite the opposite.

The fourth chapter addresses the endogenous pathologies. There the focus is no longer on what at first glance attacks the legal order but on what is fully inherent to its DNA. Thus, it tries to demonstrate how the elements of the system which in theory help to strengthen its immunity can also become harmful and, therefore, endogenous pathologies. This autoimmune drift will be explained through the institute of dysfunction, which, depending on how it is produced may adopt different forms (active or passive dysfunction). Finally, it is explored the role that the Constitutional Court plays, not only in the identification and elimination of pathologies but also in their creation.

After the four chapters, this dissertation provides brief conclusions in which the most relevant findings will be highlighted which are, in the end, those submitted to the reader for consideration. They do not expect to be, in no way whatsoever, absolute truths but provisional findings of a research project which, by its own definition, is an unfinished and constantly evolving task. Even more in a field such as the legal one where the accuracy of empirical truths give way to the relative propositions of a science which finds in the argument its greatest goodness and in the doubt its own method. Confident that the production of complexity is not only a means but an end in itself, far from clearing up those doubts, this dissertation has only contributed to make them more complex.

III

Having identified the subject matter and, preliminarily, its theoretical articulation, the foundations on which it has been academically based should also be explained. Let it be advanced that this work is rooted in Kelsenian normativism and, undoubtedly, in the functionalism of the social systems, especially developed by Niklas Luhmann. The dogmatic tenets of the research are relevant to understand the places where it runs through, where it finally arrives to and also the subject that walks through them. Not in vain, the method also identifies who follows it^{VIII}. If this had been another, not only –almost certainly– we would not have discovered the same places but, quite possibly, the study would have followed much different pathways than those on these pages. The consequences that result from this work must not be assessed in isolation but necessarily in relation to it. If this warning is necessary, be assured

^{VIII} 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

that it is because the one who is responsible for doing it has surprised herself, on more than one occasion, in the blunder of betraying her own theoretical foundations.

The research has relied on relevant normative, bibliographic and also jurisprudential references appearing, the latter two, entirely indexed at the end of this dissertation. With regard to the former, I have handled constitutional texts, mainly the Spanish but also the Italian, the French and the German ones –due to their proximity to the first one– as well as other norms of infraconstitutional range of various signs. With reference to the second, it is particularly necessary to highlight that I have paid attention to various works belonging to the social immunology which has echoed the strictly biological one. This explains that a part of the literature that has served not only as a reference but also, on many occasions, of inspiration, gets away from those bibliographic sources more traditional or usual in such a legal work. Its use has been considered appropriate, however, to undress the immunity of these old garments and to justify its approach to that consideration of a protective-adaptive quality that every system, also the legal one, requires to survive.

References on the theory of the systems, of norms, of State, of the Constitution and also of Democracy have also played a key role. All of them, some of the classic authors –such as Kelsen, Carré de Malberg, Schmitt, Kriele, etc. – and others more contemporary, have laid the dogmatic foundations on which this work has tried to build its contribution without which, as it is evident, it would not have been possible to do so. However, other bibliographic references that deal singularly with some of the issues that the study addresses, usually as examples, such as –without the intention of exhaustiveness– constitutional reform and popular participation, the parliamentary and royal prerogatives, urgent legislation, parliamentary control, etc., have also been consulted. These come mainly from the Spanish Public Law doctrine but also from the Comparative one, particularly from the German, French, Italian and

US ones, due to the similarities shared or, simply, to the doctrinal relevance of them.

With regard to the jurisprudential references, the research has paid particular attention to the Spanish constitutional case law, although it has also taken into account that of the Supreme Court and, of course, that of the ECtHR and the CJEU. Comparative jurisprudence, however, occupies not an insignificant place. Throughout the work, pronouncements by the Supreme Court of the United States, the Italian Corte Costituzionale, the French Conseil Constitutionnel and the German Bundesverfassungsgericht, have been used, although in the latter case such a thing has been done when the case law had been translated into Spanish or English due to the unfortunate lack of knowledge of the German language. The same has also happened, by the way, with regard to bibliographic references originally written in German.

IV

Finally, I could not conclude these pages without stating, to paraphrase Sábato, that if I have come this far it is because others have been incessantly saving me. Even surrounded by the best doctrine and case law, it would not have been possible to get ahead without these other 'references' –perhaps the genuine ones– to which I must now necessarily allude to. Silently and selflessly, they have cared, not only about guiding and lighting up my steps intellectually, but about instilling confidence where, on so many occasions, dwelled an unbearable unease. In this sense, they have made lighter that constant task of coexistence with the frustration that the development of every academic project implies, especially when it comes to the *opera prima*.

The ultimate person responsible for awakening my academic vocation and making it simply possible, was the one who is now my master. He, at the end of the 2014 academic course, opened the doors of his office to a young graduate and, with it, those of an entire Department and, therefore, those of the

University itself. I have benefited extraordinarily from the generosity of he who has put everything he could at my disposal. Time, patience, wisdom and passion. He has taught me to have my own voice, knowing that the best work I can do and the best class I can teach are always to come. This must be my greatest hope and, doubtlessly, my most faithful commitment. My academic 'being' cannot be conceived without his constant look and precise word over these more than four long and intense years and, I hope, of all those who still await us: Professor Miguel Ángel Presno Linera.

Fortune has also allowed me to have the priceless opportunity to train daily in an academic team of extraordinary human and intellectual qualities that welcomed me, from the beginning, with an incomparable warmth: the Constitutional Law Area of Oviedo University. Professors Francisco Bastida, Ramón Punset, Ignacio Villaverde, Benito Aláez, Paloma Requejo, Ignacio Fernández Sarasola, Leonardo Alvarez, María Valvidares, Antonio Franco, Abel Arias and my doctoral fellow sufferers, Thiago Santos and Juan Alvarez, not forgetting the prematurely deceased Joaquin Varela, my eternal gratitude. Perhaps I lied at the beginning of these pages when I claimed the need to 'think without handles' since the team and its intellectual background have been that fertile and productive ground that every beginner needs to learn to walk on. They have simply been school. I feel, thus, indebted to each and every one of the above and I only hope, if the University allows it to me, to return to them even a small part of what I have so selflessly received throughout this time.

These years I have also been fortunate to conduct two research stays, sponsored by the Ministry of Education, Culture and Sport, at Paris I-Panthéon-Sorbonne University (2017) and the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, 2018) thanks to the generosity, which I now expressly thank, of Professors Bertrand Mathieu, Armin von Bogdandy and Anne Peters, respectively. I must also note the patience and dedication of Juan Tazón, who with attentiveness has reread these

pages and polished the translation that some of them offer. And, of course, my gratitude to all the colleagues, today friends, that the academic journey, in Spain and abroad, has put in my way. Having met them has been one of the biggest yields of the doctoral stage by which going through again would be worth.

Last but not least, none of this would have been possible without the support and trust of those who are my mainland. My family, especially my parents and sister, have been my first University. I owe to them having grown up and studied in exceptional living conditions. From the stillness and deep conviction, they have supported and understood the beginnings of an academic journey as slow as often incomprehensible, sharing all my concerns. Nicolas has been my pulse in these years of a combat which, if I have managed to wage at all, it has been because I have never lacked his fondness. And to my friends –they know who they are– I owe them, in short, to have cared for and celebrated my steps as if they were their own. Thanks to all of them I have always kept Ithaca in memory.

I

SISTEMA JURÍDICO E INMUNIDAD.

1. LAS «INMUNIDADES 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 inmunidades del poder»¹ 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 jurisdiccional² inadmisibles en el seno de un Estado de Derecho. Entender con

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

² La jurisprudencia constitucional acerca de las «inmunidades 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 material laboral –donde se puso de relieve el carácter recurrible de las

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,

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; 214/1990, de 20 de diciembre, FJ 2º). Más recientemente, esta inmunidad como sinónimo del carácter irrecurrible 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);

disponiendo asimismo a su antojo de éste³. El poder político existía y se desarrollaba fuera del Derecho, era originario y prejurídico y por eso, desde la perspectiva autoritaria, era propiamente *poder* (de un sujeto), o sea, soberano *legibus solutus*⁴. 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 Derecho⁵ que se reivindicaba era, en la conocida expresión de O. Mayer, «el Estado de Derecho administrativo bien ordenado»⁶.

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

³ 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, siempre 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.

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ 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.

sí mismos su fundamento último de validez⁷. Éste no se encontraba dentro de sus propias 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 mismo⁸ —para el dictador⁹— 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 a él 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

⁷ 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.

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

⁹ 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.

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 (heterorreferencial)– cuyas manifestaciones 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).

Esto sucede, por ejemplo, cuando la soberanía se atribuye al Parlamento, como tuvo lugar en Gran Bretaña¹⁰. 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

¹⁰ 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.

inmunidad del poder. En tiempos más recientes, como se abundará en el siguiente capítulo de este trabajo, lo mismo puede sucederle a la soberanía popular¹¹ 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 auguraba Vile, aunque las formas hayan cambiado, los problemas de fondo siguen siendo prácticamente los mismos¹². 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*

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

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

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 momento¹³, sino porque la expresión en cuestión adquiere verdadero significado dentro de un contexto determinado¹⁴: en el seno de sistemas jurídicos heterorreferenciales, que son el género dentro del cual se sitúan, como se ha visto, muchas y variadas especies. 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 jurificados*, 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 constreñir¹⁵.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., p.38.

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 este trabajo, 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 tal cosa 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. Sin embargo, siendo éste el objeto inmediato de dicha lucha, a la larga e indirectamente la misma reivindicaba 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, si el fundamento último del sistema seguía residiendo en el soberano *legibus solutus*, las mismas serían susceptibles de emerger en cualquier momento pues, en definitiva, su existencia última se debía a aquél.

De lo que se trataba entonces, 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»¹⁶ 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

¹⁶ GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, ob. cit., p. 94.

quiera que sea el supuesto soberano lo hará en función de una norma que así lo contemple¹⁷ y entonces será ésta y no aquél dicho soberano. Así, 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»¹⁸, atribuyéndola por completo al ordenamiento en sí mismo considerado¹⁹. 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 inmunidades del poder conduzca indefectiblemente a la lucha por la inmunidad del ordenamiento jurídico²⁰, es decir, a la lucha por arrastrar el fundamento de

¹⁷ 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 Lacambra, 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.

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

¹⁹ KELSEN, H.: *Teoría general del Estado*, ob. cit., pp.170 y ss.

²⁰ 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.

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, soberano²¹. Para ello es indispensable que sea inmune, es decir, que goce de las dos *cualidades inmunitarias* que le permiten ser independiente 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 ordenamiento²².

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 sistemas²³. El dilema al que

²¹ KELSEN, H.: *Teoría general del Estado*, ob. cit., pp.170 y ss.

²² 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.

²³ 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 aquélla 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

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-propio²⁴, 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.

Así las cosas, 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

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.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.

²⁴ 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.

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 coacción²⁵. Veámoslas con más detalle.

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 Mundial²⁶–, la inmunidad se ha concebido tradicionalmente como un mecanismo de defensa, esencialmente reactivo. Su fin último no es otro sino el combate de lo antígeno para la protección de lo endógeno. Su formulación, a pesar de estar influenciada por diversos fenómenos sociales²⁷–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

²⁵ 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 delimitación funcional del Derecho, véase LUHMANN, N.: *Sociología del diritto*, trad. A. Febbrajo, Laterza, Bari, 1977, pp. 204 y ss.

²⁶ 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.

²⁷ 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.

–cuerpo político/cuerpo biológico– frente a los ataques ilegítimos o nocivos²⁸. El concepto de inmunidad surge así como un «híbrido»²⁹ profundamente biopolítico, que trata de trasladar metafóricamente al organismo las necesidades de defensa y protección que existían, y existen, a nivel sociopolítico.

De ahí que su formulación tradicional haya sido agresivamente militar³⁰, 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»³¹. Concebido como un mecanismo capaz de detectar y discriminar qué pertenece al organismo (*self*) y qué le resulta ajeno (*nonsel*), 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 inmunitario³².

²⁸ 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.

²⁹ COHEN, E.: *A body worth defending*, ob. 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

³⁰ 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.

³¹ Véanse, a este respecto, KLEIN, J.: *Immunology: science of self/nonsel 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 Nonsel*, 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/nonsel era el «principio rector de la inmunidad» (*governing principle of immunology*).

³² 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*, ob. cit., pp.8-10; o como «self-contained system» por MOULIN, A.M.: «The Immune System: a Key Concept for the

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 sociedad³³, donde las nociones de identidad, pertenencia, inclusión/exclusión o la simple y llana protección, resultan basales. Al definir y salvaguardar los confines de 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 sociales³⁴, dando lugar a una auténtica «inmunología social»³⁵. En la década de los 90, sobre la tierra abonada por la biopolítica de Foucault³⁶, 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 amenazan³⁷.

History of Immunology», *History and Philosophy of the Life Sciences*, vol.11, num.2, 1989, pp.221 y ss.

³³ 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.

³⁴ 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», ob. cit., 2014, p.606 y ss.

³⁵ LUHMANN, N.: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. S. Pappe y B. Erker, Anthropos, Barcelona, 1998, p. 344.

³⁶ 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. 1. 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.

³⁷ Este paradigma inmunitario ha sido utilizado, entre otros, por ESPÓSITO, R.: *Immunitas. Protección y negación de la vida*, ob.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.: *Anthropology of the self. The individual in cultural perspective*,

La inmunidad deviene así en una «palabra plástica»³⁸, 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 autorreferencialidad³⁹. 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 comunicativas⁴⁰, diferenciando así aquéllas que le son

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*, ob.cit., 2009; SLOTERDIJK, P.: *Esferas I: Burbujas. Microsferología*, trad. I. Reguera, Siruela, Madrid, 2003; *Esferas II: Globos. Macrosferología*, trad. I. Reguera, Siruela, Madrid, 2004; *Esferas 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 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.

³⁸ 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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

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 cerrados⁴¹: 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 sucesivamente. 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 binario⁴² –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 sistema⁴³.

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 autopoietico. 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

de elementos. LUHMANN, N.: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, ob. cit., p.58.

⁴¹ LUHMANN, N.: *Introducción a la Teoría de Sistemas*, trad. J. Torres Nafarrate, Anthropos, México, 1996, p.78.

⁴² 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.

⁴³ LUHMANN, N.: *El derecho de la sociedad*, ob. 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.

autonomía⁴⁴ 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 heterorreferencial⁴⁵ 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 misma⁴⁶. 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, por definición, lo que no pertenece al sistema. El centro de gravedad de aquélla se halla por tanto fuera de sus fronteras. Su razón de ser no está en su interior, sino en el exterior. De ahí surge precisamente la heterorreferencialidad.

Sin embargo, esa formulación solo fue el punto de partida de la inmunología, que posteriormente evolucionó hacia patrones profundamente autorreferenciales. En este sentido, se entendió que la inmunidad no operaba distinguiendo los elementos propios de los extraños, sino a través de la autorregulación interna, de manera que el sistema inmunitario funcionaba sin necesidad del estímulo externo⁴⁷. Y esto es, justamente, lo que sucede en el

⁴⁴ LUHMANN, N.: «Closure and Openess: 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.

⁴⁵ Ello respondería a una lógica de interno/externo incompatible con el carácter autopoietico del sistema.

⁴⁶ VARELA, F.: *El fenómeno de la vida*, Dolmen, Santiago de Chile, 2003, p.123.

⁴⁷ Frente al modelo inmunitario originario, posteriormente surgió otro que trató de desplazar el centro de atención desde el antígeno a la propia actividad inmunitaria, entendiendo que existe y se desarrolla independientemente de los estímulos externos. No hace falta el antígeno para generar el anticuerpo. En consecuencia, aquélla deja de estar guiada desde la exterioridad para hacerlo desde

ámbito del Derecho, que su existencia no depende de condicionantes externos, sino de su sola autogeneración pues, de lo contrario, dejaría de ser autorreferencial. Por tanto, la dicotomía ya no es propio/ajeno (*self/nonselĝ*), intrínsecamente heterorreferencial, sino propio/inexistente (*self/nonsense*)⁴⁸, profundamente autopoietica. No en vano la inmunología se ha considerado «la ciencia de las fronteras»⁴⁹. El sistema no puede conocer más que sus propias operaciones⁵⁰. Solo autogenerándose puede mantener su autonomía⁵¹ y, en consecuencia, su diferenciación con el medio porque el código de validez se sitúa así dentro de sí mismo y no en el exterior⁵². La autorreferencialidad, en estos términos, es una cualidad del sistema jurídico esencialmente inmunitaria porque le protege frente a las injerencias externas (el medio, otros sistemas sociales, etc.) salvándole de su letal indiferenciación.

2.2.2. *La positividad como inmunidad en sentido positivo.*

Si bien la inmunidad, entendida estrictamente como defensa o reacción, es necesaria para conservar la integridad del organismo, entender dicha cualidad en términos exclusivos de clausura conduce inevitablemente al aislamiento. En

la interioridad, deviniendo autorreferencial y autónoma, clausurada, capaz solamente de percibirse a sí misma. Esta visión autorreferencial de la inmunidad comienza con la teoría de la red idiotípica (*idiotopic network*) formulada por JERNE, N.: «Towards a network theory of the immune system», *Annales de l'Institut Pasteur. Immunologie*, num. 125, 1974, pp.373–389, de la que son tributarias las teorías continuistas (véanse, entre otros, PRADEAU, T; CAROSELLA, E.: «The self model and the conception of biological identity in immunology», *Biology and Philosophy*, vol.2, num.2, 2005, pp. 235 y ss.; COUTINHO, A.: «Size and connectivity: A bit of history of the immune networks», *Journal of theoretical Biology*, num. 149, 1991, pp.17-26) y la cual es llevada a su máxima expresión por Francisco Varela y Maturana.

⁴⁸ VARELA, F., et al.: «Cognitive networks: immune, neutral and otherwise», en PERELSON, A. (Ed.): *Theoretical Immunology*, Part Two, Addison-Wesley, Redwood City, CA, 1988, p. 365.

⁴⁹ MOULIN, A.M.: «Une science dans le siècle: immunology or the science of Boundaries», en KRIGE, J., PESTRE, D. (Ed.): *Science in the twentieth century*, Harwood Academic Publishers, Amsterdam, 1997, pp.479 y ss.

⁵⁰ Una comparativa sobre el papel del *nonselĝ* entre Espósito y Luhmann puede encontrarse en RICHTER, H.: «Beyond the 'other' as constitutive outside: The politics of immunity in Roberto Espósito and Niklas Luhmann», *European Journal of Political Theory*, 2016, pp.1 y ss.

⁵¹ LUHMANN, N.: «Closure and Openness: On Reality in the World of Law», en TEUBNER, G.: *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, ob. cit., p.345.

⁵² KELSEN, H.: *Teoría general del Estado*, ob. cit., p.172.

efecto, la absoluta disociación del organismo de su medio que esta concepción provocaba fue puesta en entredicho a medida que el contexto ambiental comenzó a merecer la atención de la teoría inmunológica. Por un lado, las circunstancias fisiológicas y ambientales condicionaban la respuesta defensiva del organismo. La «antigenidad» deja de ser así una categoría absoluta para volverse una cuestión de grado, profundamente relacional. No era la «ajenidad» en sí lo que desencadenaba la respuesta inmunitaria, sino el contexto en el que se producía el encuentro con lo exógeno⁵³. Por otro lado, porque el entorno no solo era la cuna de potenciales ataques sino también de encuentros beneficiosos para el organismo. Lo ajeno deja de ser así sinónimo de nocivo. Las relaciones con el exterior ya no son defensivas, sino también cooperativas, ya no solo existe reacción sino también intercambio. La defensa deja ahora paso al equilibrio⁵⁴, la discriminación a la coordinación y la integración⁵⁵. El ajuste de esa doble tarea entre rechazo y tolerancia define más fielmente el cometido de la labor inmunitaria, que ya no es automática, sino que requiere de ajustes y balances que varían en tiempo y en espacio⁵⁶. En consecuencia, el organismo ya no puede concebirse de manera insular, como un reducto absolutamente separado de su

⁵³ Esta concepción responde a la visión «contextualista» de la inmunidad (*contextualist approach* o *contextualist scheme*), tal y como ha sido bautizada por TAUBER, A.: «The immune system and its ecology», *Philosophy of Science*, vol.75, num.2, 2008, p. 234; «Conceptual shifts in immunology: Comments on the 'two way paradigm'», *Theoretical Medicine and Bioethics*, vol.19, 1998, pp.465 y ss. Esta visión ha sido desarrollada por COHEN I.: «Kadishman's tree, Escher's angels, and the immunological homunculus», en COUTINHO, A., KAZATCHKINE, M. (Eds.): *Autoimmunity: Physiology and Disease*, Wiley-Liss, New York, 1994, pp. 7–18; y «Discrimination and dialogue in the immune system», *Immunology*, vol.12, num.3, 2000, pp.215-219; PERELMAN, A., WEISBUCH, G: *Theoretical and experimental insights into immunology*, Springer Berlin Heidelberg, 1992, pp.71-89; CAHALAN, M., GUTMAN, G.: «The sense of place in the immune system», *Nature Immunology*, vol.7, 2006, pp. 329–332; ANDERSON, C., MATZINGER, P.: «Danger: the view from the bottom of the Cliff», *Seminars in Immunology*, vol.12, 2000, pp.231–38.

⁵⁴ SWIATZAK, B.: «Immune balance: the development of the idea and its applications», *Journal of History of Biology*, vol. 47, 2014, pp.419 y ss. En el mismo sentido, EBERL, G.: «Immunity as equilibrium», *Nature Reviews Immunology*, vol. 16, 2016, pp.524-532.

⁵⁵ TAUBER, A.: «The immune system and its ecology», ob. cit., p.234.

⁵⁶ TAUBER, A.: «Philosophy of immunology», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016, disponible aquí: <https://plato.stanford.edu/entries/immunology/> (última consulta el 30 de abril de 2020).

ambiente. Sus perfiles son «líquidos»⁵⁷, o «plásticos»⁵⁸, a causa de su constante interacción con el medio en el que habita. En efecto, el propio organismo es lo que es precisamente por el ambiente en el que se encuentra⁵⁹.

Esto mismo le ha sucedido, y le sucede, al sistema jurídico. Si éste se abstrae completamente del entorno social en el que opera y se desarrolla, pierde eficacia, capacidad de adaptación (positividad) y, por tanto, inmunidad. Y es que la clausura operativa de la que antes se hablaba no significa aislamiento⁶⁰. Solo indica que las normas jurídicas son producidas y conectadas recursivamente por y en el sistema, es decir, que no existe comunicación con el entorno⁶¹, que el sistema no puede operar fuera de sus fronteras. Sin embargo, no quiere decir que el medio sea algo absolutamente indiferente para el ordenamiento o que éste sea autárquico: éste es normativamente cerrado, pero *cognitivamente* abierto. No tiene rígidas fronteras, sino más bien «membranas» que le permiten percibir del entorno irritaciones, informaciones, interiorizando así el medio que le rodea y, a su vez, haciendo que sus operaciones tengan repercusión en el mismo. Su supervivencia como sistema pasa, precisamente, por conseguir *adaptarse* a las dinámicas cambiantes del medio social, no por resistirse a ellas, pues eso le hace, simple y llanamente, perecer. Esa búsqueda constante de adaptación es justamente la que le mantiene expuesto a repetidas perturbaciones que le obligan a llevar a cabo reformas en su orden interno para conservar su eficacia.

⁵⁷ GRINGOLIO et al.: «Towards a liquid self: how time, geography and life experiences reshape the biological identity», *Frontiers in Immunology*, vol.5, 2014, pp.153 y ss., utiliza la expresión «liquid self» –inspirándose en el concepto de liquidez de Bauman– para referirse a la flexibilidad de las fronteras y a los encuentros del organismo con su ambiente que configuran su identidad biológica.

⁵⁸ ULVESTAD, E.: *Defending life. The nature of host parasite relations*, Springer, Dordrecht, 2007, pp.81 y ss., se refiere a esta posibilidad de que el organismo interactúe con el entorno y forje así su identidad como «adaptive plasticity».

⁵⁹ BIRCH, C., COBB, J.: *The liberation of life. From the cell to the community*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981, p.94.

⁶⁰ LUHMANN, N.: *El derecho de la sociedad*, ob. cit., p.99.

⁶¹ LUHMANN, N.: «Closure and Openness: On Reality in the World of Law», ob. cit., p.337.

En términos jurídicos, esta apertura cognitiva se corresponde con la «positividad», esto es, con la posibilidad ilimitada de creación jurídica⁶². A través de ella, el sistema jurídico asegura que las expectativas sociales que van surgiendo en el medio social, cada vez más complejo, puedan convertirse en Derecho, es decir, adquirir validez jurídica. Si el sistema no es capaz de garantizar su acogida, pierde capacidad de adaptación. Aquéllas terminarían por imponerse de otra forma (a través del sistema político, moral, económico, etc.) y, con ello, el sistema no podría insertarse de manera eficaz en el medio social global⁶³. Y es que el hecho de que surjan expectativas sociales que operen como perturbaciones al no encontrar su acomodo en el ordenamiento jurídico⁶⁴ es una variable no necesariamente controlable por el ordenamiento sino algo generalmente ajeno a él –aunque le afecte– inherente a la propia complejidad social.

Siendo esto así, al igual que el organismo no es inmune cuando no es atacado por antígenos, sino cuando es capaz de neutralizarlos, el objetivo del sistema no es erradicar el surgimiento (fáctico) de esas perturbaciones, sino disciplinar su canalización jurídica para que no terminen por doblegar al sistema normativo. Aquéllas desempeñan, igual que el dolor lo hace en el cuerpo, una «función de alarma»⁶⁵: indican dónde está el problema, dónde anida una cuestión sin resolver, y emiten señales al sistema instándole a diseñar las herramientas necesarias para gestionarlas. Al desvelar las insuficiencias del

⁶² La soberanía como ilimitabilidad del poder del Estado fue puesta de manifiesto por KELSEN, H.: *Teoría general del Estado*, ob. cit., p.178 y ss.

⁶³ Respecto de la eficacia general del ordenamiento como condición de validez del mismo, véase KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 1ª ed., 2ª Reimp., trad. R. J. Vernengo, UNAM, México, 1982, pp.219 y ss. En el mismo sentido HART, H.L.A.: *The concept of law*, 2º ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, que hace depender la existencia del sistema jurídico de la «obediencia general» por los ciudadanos de las reglas de comportamiento y en la «aceptación general» por los poderes públicos de la regla de conocimiento.

⁶⁴ Debe precisarse que lo problemático no es que un sujeto aislado albergue expectativas contrarias o no reconocidas por el ordenamiento, sino que tal situación revista carácter más o menos sistémico, es decir, que exista una porción significativa de la sociedad con tales aspiraciones. No obstante, es el sistema el que debe barajar qué intensidad debe revestir la perturbación para decidir canalizarla, de forma que esa no es una variable determinable *a priori*.

⁶⁵ LUHMANN, N.: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, pp. 335-337.

ordenamiento, instan de alguna forma a éste a proveerse de los recursos necesarios para enfrentarlas de forma eficaz o, lo que es lo mismo, a adoptar las soluciones generalizables, válidas para más de un caso⁶⁶ –las normas jurídicas⁶⁷– pertinentes para atajarlos.

En este orden de cosas, más que de eliminar la inestabilidad que las expectativas sociales del medio generan, de lo que se trata es de mantener una relación estable con ella⁶⁸, de *estabilizar la inestabilidad* –si se permite la expresión– pues precisamente la estabilidad del sistema reside en su capacidad para relacionarse con la perturbación. Esto no significa que el sistema no tenga como objetivo último acabar con la inestabilidad, lo que sucede es que tal cosa no es una meta sino un proyecto permanentemente inconcluso y en constante evolución. La permanencia del sistema, su eficacia, no consiste en una inalcanzable perfección de la quietud, en la llana y simple ataraxia, sino en la permanente gestión de la perturbación, en la continua creación de instrumentos

⁶⁶ LUHMANN, N.: *El derecho de la sociedad*, ob. cit., p.644.

⁶⁷ Esos anticuerpos que genera el sistema pueden revestir, no obstante, distintos ropajes. Pueden tener un carácter más concreto y particular (reglas) o pueden ostentar una naturaleza más general (principios). Éstos últimos, siendo una única operación jurídica, una única norma, sirven para tratar un mayor número de casos por el carácter deliberadamente amplio o borroso que revisten. Le permiten al sistema abstraer lo esencial de diferentes anticuerpos concretos (reglas) concentrándolo en una única respuesta inmunitaria, más global, en vez de generar multitud de anticuerpos más específicos que nunca podrían abarcar todas las potenciales situaciones de hecho. Digamos que actúan como «genéricos». No en vano se les ha denominado «derecho condensado». Así, ARAGÓN REYES, M.: «La eficacia jurídica del principio democrático», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, p.25. No obstante, para que la respuesta del sistema sea coherente, las reglas deben ser verdaderamente la explicitación jurídica del principio y el principio no debe ser sino una abstracción de aquéllas. En otras palabras: las reglas que emanen de aquél deben pertenecer al abanico limitado de posibilidades que el mismo ofrece. Los extremos (reglas-principios, principios-reglas) deben permanecer conectados para que estas operaciones jurídicas funcionen verdaderamente como tales, no quebrando la autorreferencialidad del sistema sino potenciándola al insertarse dentro de la misma. La bibliografía sobre los principios y las reglas es vastísima. Pueden consultarse, entre muchas otras, las obras clásicas de ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, CEC, Madrid, 1993, pp. 81 y ss., y DWORKIN, R.: *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978, p.22 y ss. Entre nosotros, entre muchos otros, PRIETO SANCHÍS, L.: *Sobre principios y normas*, CEC, Madrid, 1992. Asimismo, diferenciando los diversos tipos de distinción entre estos tipos de norma, PINELLI, C.: «Principi, regole, istituti», *Diritto Pubblico*, vol.21, num.1, 2015, pp.35 y ss.

⁶⁸ ESPÓSITO, R.: *Immunitas. Protezione y negación de la vida*, ob. cit., p.72.

que le permitan estar en movimiento y ser dinámico en aras a reaccionar frente a las irritaciones que surjan en el entorno social.

Desde esta comprensión, el sistema jurídico no es tanto una *entidad*, hecha de una vez y para siempre, sino más bien un *proceso* comunicativo, abierto y en constante cambio, que permite trasladar desde la sociedad al Derecho determinadas expectativas de conducta para que traten de respaldarse a través del uso de la coacción. Las de hoy seguramente serán distintas a las que existan mañana pero lo que importa, desde el punto de vista de la subsistencia del sistema, es que éste se mantenga en alerta, receptivo y atento al entorno social que le rodea para saber qué aspiraciones, en un momento dado, el medio considera que deben ser dignas de ser avaladas por la fuerza pública.

Ahora bien, pudiera quizá pensarse que estamos exigiéndole al sistema jurídico que sea abierto y cerrado al mismo tiempo, pero esto solo es parcialmente así. Clausura y apertura no son términos antitéticos, sino que la primera es una condición de la segunda⁶⁹. El sistema jurídico solo puede ser cognitivamente abierto sobre la base de la clausura operativa, es decir, que es la propia autorreferencialidad del sistema jurídico la que disciplina cómo se llevará a cabo esa apertura para con el medio social. Esto implica que el filtrado de las expectativas sociales procedentes del entorno debe hacerse a través de las operaciones del sistema, esto es, que para transformar expectativas sociales en Derecho debe seguirse el procedimiento jurídicamente establecido. El sistema jurídico puede y debe abrirse al entorno, pero respetando sus propias normas, no operando al margen de las mismas, pues entonces no habría actividad de adaptación, sino simple y llana aniquilación. Justo lo que el sistema debe evitar.

⁶⁹ LUHMANN, N.: *Essays on self-reference*, ob. cit., p.12.

2.3. La estabilización contrafáctica de las expectativas normativas a través del uso de la coacción como función del sistema jurídico.

Una vez que el sistema jurídico ha interiorizado y sintetizado esas informaciones procedentes del medio ya está en disposición de trabajar con ellas para llevar a cabo su función definitoria: administrar la fuerza pública que han contenido y regulado las normas por el mismo creadas o, lo que es lo mismo, consolidar contrafácticamente tales expectativas (normativas) a través del uso de la coacción⁷⁰. De lo que se trata, así pues, es de que el Derecho consiga mantenerlas constantes –para lo que se sirve de la coacción– ante las eventuales decepciones que pueden sufrir pues esa capacidad para sobreponerse a aquéllas es, precisamente, lo que singulariza a este tipo de expectativas y las distingue de las cognitivas⁷¹. Aunque sean problemáticas porque pueden defraudarse, *tienden* a ser seguras porque tratan de mantenerse constantes a pesar de que los hechos las contradigan. Al velar por dicho mantenimiento, el sistema jurídico aporta estabilidad, confianza⁷² y seguridad jurídica a la sociedad. Esta sabe, digámoslo así, a qué atenerse, qué le cabe esperar ante una determinada situación. No en vano se ha considerado al sistema jurídico como sistema inmunitario de la sociedad⁷³.

⁷⁰ LUHMANN, N.: *El derecho de la sociedad*, ob. cit., p.188.

⁷¹ La diferencia entre las expectativas normativas, características del sistema jurídico, y las expectativas cognitivas, características de otro tipo de sistemas no jurídicos, no consiste en que unas puedan ser defraudadas y otras no, pues ambas pueden serlo, sino en su capacidad para seguir manteniéndose estables tras la decepción. Mientras que las cognitivas, una vez que son decepcionadas no se restablecen, sino que el sistema muta y se acomoda a la decepción, por lo que la expectativa inicial cambia, virando hacia la tolerancia y asunción de aquélla, cuando se trata de expectativas normativas sucede lo contrario. Estas logran mantenerse constantes aun cuando los hechos las han contradicho, de manera que el sistema no acomoda la decepción, sino que la combate, precisamente para que la expectativa pueda seguir siendo la que es a pesar de haber sido defraudada. Véase al respecto LUHMANN, N.: *Sociología del Diritto*, ob. cit., pp. 50 y ss.

⁷² Sobre el papel de la confianza en la teoría de los sistemas, véase extensamente LUHMANN, N.: *Confianza*, trad. A. Flores, Anthropos, Madrid, 2005.

⁷³ Esta tesis ha sido formulada, en el ámbito de la teoría de los sistemas, por LUHMANN, N.: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, ob. cit., pp.337 y ss. Resulta innecesario decir que las páginas que siguen son, en buena medida, tributarias de su lectura.

Aunque esta sea la función característica del sistema jurídico, que a continuación abordaremos con más detalle, conviene poner de manifiesto, no obstante, que el surgimiento del Estado Social ha hecho que aquél no solo desempeñe esa clásica función coactiva (negativa) sino también otra función de naturaleza promocional (positiva)⁷⁴. Así, junto con la coacción, las labores de fomento, promoción, subvención, etc., surgen como otras formas de encauzar determinadas expectativas. Esto supone, en consecuencia, que lo relevante no es solo tratar de prevenir y, en su caso, reaccionar contra las conductas o hechos ilícitos, contra la decepción de las expectativas normativas, sino favorecer el desarrollo ciertas actividades o comportamientos en el seno de la sociedad. En consecuencia, la forma de estabilizar determinadas expectativas normativas no es únicamente a través del uso de la coerción sino a través de otro arsenal de medidas de estímulo, incentivación o fomento que el ordenamiento, de diversas formas, implementa para mantener aquéllas.

Volviendo a la función clásica y definitoria del sistema jurídico, debe señalarse que lo relevante desde el punto de vista de éste no es la producción de decepciones de las expectativas (infracciones/incumplimientos) sino la falta de reacción frente a las mismas. Aquéllas son tan inaprensibles para el ordenamiento como la existencia de antígenos lo es para el organismo. En este sentido, las decepciones también constituyen esos «motivos de aprendizaje»⁷⁵ para el sistema normativo que sirven, justamente, para poner a prueba su capacidad de reacción y mejorarla en la medida de lo posible. Cuantas más decepciones sufra el ordenamiento, mayor experiencia adquirirá, mejor «entrenado» estará y, en consecuencia, más eficaz será su respuesta jurídica y, en suma, él como sistema. Por tanto, éste no se protege *frente* a la decepción sino, justamente, *gracias* a la misma⁷⁶. El foco, en consecuencia, no debe ponerse

⁷⁴ Al respecto, véase BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del Derecho*, Editorial Debate, 1990, pp. 371-385.

⁷⁵ LUHMANN, N.: *El derecho de la sociedad*, ob. cit., p.644.

⁷⁶ LUHMANN, N.: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, ob. cit., pp.335-336.

en cuánta actuación antijurídica se produce sino en cuánta actuación antijurídica no se llega a combatir. Y, en último término, en cuánta actuación antijurídica no combatida puede tolerar el ordenamiento sin poner en riesgo su misma existencia. ¿Dónde está, en definitiva, el umbral de la indiferenciación?

Planteada en estos términos –decepción/no decepción, restablecimiento/no restablecimiento– el problema puede parecer binario. Asumir que una expectativa se defrauda o no se defrauda supondría sostener que el sistema jurídico está formado solo por reglas, que se cumplen o no se cumplen. La existencia de principios dentro de la tipología de normas o del propio *soft-law* arrastra al primer plano la cuestión de la binariedad borrosa, graduando el nivel de cumplimiento que pueden revestir las normas y, por consiguiente, también de potencial decepción. Una expectativa normativa puede defraudarse en mayor o menor medida⁷⁷ y por eso aquéllas no son seguras, sino que *tienden a serlo*. Y no solo eso, sino que el esquema de las reglas, aunque encaje más fielmente en moldes binarios, tampoco es verdaderamente tal, pues aquéllas no son siempre claras, concretas, omnicomprendivas... en definitiva, ciertas. La predeterminación normativa completa es inalcanzable⁷⁸.

Mediante la interpretación, el sistema –a través del aplicador del Derecho en cuestión– tiene que determinar hasta qué punto o en qué sentido la

⁷⁷ Recuérdese que, tal y como pone de manifiesto ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., pp.86-87, mientras que las reglas son mandatos de cumplimiento, de manera que se cumplen o no se cumplen (binarios) los principios son mandatos de optimización que pueden cumplirse en mayor o menor grado (difusos).

⁷⁸ Los modelos aplicativos del Derecho desbordan la binaria y tradicional clasificación que los compartimentaba en reglados o discrecionales. Todo sistema normativo moderno anida, precisamente, en esa tensión, de forma que las anteriores categorías son tan solo los dos extremos de una gradualidad donde desempeña su labor habitual todo aplicador del Derecho. La literatura sobre la discrecionalidad en el ámbito de la aplicación del Derecho es inmensa. Entre muchas otras obras, pueden consultarse las clásicas de DAVIS, K.C.: *Discretionary Justice: A Preliminary Enquiry*, Louisiana State University Press, Louisiana, 1969; GALLIGAN, D. J.: *Discretionary Powers*, Clarendon Press, Oxford, 1986; BARAK, A.: *Judicial discretion*, Yale University Press, New Heaven and London, 1989. Entre nosotros, merece especial atención la sugerente monografía de NIETO, A.: *El arbitrio judicial*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000.

expectativa normativa –que, como se ha visto, puede revestir distintas formas– puede considerarse o no frustrada (incumplimiento/infracción) y, en consecuencia, si debe o no, y de qué forma, ser restablecida mediante el uso de la fuerza, bien de manera negativa (sanciones), bien de manera positiva (reconocimiento de derechos, modificación de una determinada condición jurídica, etc.). Y esta función, como es lógico, no es automática ni binaria sino profundamente difusa. Es una tarea de ajustes, aun cuando el resultado final (*output*) –en tanto reductor de complejidad– se ofrezca como una consecuencia cerrada y binaria que restablece, o no, en un sentido muy determinado, cierta expectativa normativa (la resolución administrativa, la sentencia, etc.). El camino para llegar a la misma es marcadamente difuso, está lleno de matices y, en último término, esa decisión final que se presenta como binaria no es más que ese «promedio ponderado borroso»⁷⁹ de todos los ajustes y compensaciones previos. Además, donde un órgano ha apreciado la existencia de una decepción, otro puede que no; y a pesar de que hoy haya sido así, mañana puede ser de otra manera. El sistema se mantiene así en permanente cambio y evolución.

Esta comprensión, como resulta advertible, conduce a aceptar que todo acto de aplicación de normas es, en efecto, un acto de creación de normas⁸⁰ pues cada vez que éstas se aplican al caso particular se concretan, inevitablemente, adquiriendo así nuevo contenido. En consecuencia, la función del sistema no consiste en salvaguardar una respuesta jurídica *preexistente*, ya creada y generalizable –la tradicional *verdad jurídica*– sino que su misma función contribuye a crear esa respuesta⁸¹: genera un anticuerpo concreto y ajustado al

⁷⁹ BASTIDA FREIJEDO, F.: «La soberanía borrosa: la democracia», ob. cit., p. 383.

⁸⁰ KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, ob. cit., pp.353-356.

⁸¹ A diferencia de lo que aquí se sostiene, no pocos autores consideran que el proceso jurídico, especialmente el judicial, busca esa siempre latente y prejurídica verdad y que, por tanto, éste es un proceso cognoscitivo y no volitivo. En este sentido, entre otros, TARUFFO, M.: *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. D. Accatino Scagliotti, Marcial Pons, Madrid, 2010; HASSEMER, W.: *La verdad y la búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución*, Ubijus Editorial, México, 2009; LAUDAN, L.: *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo de epistemología jurídica*, trad. C. Vázquez y E. Aguilera, Marcial Pons, Madrid, 2013; DWORKIN, R.: *Justice for Hedgedogs*, Harvard University Press, Cambridge, 2013. Sobre

caso que se presenta, más singular y sofisticado. En definitiva, hasta que éste no se plantea, es normal que el anticuerpo específico (la norma particular) no esté perfectamente elaborado porque ha faltado el estímulo externo para crearlo o concretarlo. Ejemplo paradigmático de esta cuestión son las vacunas, que inoculan en el organismo una dosis muy pequeña del virus que se quiere combatir, porque aquél necesita conocer, para posteriormente reconocer, a qué se enfrenta. La casuística, en el ámbito jurídico, opera como ese «motivo de aprendizaje»⁸² para el sistema, constituyendo el elemento de inestabilidad que éste precisa para elaborar su respuesta *ad hoc*. La cuestión, entonces, no es tanto que exista una norma para el caso, sino que muchas veces sucede a la inversa, el caso crea la norma, de la misma manera que el antígeno genera el anticuerpo.

Por eso, desde este punto de vista –como previamente se adelantó– cuantas más decepciones de las expectativas normativas se produzcan, más percepción y consciencia tendrá el sistema jurídico de dónde hacen falta respuestas y, en consecuencia, más anticuerpos más sofisticados –por adaptados a la singularidad del caso concreto– existirán⁸³. La frustración se combate con más frustración, pues el sistema aprende a base de experimentarla y esta es, quizá, la máxima expresión de la complejidad del ordenamiento.

Ahora bien, siendo esto así, llega un momento, tras esa habitualmente larga cadena de individualizaciones normativas (*output*) donde ese acto de concreción jurídica al caso particular deviene el último en términos jurídico-positivos. Tal es la decisión jurisdiccional, caracterizada por gozar del máximo

el papel de la verdad en el Derecho y, más en concreto, sobre el papel de la verdad en los procesos jurídicos de aplicación de normas, concluyendo que la única verdad ahí es la decidida conforme a reglas, no la ontológica o epistémica, véase entre nosotros VILLAVARDE MENÉNDEZ, I.: «Verdad y Constitución. Una incipiente dogmática de las ficciones constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 2016, pp.165 y ss.

⁸² LUHMANN, N.: *El derecho de la sociedad*, ob. cit., p.644.

⁸³ Esta diferencia se aprecia claramente al comparar aquellos preceptos del ordenamiento jurídico que han dado pie a una abundante litigiosidad y que, por tanto, están más interpretados –existen más normas más concretas– con aquellos otros que han permanecido más silenciados y, en consecuencia, cuando deben ser puestos en práctica, existe una mayor incertidumbre sobre su sentido y significado. Sirva de ejemplo, a este respecto, el caso en España del art.155 CE.

grado de irrevocabilidad que el ordenamiento ha querido concederle a una operación jurídica⁸⁴. Esto no significa, no obstante, que la última concreción normativa (*output*) del sistema sea siempre e inexcusablemente la jurisdiccional pues hay decisiones no jurisdiccionales –véanse, por ejemplo, los actos administrativos o los títulos ejecutivos hipotecarios– que, en muchas ocasiones, son los que clausuran el proceso comunicativo en términos materiales, decidiendo, en su caso, sobre el restablecimiento de la expectativa normativa en cuestión. Sin embargo, aunque su revocación no llegue a producirse, porque no se recurran ante la jurisdicción, sí podría producirse. Es en esa *potencialidad* donde reside precisamente la distinción. A través de la jurisdicción el ordenamiento consigue tener «la última palabra». Y ello no porque necesite imponer ninguna «verdad material», sino porque en algún momento necesita clausurar definitivamente, en términos jurídico-positivos, el proceso comunicativo (*output*)⁸⁵. En otro caso, tendería *ad infinitum* y ello, en último término, conduciría a no combatir las decepciones ante la permanente posibilidad de su revisión. El funcionamiento del ordenamiento colapsaría.

A los órganos a los que el ordenamiento jurídico atribuye la función de consolidar las expectativas normativas con la fuerza administrada por aquél, se les asigna una garantía –la independencia judicial– que persigue, justamente,

⁸⁴ REQUEJO PAGÉS, J. L.: *Jurisdicción e independencia judicial*, CEC, Madrid, 1989, pp.90-91 precisa que la irrevocabilidad de que gozan potencialmente las decisiones jurisdiccionales no es absoluta (lógico-jurídica) sino relativa (jurisdicción), por lo que para identificar a la jurisdicción no hay que atender a una irrevocabilidad en abstracto sino al *máximo grado* de ésta que ha establecido jurídicamente el ordenamiento. «Allí donde existen grados de irrevocabilidad, allí existe jurisdicción» (p.91).

⁸⁵ Conviene subrayar que cuando se habla aquí de irrevocabilidad se habla de imposibilidad de revertir una determinada decisión jurídica (sentencia) tomada al amparo de un determinado ordenamiento jurídico en un momento dado, no a que las expectativas normativas, las propias normas, deban de ser irreversibles o inmodificables. En otras palabras: el cierre potencialmente definitivo que lleva a cabo la función jurisdiccional es estrictamente jurídico-procesal pues los procesos comunicativos, en cuanto tales, tienden *ad infinitum*. En términos sistémicos, los resultados de la aplicación del Derecho en sede jurisdiccional (sentencias), tendrán repercusión en el entorno social y también dentro del sistema (Gobierno/Parlamento) y ello volverá a activar el flujo comunicativo, proyectando de nuevo sobre aquél expectativas que aspiren a convertirse en Derecho. El final de un proceso comunicativo es, en efecto, el comienzo de otro nuevo.

velar por el correcto desempeño de su labor. El sistema trata de asegurar que lo que se estabiliza contrafácticamente mediante el uso de la coacción son las expectativas normativas que él mismo ha decidido establecer, no otras distintas, de forma que somete al órgano que hace de dicha labor su función –el jurisdiccional– nada más que a las operaciones del sistema jurídico, desprendiéndole de toda injerencia exterior (extrajurídica y, por tanto, heterorreferencial). Solo así se garantiza que aquél que dice la última palabra dice únicamente aquélla que el ordenamiento y solo el ordenamiento quiere que se le impute⁸⁶. La independencia judicial es así máxima expresión de la autorreferencialidad del ordenamiento (inmunidad en sentido negativo) y, al mismo tiempo, su propio garante.

Si bien es cierto que, a través de la interpretación y resolución de casos particulares, mediante de creación de esas concretas normas jurídicas irrevocables que son, en último término, las sentencias, el sistema reduce la complejidad y clausura los procesos comunicativos, no lo es menos que ese conjunto de reglas particulares, por su concreción y por su abundancia, se tornan también en complejidad para el ordenamiento. Si éste no reduce, de nuevo, adecuadamente esta complejidad, es fácil que no sepa reaccionar, o reaccionar correctamente, ante un nuevo ataque, pues el sistema colapsa. Se corre el riesgo, por ejemplo, de sustituir las normas por las apreciaciones personales del juzgador o, algo ciertamente común, por diseñar principios que tratan de sustituir el arsenal normativo positivo que resulta aplicable⁸⁷. En vez de valerse de las herramientas que proporciona el propio ordenamiento, la

⁸⁶ En estos términos lo expresa REQUEJO PAGÉS, J. L.: «Dependencias y servidumbres del juez independiente», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76, 2006, p.78.

⁸⁷ La patológica función de los principios –véase el *pro actione, pro administrado, pro operario*, etc. – como mecanismos que le permiten al juez obviar el ordenamiento jurídico vigente, operando como cheques en blanco para introducir las más diversas consideraciones dentro de los mismos, es decir, para obviar las propias normas, se pone de manifiesto en NIETO, A.: *El arbitrio judicial*, ob. cit., pp. 113-116. Si se entienden, por tanto, como disposiciones que abren la puerta a consideraciones extrasistémicas, no habrá más remedio que aceptar que no coadyuvan a la clausura operativa del sistema sino a la inversa, como lo hace PINELLI, C.: «Constitutional Reasoning and Political Deliberation», *German Law Journal*, vol.14, issue 8, 2013, pp.1180-1181.

complejidad que origina esa fragmentación y multiplicidad normativa, en forma de reglas, puede llevar al órgano jurisdiccional a construir sus respuestas de manera heterorreferencial, es decir, saliendo del propio sistema jurídico y comprometiendo, con ello, su propia autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo). Al hacerlo, padece inevitablemente la función característica del ordenamiento jurídico.

En aras de evitar o rebajar al mínimo esas potenciales distorsiones, el sistema jurídico reduce tal complejidad, por él mismo creada, agrupando los casos que compartan similitudes notables, reconduciendo así a la unidad la multitud de reglas que la aplicación del Derecho al caso concreto genera. El ejemplo excelso de ello es la jurisprudencia, que funciona como una suerte de «memoria celular» del sistema⁸⁸ donde van quedando grabadas afecciones previas –litigios– y sus consiguientes remedios –interpretaciones y fallos– que sirve para atajar no solo ese caso particular, sino los futuros que presenten la misma o similar dolencia, creándose así una capacidad remanente para casos futuros⁸⁹.

3. EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LA AUSENCIA DE PODERES INMUNES.

3.1. La Constitución como materialización de la autorreferencialidad.

Si la lucha contra las inmunidades del poder, como se ha visto, era a corto plazo la lucha por el Estado legal de Derecho, a largo plazo debía serlo necesariamente por el Estado constitucional, es decir, por la consecución de un sistema plenamente autorreferente y positivo que sitúa dentro de sus fronteras normativas, en una norma jurídica y no en alguien –un sujeto o una

⁸⁸ LUHMANN, N.: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, ob. cit., p.334.

⁸⁹ LUHMANN, N.: *El derecho de la sociedad*, ob. cit., p.642-643. El autor explica que el Derecho «generaliza experiencias de sí mismo», es decir, registra conflictos internos y elabora, a partir de los mismos, soluciones generalizables para los conflictos particulares que se presenten en el futuro.

institución— el fundamento último de validez de las restantes. Solo así el ordenamiento es propiamente inmune y, en ese sentido, capaz de liberarse de las injerencias externas procedentes de poderes ajenos al mismo (inmunidades del poder).

Si, conforme a la cualidad inmunitaria de la autorreferencialidad, la validez de una operación jurídica depende de su adecuación a otra superior, en algún momento debe existir una norma que rompa la simetría de la cadena de validez, es decir, que atribuya al código binario un contenido primario a partir del cual pueda ir deduciéndose la validez del resto de normas del ordenamiento, es decir, su pertenencia o exclusión del sistema jurídico. De lo contrario, existiría un eterno *regresus ad infinitum*⁹⁰. La Norma Fundamental establece, así pues, las condiciones (orgánico-procedimentales o materiales), que toda operación jurídica, toda norma, debe observar para ser considerada válida, es decir, para convertirse propiamente en Derecho⁹¹.

La Constitución es, por tanto, el último eslabón en la secuencia de operaciones autorreferenciales y, en cuanto tal, se erige en el parámetro último de validez del resto de normas del ordenamiento jurídico, representando así el cierre normativo de éste⁹². De ahí se desprende precisamente su posición de supremacía normativa. El fundamento de validez del sistema ya no es, por tanto, exógeno o metapositivo (heterorreferencial) sino interno, genuinamente jurídico, residenciado en una norma que ocupa una posición jerárquicamente superior a las restantes dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico⁹³. Precisamente por ello, la Constitución viene a materializar, en última

⁹⁰ LUHMANN, N.: «La Constitution comme acquis évolutif», *Droits*, num. 22, 1995, pp. 116 y ss.

⁹¹ Esta es la función selectiva de la Constitución a la que alude DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., p.39.

⁹² LUHMANN, N. : «La Constitution comme acquis évolutif», ob. cit., p.113.

⁹³ Lógicamente, si se considera que la Constitución materializa la inmunidad en sentido negativo del ordenamiento jurídico (su autorreferencialidad) en cuanto es la operación jurídica última que funciona como criterio de validez de las restantes, se asume un concepto formal de Constitución, entendiendo que esta se identifica como tal en función de la posición de supremacía que ocupa dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico y no en función de sus

instancia, la inmunidad en sentido negativo (autorreferencialidad) del sistema pues es la operación jurídica última que traza los confines de aquél, los límites de lo jurídicamente posible y, al hacerlo, dota de diferenciación y autonomía⁹⁴ al ordenamiento, haciéndole, de esa manera, propiamente soberano. De ahí, justamente, que ostente fuerza activa –para combatir (derogar) todos los productos normativos que se le opongan– y fuerza pasiva, para resistir (no ser derogada) frente a éstos⁹⁵.

Al margen de las reflexiones que, al respecto y con mayor detalle se realicen posteriormente, valga en este punto adelantar que esa inmunidad en sentido negativo que la Constitución encarna, si bien deriva de aspectos estrictamente formales –su posición de supremacía normativa– no es por ello completamente ajena a los contenidos materiales que aquélla contenga. En otras palabras: la Constitución es tal por la posición jerárquicamente suprema que ocupa en el sistema de fuentes, pero lo que en términos sustantivos disponga, influirá, en mayor o menor medida, en la autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo) del sistema jurídico puesto que hay contenidos que coadyuvan a mantener dicha cualidad y otros que, por el contrario, suponen más bien una amenaza frente a la misma o, al menos, su menor grado de realización. Piénsese, sin ir demasiado lejos, que la Constitución estableciera que todo el poder, sin condición alguna, se confiriese a un sujeto. Aquélla no sería nunca norma para éste, de forma que el cierre del sistema dejaría, de nuevo, de ser normativo⁹⁶. La

contenidos. Lo determinante es que exista una norma que sea el fundamento normativo de las restantes, no que exista una norma que contenga unas previsiones sustantivas determinadas, pues esto no contribuye a mantener ni a cerrar la autorreferencialidad del sistema. El ejemplo excelso de esta segunda opción es el art.16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano («Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.»). Sobre las teorías materiales de Constitución pueden consultarse las clásicas obras de SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, trad. de F. Ayala, Alianza Editorial, Madrid, 2011; SMEND, R.: *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. J. A. Beneyto Pérez, CEC, Madrid, 1985; HELLER, H.: *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, trad. L. Tobio, México, 1942; HARIOU, M.: *Précis de Droit Constitutionnel*, Sirey, París, 1923; MORTATI, C.: *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940.

⁹⁴ LUHMANN, N. : «La Constitution comme acquis évolutionnaire», ob. cit., p.113.

⁹⁵ DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., p.89.

⁹⁶ *Ibidem*, p.19.

propia Constitución estaría abocando a una heterorreferencialidad que, en cuanto tal, como ya se ha señalado, es difícilmente inmune.

En este orden de cosas, donde la Constitución es verdaderamente Norma Suprema no hay poderes inmunes y, por tanto, tampoco inmunidades del poder. Si aquéllos, y éstas por derivación, solo son concebibles en el marco de sistemas jurídicos heterorreferenciales, que desplazan fuera del ordenamiento jurídico el fundamento de validez de las normas, resulta evidente que en dichos contextos no hay propiamente Constitución como Norma jurídica Suprema. Ésta no es tal si, en último término, la validez de las normas no se debe a ella sino a lo que disponga el soberano del momento. La Constitución solo puede ser verdaderamente tal en el marco de un sistema jurídico autorreferencial porque, en definitiva, constituye su propia clausura normativa. Es, en suma, su propio producto. Y la autorreferencialidad normativa, por definición, no puede asumir la existencia ni de poderes inmunes ni de inmunidades del poder sin contradecir su propia esencia, dado que éstos constituyen, como ya se apuntó, peligrosas heterorreferencialidades.

La lucha por el Estado constitucional es, precisamente, el eco histórico de este tránsito: del abandono de sujetos pretendidamente soberanos (Rey, Parlamento, nación...) y, por tanto, inmunes frente al Derecho positivo, a la consagración de una normatividad que es en sí misma inmune, soberana porque constituye el origen y la limitación de todo lo jurídico. Y es que, si las tradicionales inmunidades del poder, como se ha visto previamente, estaban vinculadas en último término al reconocimiento de soberanos, en el Estado constitucional no caben tales porque no hay soberanos *legibus solutus*⁹⁷. La única soberana es la Constitución misma⁹⁸. Y ello es, precisamente, la máxima

⁹⁷ En este sentido, entre otros, FERRAJOLI, L.: *Derecho y Garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, 5ª ed., Madrid, 2006, p.139; DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., p.138;

⁹⁸ Esta es la clásica idea expresada por KRIELE, M.: *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. E. Bulygin, Depalma, Buenos Aires, 1980, p.149 y ss; KIRCHHEIMER, O.: *Costituzione senza sovrano. Saggi*

expresión de la autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo) del sistema jurídico en su conjunto.

Esto explica, como se analizará detenidamente más adelante, que en estas nuevas coordenadas solo puedan existir coherentemente *patologías* pues la calificación de una anomalía que ataca la identidad del sistema como tal, toma como punto de partida la existencia misma de un orden autorreferencial en el que no existe un «afuera». O, lo que es lo mismo: el discurso de las inmunidades del poder sigue una lógica heterorreferencial, propia de unas coordenadas jurídico-políticas donde o no hay Constitución o ésta no es Norma Suprema porque hay un poder político prejurídico (soberano) capaz de manifestarse, en cuanto tal, al margen del Derecho; mientras que el discurso de las patologías, como se explicará con más detalle, sigue una lógica autorreferencial al presuponer que no hay poder político jurídicamente posible fuera del sistema mismo y que, por tanto, las anomalías que surjan provendrán necesariamente de éste que es, en efecto, lo único que normativamente existe. Cuando la soberanía no le pertenece a la Constitución, pueden existir coherentemente inmunidades del poder; cuando la Constitución, sin embargo, es la Norma Suprema del ordenamiento, solo cabrá hablar de patologías del sistema. Sobre ello volveremos más adelante.

di teoria e costituzionale, a cura di A. Bolaffi, De Donato, Bari, 1982, pp. 33 y ss.; LINDSAY, A.D.: *The modern democratic State*, Oxford University Press, Oxford, 1943, p. 224. En un sentido contrario, afirmando la existencia de un soberano (el pueblo) y descartando la tesis de la soberanía como cualidad imputable al ordenamiento, véase en la doctrina francesa BEAUD, O.: «Le souverain», *Pouvoirs*, num. 67, 1993, pp. 34 y ss. Entre nosotros, defienden la existencia de un soberano dentro del Estado constitucional, entre otros, PUNSET BLANCO, R.: «En el Estado constitucional hay soberano (Reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional)», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional (Soberanía y Constitución)*, ob. cit., pp. 329 y ss.; ARAGÓN REYES, M.: *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, pp.31-32, quien entiende que en la Constitución Española sí hay un soberano (el pueblo) que ha decidido autolimitarse.

3.2. El poder de reforma constitucional como materialización de la positividad.

La Constitución no materializa las cualidades inmunitarias en las que se expresa la soberanía porque cierre normativamente el sistema (autorreferencialidad), sino también porque lo mantiene constantemente abierto en términos materiales (positividad). Y ello se debe, fundamentalmente, a las cláusulas de reforma constitucional. A través de éstas es posible modificar el contenido primario del código binario de validez o, lo que es lo mismo, cambiar en términos materiales el parámetro último de validez del sistema jurídico –la Constitución–. Las fronteras mismas del Derecho, los límites de lo jurídicamente posible ya no son estáticos, sino que resultan permanentemente mudables. Esta posibilidad de cambio es vital para la conservación misma del sistema, pues parte de su subsistencia pasa, como se ha visto, por conseguir adaptarse al medio social en el que cohabita y, en consecuencia, por seguir manteniendo dentro de éste su eficacia. El ordenamiento no es un sistema estático e inerte, hecho de una vez y para siempre, sino un organismo vivo, en constante cambio y evolución.

Las cláusulas de reforma constitucional operan como canales que le permiten al ordenamiento comunicarse con el entorno social, conociendo sus demandas (*inputs*) y ofreciendo un cauce para hacerlas llegar al sistema jurídico, es decir, para que puedan positivizarse, convertirse en norma (*output*). De no existir tales, en algún momento la presión que el ordenamiento jurídico soportaría al colisionar con un entorno que alberga unas expectativas diferentes a las que el primero garantiza, se tornaría insoportable. El medio social trataría de satisfacer tales expectativas recurriendo a otros sistemas diferentes al jurídico –que no ofrece cabida jurídica a sus pretensiones– algo que éste no puede admitir sin poner en tela de juicio su propia autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo). Tal situación solo le restaría eficacia. El sistema jurídico tiene que luchar por seguir siendo competitivo dentro del medio, por «sobrevivir»

como sistema y para ello tiene necesariamente que abrirse cognitivamente al entorno social⁹⁹. Inmunidad es aquí resistencia entendida como perpetua capacidad de adaptación¹⁰⁰.

La inexistente contraposición entre clausura (normativa) y apertura (cognitiva) se observa en este punto con palmaria claridad, pues la forma que tiene el sistema jurídico de conservar la primera es, precisamente, permitiendo y disciplinando la segunda. Y ello lo hace estableciendo jurídicamente las condiciones materiales y orgánico-procedimentales para que nuevas expectativas sociales puedan adquirir validez jurídica al más alto nivel normativo. Que sea la propia Constitución la que disponga jurídicamente cómo ha de ser su propio cambio es, como resulta evidente, perfecta muestra de la autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo) que aquélla encarna; lo que, entre otras cosas, también exige que dicha reforma sea expresa pues, de otra manera, no sería posible distinguir un producto normativo contrario a la Constitución de la propia reforma constitucional, con la consiguiente merma que ello produciría en la supremacía de aquélla¹⁰¹.

Todo ello permite explicar que el poder de reforma constitucional sea un poder creado por el Derecho –por la Constitución misma– y sometido al mismo –cláusulas de reforma constitucional– de forma que es, necesariamente, un *poder constituyente-constituido*. Esta comprensión es, en consecuencia, radicalmente incompatible con la existencia de un poder constituyente. En lo atinente a la reforma constitucional, éste es el rostro que adopta el soberano

⁹⁹ LUHMANN, N.: «La Constitution comme acquis évolutif», ob. cit., p. 112 sostiene que la posibilidad de reformar la Constitución es la mejor manera de asegurar su durabilidad. En la misma línea, LUTZ, D. S.: «Towards a theory of constitutional amendment», *American Political Science Review*, vol. 8, num. 2, 1994, p.357.

¹⁰⁰ Así lo entiende TOMÁS Y VALIENTE, F.: «La resistencia constitucional y los valores», *DOXA*, núm. 15-16, 1994, p.639.

¹⁰¹ Considerando incompatible la reforma implícita con la supremacía de la Constitución, DE OTTO, I.: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit. pp.62-63; ALÁEZ CORRAL, B.: «La reforma constitucional como motor de las transformaciones actuales del Estado español», en PÉREZ ROYO, J.; URÍAS MARTÍNEZ, J.P.; CARRASCO DURÁN, M. (Coords.): *Derecho Constitucional para el S.XXI*, Aranzadi, Navarra, 2006, p.470.

legibus solutus. En cuanto tal, es el poder inmune por excelencia –anterior y superior al Derecho mismo–¹⁰² susceptible de emerger en cualquier momento y revelarse al margen de lo dispuesto en el ordenamiento, llevando a cabo reformas constitucionales *extra ordinem*¹⁰³ que no serían sino perniciosas manifestaciones heterorreferenciales¹⁰⁴. El sistema jurídico padecería en su autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo) si acepta que pueden positivizarse válidamente nuevas expectativas sociales, al máximo nivel en la jerarquía normativa, sin ajustarse a las condiciones que el propio ordenamiento

¹⁰² Un clásico exponente de esta concepción es SIEYÈS, E.: *Qu'est-ce que le tiers état?*, PUF, Paris, 1982, para quien la Constitución no puede ser sino obra del poder constituyente, que no debe resultar constreñido por formas constitucionales. En un sentido similar se expresa, como es bien sabido, LOCKE, J.: *Two treatises of Government*, Guernsey Press, Londres, 1986, Libro II, Cap. XI. Más recientemente, ese poder constituyente (originario) es defendido y diferenciado del poder de reforma constitucional (constituido), en la doctrina francesa, por ejemplo, por BEAUD, O.: *La puissance de l'État*, PUF, Paris, 1994, pp.199 y ss. En Estados Unidos, ACKERMANN, B.: *We the People. Vol 2: Transformations*, Belknap Press for Harvard University Press, Harvard, 1998, pp.383 y ss., ha construido la teoría del «two-track system», distinguiendo los procesos de normalidad política, regidos por la voluntad de los poderes constituidos y los «momentos constitucionales», regidos por la voluntad del pueblo soberano, no sujeto a limitación alguna (poder constituyente). En el mismo sentido, REED AMAR, A.: «Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article 5», *Chicago Law Review*, vol.5, num.4, 1988, pp.1043 y ss.; también en «The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V», *Columbia Law Review*, vol. 94, 1994, pp. 457 y ss., sostiene que el Artículo V de la Constitución de Estados Unidos no excluye la existencia de otro procedimiento de reforma constitucional impulsado directamente por el pueblo; posibilidad se da por hecho al ser el pueblo, pueblo soberano y, por tanto, eterno poder constituyente. Entre nosotros, admitiendo la existencia del poder constituyente, por ejemplo, RUIPÉREZ ALAMILLO, J.: «De la reforma constitucional y sus límites materiales. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.30, 2012, pp. 126 y ss.

¹⁰³ Debe tenerse en cuenta que, desde la óptica de aquéllos que defienden la existencia de un poder constituyente, la participación de éste no es verdaderamente tal si se ajusta a las normas positivas de reforma constitucional. De ser así, aquél estaría actuando como un poder constituido, jurídicamente ilimitado, lo que supondría sencillamente su desnaturalización, como tempranamente apuntó BURDEAU, G.: *Traité de Science politique*, 2ª ed., París, 1969, LGDJ, tomo IV, p.89 y 208. Esto explica, por ejemplo, que TIERNEY, S.: *Constitutional Referendums – The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 12, considere actualmente que solo los referéndums celebrados *extra ordinem* sean expresión del poder constituyente del pueblo, no así los que se celebran siguiendo el procedimiento de reforma constitucional.

¹⁰⁴ En el próximo Capítulo se abordarán con más detalle algunas manifestaciones características de ese omnímodo poder constituyente que emerge al hilo de la soberanía popular, remitiéndonos por tanto a las explicaciones y bibliografía allí citadas. Baste ahora señalar que admitir la existencia de un siempre latente poder constituyente pone en riesgo la autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo) del sistema.

impone, sino adecuándose a la voluntad de un poder incardinado fuera del mismo¹⁰⁵.

De ser así, sus propios criterios de validez jurídica estarían externalizándose pues la apertura del sistema no se estaría gestionando desde su propia clausura normativa sino desde fuera de ésta, es decir, heterorreferencialmente: desde la voluntad del poder constituyente. Por consiguiente, la reforma de la Constitución –la posibilidad de cambio– ya no se estaría poniendo al servicio de la conservación del sistema sino de su propia destrucción como ordenamiento normativamente cerrado (inmune en sentido negativo). El poder constituyente es así una grave amenaza para la soberanía de la Constitución. Ésta se conserva si solo *desde dentro*, desde la propia normatividad, es posible modificar los límites de lo jurídicamente válido, lo que solo sucede si el poder de reforma constitucional es, forzosamente, un poder jurídicamente constituido¹⁰⁶.

La heterorreferencialidad también se abre paso en la reforma constitucional cuando se admite la existencia de los llamados límites materiales tácitos o inmanentes a la misma, entendiendo por tales aquéllos que no se manifiestan por relación expresa o implícita a algún enunciado normativo de la Constitución¹⁰⁷. Así ha sucedido, por ejemplo, en Italia, donde la *Corte*

¹⁰⁵ Debe ponerse de manifiesto, no obstante, que hay un sector de la doctrina defensora del poder constituyente que entiende que no es un poder fáctico sino jurídico y, en este sentido, que está limitado por reglas suprapositivas que regulan diversos aspectos de su actuación (funcionamiento de la Asamblea constituyente, límites materiales a la reforma, etc.). Véase en este sentido más extensamente, entre otros, BERNAL PULIDO, C.: «Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una Constitución», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 22, 2018, pp. 59 y ss. No obstante, dichas limitaciones resultan irrelevantes desde el punto de vista autorreferencial pues suponen admitir que el poder constituyente, en cuanto tal, sigue sin estar vinculado por el derecho positivo, sino por reglas metajurídicas. Dicha comprensión sirve, en todo caso, para negar el carácter presuntamente ilimitado del poder constituyente, aunque esas limitaciones sean externas al Derecho.

¹⁰⁶ DE OTTO, I.: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., pp. 53-56.

¹⁰⁷ Como explica ALÁEZ CORRAL, B.: *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, CEPC, Madrid, 2000, límites *implícitos* no es lo mismo que límites *tácitos* o *inmanentes* dado que los primeros son reconducibles a algún enunciado normativo de la Constitución, no así los segundos.

Costituzionale ha declarado que la Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no son susceptibles ni de supresión ni de reforma en su contenido esencial, bien porque expresamente se prevén como límites absolutos a la reforma constitucional –la forma republicana de gobierno (art.139 CI)– bien porque, incluso no estando expresamente recogidos como límites absolutos a la reforma en el texto constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana que son superiores al resto de preceptos y, por tanto, tácitamente irreformables¹⁰⁸.

En estos casos el problema no solo procede de que los mismos veten la entrada de ciertas expectativas sociales en el sistema jurídico, limitando así la inmunidad en sentido positivo del ordenamiento (positividad), sino, principalmente, de que tal cosa se haga en virtud de una cláusula que carece de reconocimiento expreso o implícito en el texto fundamental. Esa falta de positividad de la que adolecen este tipo de límites contribuye a debilitar la autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo) del sistema dado que se prohíbe la normativización de ciertas expectativas sociales, no en virtud de lo que él mismo dispone –que es lo que dicha cualidad exige– sino en virtud de criterios heterorreferenciales, es decir, de lo que axiológicamente se presupone que la Constitución ha querido excluir de su reforma¹⁰⁹. El sistema pierde

¹⁰⁸ Sentenza n°1146/1988, 15-29 dicembre. Defendiendo su existencia en la doctrina italiana, entre otros, MORTATI, C.: «Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale», *Studi di Diritto Costituzionale in Memoria di Luigi Rossi*, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 404 y ss.; MODUGNO, F.: «Il problema dei limiti alla revisione costituzionale (in occasione di un commento al messaggio alle camere del Presidente della Repubblica del 26 giugno 1991)», *Giurisprudenza Costituzionale*, num.2, 1992, pp. 1659-1660 y 1670 y ss. En Estados Unidos, por ejemplo, ROSEN, J.: «Was the Flag Burning Amendment Unconstitutional?», *Yale Law Journal*, vol.100, 1991, pp.1084-1089; MURPHY, W.: «Merlin's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity», en LEVINSON, S. (Ed.): *Responding to imperfection. The theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton University Press, Princeton, 1995, pp. 172 y ss. En España, entre otros, también defienden su existencia DE VEGA, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 283-291; BELDA PÉREZ-PEDRERO, E.: «Los límites a la reforma constitucional ante propuestas más propias de una revolución», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, pp. 261 y ss.

¹⁰⁹ Así, por ejemplo, ALÁEZ CORRAL, B.: *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, ob. cit., pp.177-182. También se oponen a su existencia, entre otros, entre nosotros ARAGÓN REYES, M.: *Constitución y democracia*, ob. cit, pp. 35 y ss.; REQUEJO PAGÉS,

indefectiblemente inmunidad en sentido negativo cuando acepta limitar su posibilidad de cambio por elementos externos o metapositivos, como son los límites tácitos o inmanentes. De ahí que, desde el punto de vista de un ordenamiento autorreferencial, aquéllos constituyan una patología.

Llegados a este punto, debe también ponerse de manifiesto que, si bien las cláusulas de reforma constitucional expresan, de manera genuina, la positividad del sistema (inmunidad en sentido positivo), dependiendo de cómo aparezcan normativamente configuradas –material y procedimentalmente– dicha cualidad estará más o menos desarrollada y, por tanto, el ordenamiento será más o menos *adaptable* al medio social en el que opera. Y cuanto menos adaptable sea más riesgo existe para su propia autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo) pues el medio social se verá más tentado a obviar el Derecho a la hora de realizar sus expectativas.

Así, por ejemplo, el ordenamiento ve rebajada su inmunidad en sentido positivo (positividad) cuando establece a nivel constitucional ciertas prohibiciones respecto a qué expectativas sociales (*inputs*) son susceptibles de positivizarse. Esa clausura cognitiva puede establecerse, por un lado, en términos objetivos, a través de la previsión de cláusulas de intangibilidad que lo que hacen es excluir de la posibilidad de ser introducidas en el sistema jurídico ciertas expectativas sociales en virtud de su contenido como lo hacen, por ejemplo, el art.139 CI, el art.89 CF o el art.79.3 GG¹¹⁰. Sin embargo, dicha

J.L.: «El poder constituyente constituido. La limitación del soberano», en PUNSET, R. (Coord.): *Soberanía y Constitución. Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, ob. cit., p.365; en Estados Unidos VILE, R.: «The Case Against Implicit Limits on the Constitutional Amendment Process,» en LEVINSON, S. (Ed.): *Responding to imperfection. The theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton University Press, Princeton, 1995, pp. 191 y ss., en Italia, CICONETTI, E. M.: *La revisione della Costituzione*, Cedam, Padova, 1972, pp. 222 y ss.; PACE, A.: «La instauración de una nueva Constitución. Perfiles de teoría constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, núm.97, 1997, pp. 30-31.

¹¹⁰ En el próximo capítulo se analizará más concretamente el problema de las cláusulas de intangibilidad al hilo de las dos concepciones de democracia –procedimental y militante– y la función que aquéllas desempeñan o debieran desempeñar en cada una de ellas. Nos remitimos, por tanto, a la bibliografía que allí se cite. Baste ahora dejar constancia de que las mismas se enuncian, en este punto, para poner de relieve cómo el sistema jurídico puede cerrar la entrada a la

exclusión también puede articularse en términos subjetivos. Tal cosa sucede cuando se veta el acceso de determinadas expectativas sociales al ordenamiento jurídico, no en virtud de su contenido sino de su emisor, esto es, atendiendo no al *qué* sino al *quién* las formula. Así, por ejemplo, cuando se proscribía la iniciativa popular de reforma constitucional como lo hace el art.166 CE¹¹¹.

Más allá de estas concretas exclusiones, no cabe duda de que la positividad (inmunidad en sentido positivo) del sistema también se ve afectada cuando las condiciones orgánico-procedimentales que se establecen para llevar a cabo la reforma constitucional son tan exigentes que el acceso de las nuevas expectativas sociales al sistema deviene extraordinariamente complejo como sucede, de forma paradigmática, con el procedimiento de reforma agravado del art.168 CE. La rigidez constitucional¹¹² es, indubitablemente, un freno a esa capacidad de adaptación del ordenamiento al entorno social, pero tiene como objetivo dotar de cierta estabilidad a los contenidos en ella previstos¹¹³. Lo que

incorporación de ciertos contenidos a través de este tipo de previsiones, disminuyendo así su capacidad de adaptación al entorno (inmunidad en sentido positivo).

¹¹¹ Críticos con esta exclusión se muestran, en la doctrina española, entre otros, DE VEGA GARCÍA, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, ob. cit., p.134; CONTRERAS CASADO, M.: «Sobre el Título X de la Constitución Española: De la reforma constitucional», *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992, pp. 305-307; PRESNO LINERA, M.A.: «La participación ciudadana en el procedimiento legislativo como parte de la esencia y valor de la democracia», en *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 27, 2012, pp. 96 y ss.; ILLUECA BALLESTER, J. E.: «El derecho a la participación política directa. La iniciativa popular, realidad y posibilidades», *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, pp.1119-1120. A favor de dicha exclusión, por ejemplo, PÉREZ ROYO, J.: *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p.134. Téngase en cuenta, no obstante, que el Principado de Asturias presentó en 2014 una propuesta de reforma constitucional para, entre otras cosas, permitir la iniciativa popular de reforma de la Constitución (art.166 en relación con el art.87 CE), aunque se exija para ello un número superior de firmas. Puede consultarse aquí: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-1-1.PDF (última consulta el 30 de abril de 2020). Dicha propuesta en su totalidad ha sido recientemente estudiada por LÓPEZ RUBIO, D.: «Radiografía de una propuesta olvidada: la proposición de reforma constitucional de la Junta General asturiana sobre democracia semidirecta», *Estudios de Deusto*, vol.67, núm.2, pp. 263 y ss.

¹¹² Para la diferenciación entre Constituciones rígidas y flexibles, véase la clásica obra de BRYCE, J.: «Flexible and rigid Constitutions», *Studies in History and Jurisprudence*, vol. 1, Oxford University Press, 1901, pp.124 y ss.

¹¹³ DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., p.59 y pp.62-63. Entendiendo, sin embargo, que la rigidez es condición de la supremacía de la Constitución el profesor A. Pace en PACE, A.; VARELA, J.: *La rigidez de las Constituciones escritas*, CEC,

sucede es que un exceso de la misma puede terminar por reducir muy notablemente la positividad del sistema. En vez de servir a la adaptación entre ordenamiento-medio social y, por tanto, a la apertura del primero, la rigidez excesiva puede convertir a las cláusulas de reforma constitucional en mecanismos puestos al servicio de su propia clausura cognitiva, es decir, en sólidas barreras frente al medio¹¹⁴. Lo contrario, por tanto, a lo que debieran ser. Y ello, como resulta evidente, no mantiene más a salvo al ordenamiento jurídico en su conjunto, sino al contrario.

La adaptación al medio social se torna tan difícil que el sistema normativo corre el riesgo de ir aislándose de éste lo que, como ya se ha apuntado, deviene una amenaza para su propia existencia como tal, pues el entorno social, ante las extraordinarias dificultades planteadas por el Derecho para asumir sus expectativas, tratará de hacerlas efectivas obviándolo. Esto, como es lógico, no debe interpretarse como una denostación de la rigidez constitucional sino como un llamamiento a que el sistema normativo, en aras a la conservación de su propia soberanía, prevea un grado de rigidez que, al mismo tiempo que permita

Madrid, 1995, pp.19-20. Es necesario poner de manifiesto, en este punto, que se examina la cuestión de la rigidez constitucional desde el punto de vista exclusivamente de la soberanía del ordenamiento, dejando al margen otras consideraciones. Baste apuntar que, en el caso del sistema democrático, la rigidez constitucional tiene una función adicional que es proteger los condicionantes básicos del mismo, de forma que el problema, en tal supuesto, consiste en dilucidar si se ha dotado de rigidez a los elementos esenciales del principio democrático o a otros ajenos al mismo. De ser así, aquélla estaría privada de justificación democrática.

¹¹⁴ En efecto, se ha señalado, en relación con el art.168 CE, que constituye un procedimiento orientado a imposibilitar la reforma constitucional, según DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, ob. cit., p.148; PÉREZ ROYO, J.: *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. 187, entre otros. Asimismo, REQUEJO PAGÉS, J. L.: «Artículo 168», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., CASAS BAAMONDE, M. E. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Tomo II, Wolters Kluwer, BOE, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp.1879 y ss., lo considera una cláusula de intangibilidad en términos prácticos. No obstante, debe subrayarse que, si bien la rigidez del art.168 CE complica de forma extraordinaria la reforma, ésta sigue siendo jurídicamente posible y eso es precisamente lo que hace que no sea una cláusula de intangibilidad.

dotar de estabilidad a los contenidos de la Constitución, haga también posible la comunicación eficaz con el medio social que le rodea¹¹⁵.

3.3. La jurisdicción constitucional como agente inmunitario.

Si la Constitución es la Norma Suprema que clausura en términos normativos el sistema jurídico, estableciendo las condiciones que debe reunir una norma para ser considerada válida, es necesaria la existencia de un Tribunal que vele precisamente por esa adecuación¹¹⁶, asegurando que las que no respeten la misma sean expulsadas del ordenamiento. El Tribunal Constitucional vela porque las normas jurídicas (con rango legal) se inserten dentro de la cadena de validez que la Norma Suprema cierra o, lo que es lo mismo, porque las comunicaciones jurídicas *no contradigan* el código binario de validez que aquélla contiene, expulsando del ordenamiento a las que no lo hagan¹¹⁷. Se trata,

¹¹⁵ En este sentido, el *Report on Constitutional Amendment*, adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session, 11-12 December 2009, disponible aquí: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)001-e) (última consulta el 30 de abril de 2020), aboga justamente por encontrar un equilibrio entre flexibilidad y rigidez.

¹¹⁶ Sobre la necesidad de que existiera un órgano que actuase como defensor de la Constitución frente a sus potenciales violaciones –activas o pasivas– y que fuese independiente de los órganos a los que aquélla atribuye el ejercicio efectivo del poder –Gobierno/Parlamento– ya se pronunciara KELSEN, H.: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. R. J. Brie y ed. de E. Bulygin, Tecnos, Madrid, 1995. No obstante, como señalara DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., p.24, la Constitución no es Norma Suprema porque exista un Tribunal Constitucional, sino que éste existe porque la Constitución es Norma Suprema. La jurisdicción constitucional es simplemente una consecuencia de la supremacía constitucional y no fundamento de la misma. En este sentido, subrayando que el Tribunal Constitucional es garantía de la supremacía constitucional, ya desde muy temprano GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1985, pp. 175 y ss.; GARCÍA-PELAYO, M.: «El ‘statuts’ del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.1, 1981, pp.18-19; RUBIO LLORENTE, F.: *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, ob. cit., pp.463 y ss.

¹¹⁷ Es importante subrayar que las contradicciones con la Constitución no son una cuestión binaria sino de grado. En efecto, una norma es constitucional, no por ser acorde con la Constitución, sino por no contradecirla. Desde esta comprensión cobran todo su sentido los principios de interpretación conforme a la Constitución, de conservación de normas, etc., que obligan a salvar la constitucionalidad de la disposición impugnada siempre que exista alguna interpretación que no sea manifiestamente contraria a aquélla y que encaje, sin forzarse, en el tenor literal del precepto. Véanse, entre otras, las SSTC 122/1983, de 16 de diciembre (FJ 6º); 93/1984, de 16 de octubre (FJ 5º); 176/1999, de 30 de septiembre (FJ 3º); 89/2004, de 25 de mayo (FJ 8º);

en definitiva, de velar por la autorreferencialidad del sistema (inmunidad en sentido negativo), evitando que se imputen al ordenamiento normas (de rango legal) cuyo fundamento de validez no se halla en el Derecho mismo –en la Norma Fundamental– sino fuera de él. La jurisdicción constitucional es entonces el órgano que decide, con carácter irrevocable, entre otras cosas, qué normas con rango de ley forman parte del ordenamiento jurídico o no, o en qué medida lo hacen; esto es, que decide lo que, en un momento dado, es o no Derecho válido.

No obstante, tradicionalmente se ha observado a la jurisdicción constitucional como ese nocivo elemento del sistema democrático que, de forma contramayoritaria, anula el resultado normativo de la voluntad popular¹¹⁸. Esta consideración, sin embargo, pone claramente de manifiesto un pensamiento intrínsecamente heterorreferencial que pivota necesariamente sobre dos ejes: un elemento del sistema jurídico –el Alto Tribunal– que trata de combatir algo que está por encima o fuera de aquél, que es absolutamente metapositivo –el producto normativo emanado de la voluntad popular–. La jurisdicción constitucional solo constituye un elemento nocivo si se admite, sin prebendas,

133/2006, de 27 de abril (FJ 14º); 189/2013, de 7 de noviembre (FJ 4º), 185/2014, de 6 de noviembre (FJ 7º). Las lesiones de la autorreferencialidad son una cuestión profundamente gradual o borrosa y el Tribunal Constitucional detecta como tales a las que resulta manifiestamente imposible insertar dentro de su circularidad. Así, BASTIDA FREIJEDO, F.: «La soberanía borrosa: la democracia», ob. cit., pp.383-384.

¹¹⁸ Abordando la tradicional dificultad contramayoritaria de la justicia constitucional en el sistema estadounidense, véanse, entre una producción científica abrumadora, las clásicas obras de la literatura norteamericana de BICKEL, J.: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, The Bobbs-Merrill Company, Inc., New York, 1962; HART ELY, J.: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1980; ACKERMAN, B.: *We the People. Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, Massachusetts, 1991; WALDRON, J.: *The dignity of Legislation*, Cambridge University Press, New York, 1991 y, del mismo autor, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999; SUNSTEIN, C.R.: *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1993 y, del mismo autor, *Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1997. Entre nosotros también se han ocupado de la posición que ocupa el Tribunal Constitucional en el seno de las Constituciones democráticas, entre otros, FERRERES COMELLA, V.: *Justicia constitucional y democracia*, CEC, Madrid, 1997; y del mismo autor *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, Yale University Press, New Haven, 2009; AHUMADA RUIZ, M.: *La jurisdicción constitucional en Europa*, Civitas, Madrid, 2005.

que la voluntad popular es la genuinamente soberana y que, por tanto, no conoce límite positivo alguno¹¹⁹. El pueblo sería en este caso ese poder inmune, situado más allá de lo jurídico y habilitado para transgredirlo en nombre de la soberanía popular, y sus consiguientes manifestaciones –normas jurídicas expresión de dicha voluntad omnipotente– inmunidades del poder.

Desde esta óptica, la fiscalización jurisdiccional de las leyes presenta problemas dado que la validez última de las mismas proviene, no de su acomodo al orden constitucional positivo, sino, sencillamente, de ser expresión de esa indomeñable voluntad del *demos*. El fundamento de su validez es metajurídico (heterorreferencial). Siendo esto así, el Tribunal es un cuerpo extraño e indeseable que pretende doblegar a ese omnímodo poder pues aspira a invalidar sus propias manifestaciones jurídicas, algo que no acierta a comprenderse si éstas, en cuanto reflejo de la soberanía popular, son siempre válidas. Y es que, si el cometido del Tribunal Constitucional es salvaguardar la autorreferencialidad del sistema (inmunidad en sentido negativo), dicha función resulta profundamente contraproducente o, si se quiere, nociva, en el marco de un sistema heterorreferencial que, por definición, persigue lo contrario. ¿Importa verdaderamente garantizar dicha subordinación normativa cuando existe genuinamente un soberano que, en cuanto tal, puede expresarse y se expresa al margen de lo jurídico? Cuando el objeto de defensa no es la Constitución, sino un soberano *legibus solutus*, la labor del Tribunal Constitucional no solo no es necesaria –y por supuesto profiláctica– sino nociva, tornándose en una amenaza para la supervivencia de aquél.

¹¹⁹ KELSEN, H.: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)», trad. R. Tamayo y Salmorán, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, 2011, pp. 274-275 pone de relieve esta idea cuando sostiene que si «se continúa afirmando la incompatibilidad de la justicia constitucional con la soberanía del legislador, es simplemente para disimular el deseo del poder político, expresado en el órgano legislativo, de no dejarse limitar –en contradicción patente con el Derecho positivo– por las normas de la Constitución».

Ahora bien, cuando se admite la existencia de un sistema normativamente cerrado, que halla dentro de sí su parámetro último de validez –en la Norma Suprema– y que, por tanto, neutraliza la existencia de soberanos, el Tribunal no es un cuerpo extraño, sino un agente profundamente inmunitario. Si la Constitución pone fin a la autorreferencialidad normativa del ordenamiento jurídico, el Tribunal vela precisamente porque esa cadena de validez se mantenga. En consecuencia, combate aquellos productos normativos que comprometen la misma circularidad que da pie a su existencia y que, en definitiva, son las verdaderas amenazas, pues una norma que contradice la Constitución contribuye a diluir la autorreferencialidad del sistema (inmunidad en sentido negativo). Cuando la Constitución misma es la soberana, la jurisdicción constitucional no es esa nociva amenaza contramayoritaria que trata de subyugar a la voluntad popular, pues no hay voluntad popular jurídicamente posible al margen de lo dispuesto en la Constitución¹²⁰. El Tribunal, en efecto, vendría a ser su propio guardián, al defender el pacto de voluntades en que aquélla consiste¹²¹. La subordinación de las leyes a la Constitución –el principio de legalidad *lato sensu*– es, en definitiva, la exigencia misma del principio democrático en la fase final del proceso comunicativo¹²².

¹²⁰ Recuérdese, a estos efectos, la afirmación del Conseil Constitutionnel en su Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, en la que se ponía de manifiesto que una norma con rango de ley, procedente del Parlamento, no expresaba la voluntad popular si no respetaba la Constitución. Sobre esta cuestión, puede consultarse el sugerente estudio de BLACHÈRE, P.: *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale: la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution*, PUF, París, 2001, pp.55 y ss.

¹²¹ No en vano el Tribunal Constitucional ha establecido que «el sometimiento de todos a la Constitución es otra forma de sumisión a la voluntad popular, expresada esta vez como poder constituyente». Véanse, entre otras, las SSTC 108/1986, de 29 de julio (FJ 18°), 238/2012, de 13 de diciembre (FJ 6° b); 20/2013, de 31 de enero (FJ 8°); 174/2013, de 10 de octubre (FJ 6°); 140/2015, de 22 de junio (FJ 4°); 259/2015, de 2 de diciembre (FJ 4°); 122/2016, de 23 de junio (FJ 4°); 114/2017, de 17 de octubre (FJ 5°); 124/2017, de 8 de noviembre (FJ 5°); 124/2018, de 14 de noviembre (FJ 4°); 136/2018, de 13 de diciembre (FJ 6°); 140/2018, de 20 de diciembre (FJ 7°).

¹²² REQUEJO PAGÉS, J. L.: *Jurisdicción e independencia judicial*, ob. cit., pp.114-115 pone precisamente de manifiesto que la legitimidad democrática de las normas, que se hace patente en las primeras fases del proceso comunicativo, se mantiene a través del mismo gracias a la vigencia del principio de legalidad que actúa, así, como correa de transmisión. De ahí precisamente que la ley democrática sea únicamente la ley constitucional.

El pretendido choque entre justicia constitucional y voluntad popular no es tal en un sistema autorreferencial, porque «no hay más legitimidad que la fundada en la Constitución misma»¹²³. Solo indiferenciación sistémica, déficit de inmunidad. El problema en este ámbito no es de «legitimidades» –la del pueblo vs. la del Tribunal–, sino de «procesos», de procesos de creación normativa que no resultan conformes con las reglas del juego que la propia Constitución disciplina que, en definitiva, son las únicas legítimas. La legitimidad proviene, únicamente, de la observancia de los procedimientos¹²⁴. El problema entonces es sencillamente de validez¹²⁵. Siendo esto así, resulta evidente que la amenaza es la norma que entra en contradicción con la Ley Fundamental y que, en consecuencia, se deslinda de la cadena de validez que aquélla cierra; no el órgano que, velando por la defensa de ésta, trata de combatirla.

Esto no quiere decir, no obstante, que el Tribunal solamente vele por la autorreferencialidad del ordenamiento (inmunidad en sentido negativo) cuando declara la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, sino que también lo hace cuando declara que la norma impugnada es compatible con la Constitución o en qué medida lo es, lo que hace, habitualmente, a través de sus sentencias interpretativas. Sea cual fuere el resultado de su decisión, el Tribunal clausura normativamente el sistema porque decide con carácter irrevocable qué pertenece y qué no, en un momento dado, al ámbito de lo jurídicamente lícito. La jurisdicción constitucional cierra el proceso comunicativo que comienza cuando una expectativa social aspira a convertirse en norma jurídica –con rango de ley, en este caso– y que termina, no tanto cuando esta resulta aprobada sino cuando debe decidirse, porque la norma en cuestión haya sido impugnada ante

¹²³ Entre otras, las SSTC 259/2015, de 2 de diciembre (FJ 5º); 136/2018, de 13 de diciembre (FJ 6º).

¹²⁴ Así LUHMANN, N.: *La légitimation par la procédure*, trad. L. K. Sosoe y S. Bouchard, Les presses de l'Université de Laval, Canada, 2001, pp.20 y ss.

¹²⁵ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: «El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico», *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 49, 2014, p. 35.

el Alto Tribunal, si esa expectativa ya positivizada tiene cabida o no, o en qué términos, dentro del marco constitucional.

Esto no supone negar que el proceso comunicativo que comienza con la deliberación de una determinada expectativa social (*input*) termina siempre con la decisión (*output*), sino que ese *output* –norma jurídica– no se produce únicamente en sede legislativa, con la aprobación final de la norma, sino también en sede jurisdiccional, con la decisión última sobre su validez¹²⁶. Lógicamente, lo que distingue a la decisión legislativa de la jurisdiccional son los respectivos modos de fundamentación y argumentación. Mientras que el legislador decide en términos políticos, conforme a fines¹²⁷ –acudiendo al entorno social y valorando si se importan y en qué términos, determinadas expectativas al sistema jurídico– el órgano jurisdiccional lo hace en términos estrictamente jurídicos, dentro de los confines que marca la norma y conforme a reglas generales de aplicación¹²⁸. Por tanto, el Tribunal Constitucional lleva a

¹²⁶ KELSEN, H.: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, ob. cit., p.18 pone de manifiesto esta idea cuando considera, frente a la tesis de que el legislador crea la norma jurídica –ejerciendo así verdadero poder– y el juez aplica sencillamente el ordenamiento creado por el primero, que «esta idea es falsa porque presupone que el ejercicio del poder se remata en el proceso legislativo. No se ve, o no se quiere ver, que el ejercicio del poder encuentra su muy especial continuidad, incluso su efectiva iniciación en la jurisdicción». Este argumento solo adquiere pleno sentido si se admite que la función de aplicación del derecho no es cognoscitiva, sino volitiva y que, por tanto, el órgano jurisdiccional no solo aplica, sino que también decide y, en consecuencia, crea Derecho cuando juzga. La implicación de la función jurisdiccional en la fase decisoria del proceso de comunicación jurídica (*output*) deviene entonces palmaria, siendo su diferencia con la función legislativa una cuestión de grado. Sobre la aplicación del Derecho como acto de voluntad y no de conocimiento, véanse las reflexiones de KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, ob. cit., pp. 244 y ss.; y más concretamente referidas a la justicia constitucional, KELSEN, H.: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, ob. cit. pp.18 y ss.

¹²⁷ LUHMANN, N.: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. I. de Otto, CEC, Madrid, 1983, p.74, pone precisamente de relieve que el juez no puede argumentar conforme a fines, pues ello conduce a una violación del principio de igualdad y a una progresiva indiferenciación del sistema jurídico.

¹²⁸ La distinción entre argumentación jurídica y argumentación política fue puesta tempranamente de manifiesto por KRIELE, M.: *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, ob. cit., pp.305 y ss. Entre nosotros, se hacen eco de esta distinción GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, ob. cit., p. 178; RUBIO LLORENTE, F.: *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, ob. cit., pp.523 y ss., DE OTTO, I.: «La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional», en *Obras Completas*, CEPC, Universidad de Oviedo Madrid, 2010, pp.1167 y ss.; entre otros.

cabo la concreción jurídica del texto fundamental, estableciendo las fronteras dentro de las cuáles pueden incardinarse las distintas opciones políticas (función negativa); y el legislador, por su parte, dentro de ese campo jurídico de lo constitucionalmente posible, lleva a cabo las concreciones políticas de la Norma Suprema que estime convenientes (función positiva). Así, la concreción política es previamente una concreción jurídica, pero no al revés.

Que esto sea así pone de manifiesto, entre otras cosas, que la jurisdicción constitucional no solo salvaguarda la autorreferencialidad del sistema sino también su positividad (inmunidad en sentido positivo), esencialmente cuando éste es democrático. Si su tarea consiste en asegurar que las diferentes opciones políticas por las que opta el legislador no contradicen las reglas de juego, este cometido, en esencia, trata de mantener limpios y abiertos los canales de comunicación entre el ordenamiento y el entorno social a nivel infraconstitucional y, en consecuencia, conservar la positividad del sistema jurídico en toda la amplitud que la Constitución ha querido conferirle¹²⁹.

En este orden de cosas, la amenaza en que el Tribunal Constitucional puede devenir para el sistema jurídico autorreferencial no procede –como se ha visto– de ser ese órgano de naturaleza contramayoritaria que doblega a una omnímoda voluntad popular (lógica heterorreferencial) sino de su peligrosa

¹²⁹ La positividad del ordenamiento (inmunidad en sentido positivo) se vería reducida si el Tribunal, en lugar de trazar los límites constitucionales dentro de los cuáles puede variar lo político, llevara él mismo a cabo las concreciones políticas pertinentes. En tal caso, se estaría clausurando la apertura cognitiva del sistema, en mayor o menor medida, al decantarse el intérprete de la Constitución por una opción política que se impone como única constitucionalmente posible, excluyendo las demás. El Tribunal Constitucional español se ha hecho eco de esta idea al sostener que «la labor de interpretación no consiste necesariamente en cerrar el paso a otras opciones o variantes [políticas], imponiendo autoritariamente una de ellas» (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7º; 194/1989, de 16 de noviembre, FJ 3º; 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6º; 49/2008, de 9 de abril, FJ 12º), y que «en el juicio a la ley, este Tribunal no ha de hacer las veces de propio legislador (SSTC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 8, y 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13), constriñendo su libertad de disposición allá donde la Constitución no lo haga de manera inequívoca» (SSTC 191/2016, de 15 de noviembre, FJ 3º; 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 3º). Esta idea enlaza con la de «mantener abiertos los canales» del proceso comunicativo ya formulada por ELY, J. H.: *Democracy and distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980, pp.105 y ss.

conversión en *dueño* –y no *guardián*– de la Constitución y, por tanto, en el «soberano oculto»¹³⁰. Tal cosa, que es, en efecto, una patología del sistema, sucede en la medida en que éste órgano del Estado deja de fijar los límites dentro de los cuales puede moverse lo político, para establecer que es lo que lo político debe necesariamente decir al hilo de una Constitución que ya no interpreta (jurídicamente) sino que peligrosamente *reescribe* (políticamente); algo que se pone de manifiesto, por ejemplo y entre otras cosas, en las sentencias aditivas y sustitutivas, cuando el Alto Tribunal formula recomendaciones al legislador acerca de cuál sería el contenido de la norma considerado constitucional, etc.¹³¹

En el mejor de los casos, el Tribunal estaría usurpando el papel del legislador y, en el peor de ellos, el propio del poder constituyente-constituido de reforma constitucional. Esta última y peligrosa posibilidad se aprecia con palmaria claridad al hilo de lo que ha dado en llamarse «interpretación evolutiva», en base a la cuál el Alto Tribunal debe adaptar los preceptos constitucionales a las exigencias de la sociedad actual y de los problemas contemporáneos para evitar –se aduce– que la Constitución se convierta en letra muerta¹³². En esa tarea, el Tribunal, en vez de determinar la validez de sus

¹³⁰ La expresión se le debe a MASSING, O.: «Recht als Korrelat der Macht», en *Der CDU-Staat*, 1967, p.123, quien veía en la autonomía interpretativa del Tribunal Constitucional Federal alemán el caldo de cultivo para el surgimiento del soberano oculto, que recupera y critica HÄBERLE, P.: «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución», en *Retos actuales del Estado Constitucional*, Instituto Vasco de la Administración Pública, Oñati, 1996, p.29, trabajo de donde la tomamos.

¹³¹ Sobre esta cuestión, véase más extensamente el clásico trabajo de PIZZORUSSO, A.: «Las sentencias "manipulativas" del Tribunal Constitucional italiano», en VV.AA.: *El Tribunal Constitucional*, vol. I., Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, pp. 275 y ss. y la exhaustiva obra de MARTÍN DE LA VEGA, A.: *La sentencia constitucional en Italia. Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*, CEPC, Madrid, 2003, pp. 215 y ss., y. También pueden consultarse los trabajos de FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: *La función de gobierno en la Constitución Española de 1978*, ob. cit., pp.243 y ss., donde se analizan las diversas desviaciones de la función jurisdiccional del Tribunal en relación con la función de Gobierno, o FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «El Tribunal Constitucional como legislador positivo», *Pensamiento Constitucional*, vol. 15, núm. 15, 2011, pp. 127 y ss., que ofrece numerosos y variados ejemplos sobre este tipo de sentencias dictadas en el ordenamiento español.

¹³² Así lo expone el Tribunal Constitucional español en su STC 198/2012, de 6 de noviembre (FJ 9º), sobre el matrimonio de personas del mismo sexo. La necesidad de dicha interpretación

propias operaciones jurídicas de manera autorreferencial, valiéndose del material jurídico que el propio sistema le dispensa (las normas y sus reglas de aplicación), lo hace acudiendo al entorno social (la realidad social jurídicamente relevante, las opiniones de la doctrina jurídica, las estadísticas, etc.), es decir, heterorreferencialmente. Esto no quiere decir, permítase la aclaración, que el sistema no deba adaptarse al entorno social sino que dicho cometido –como se ha expuesto previamente– está encomendado al poder de reforma constitucional, cuyo papel no puede arrogarse el Tribunal Constitucional o, al menos, no sin apoderarse de la Constitución misma¹³³.

Cuando tal cosa sucede, el ordenamiento jurídico no solamente padece en su positividad (inmunidad en sentido positivo), como previamente se apuntó, sino en su autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo) dado que lo relevante deja de ser la ausencia de contradicción de las normas jurídicas con su criterio último de validez para pasar a ser la adecuación a lo que el Tribunal Constitucional entiende que la Constitución *debe decir* pero que no es, normativamente, lo que dice. El parámetro de validez del sistema se va, así pues, tornando paulatinamente heterorreferencial, al alejarse del propio texto constitucional, residenciándose, por consiguiente, en otra sede: en la voluntad del que sería, indefectiblemente, el soberano.

comienza a reivindicarse, por cierto, en otras resoluciones posteriores como en el Voto Particular del ATC 129/2016, de 21 de junio.

¹³³ Muy críticos con esta interpretación se manifiestan, especialmente, los Votos Particulares de los Magistrados Rodríguez Arribas y Aragón Reyes a la STC 198/2012, de 6 de noviembre. En la misma línea, en sede doctrinal en la literatura española, entre otros, MATÍA PORTILLA, F. J.: «Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 544 y ss.; ARROYO GIL, A.: «De cómo por un mal camino se puede llegar a un buen sitio», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17, 2013, pp.20 y ss.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: «El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del S.XXI tras 40 años de Constitución Española de 1978», en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L.; PUNSET BLANCO, R. (Coords.): *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018)*, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 34-37.

3.4. El desafío de la integración europea: la competencia sobre las competencias.

Hablar de sistema jurídico autorreferencial y de la Constitución como la operación jurídica que cierra en términos normativos al sistema resulta insuficiente, actualmente, sin aludir a la integración europea. Como fenómeno que pretende integrar el ordenamiento jurídico nacional en una estructura jurídica más amplia, en este caso europea, asumiendo por tanto normas emanadas a través procedimientos y sujetos no previstos por la Constitución misma, constituye un desafío a esas cualidades inmunitarias –de autorreferencialidad y positividad– a través de la cuales se expresa de forma genuina la soberanía del ordenamiento.

Esa aparente diversidad de ordenamientos que emergen y conviven entre sí ha dado pie, justamente, a propugnar la existencia de un pluralismo normativo. El sistema jurídico ya no es, desde este punto de vista, un único sistema, sino que se fragmenta en distintos ordenamientos jurídicos con existencia teóricamente autónoma e independiente en el fundamento de su respectiva validez que interactúan entre sí¹³⁴. La consecuencia de ello es que las relaciones entre los mismos no se explican, como es coherente, desde el criterio de la validez –pues, desde tales postulados, las normas de todos ellos son independientemente válidas, conforme a los parámetros de cada sistema– sino desde criterios de aplicabilidad de normas¹³⁵.

¹³⁴ Esta postura es, por ejemplo, la clásicamente defendida por TRIEPEL, H.: *Droit international et droit interne*, trad. por R. Brunet Á. Pedone, Oxford: Impr. de l'Université, Paris, Oxford, 1920 y, del mismo autor, «Les rapports entre le droit interne et le droit international», in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 1, 1923-I; o por ANZILOTTI, D.: *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905.

¹³⁵ Esta es la tesis defendida por REQUEJO PAGÉS, J. L.: *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, Madrid, MacGraw Hill, 1995, pp.21 y ss., también contenida en *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, CEPC, Madrid, 1998, pp. 36 y ss., y en su más reciente obra *El sueño constitucional*, KRK, Oviedo, 2016, pp. 125 y ss., al entender que las normas internacionales gozan de una validez independiente, no precedente de la Constitución que es, en este sentido, norma sobre la aplicabilidad de normas.

Esta postura –por otra parte, ciertamente extendida y asumida jurisprudencialmente– entraña unos riesgos fácilmente advertibles para la cualidad inmunitaria de la autorreferencialidad de la que debe gozar el ordenamiento jurídico para ser soberano. Ésta conduce inevitablemente a la jerarquización de las operaciones jurídicas y, por tanto, al criterio de validez que es el que permite ordenar de manera piramidal al sistema dotándolo de unidad estructural y coherencia interna, hasta llegar a la supremacía constitucional. Y eso es precisamente lo que explica que el sistema jurídico sea un todo único e indivisible y, en ese sentido, inmune frente a todo lo exterior. Sin embargo, la existencia de múltiples ordenamientos, simultánea e independientemente válidos, conduce, inevitablemente, a postulados de corte más heterorreferencial.

Desde el momento en que no existe jerarquía normativa, la unidad sistémica deja paso a una diversidad ordinal que ya no puede operar con criterios jerárquicos –de validez– sino horizontales –de aplicabilidad– desde el punto de vista de una *primacía aplicativa*¹³⁶ establecida de forma arbitraria por cada uno de los sistemas en liza que no resuelve la confrontación normativa, sino que tan solo la posterga¹³⁷. Con ello, esa unidad del ordenamiento –a la que un sistema jurídico, en tanto sistema único, independiente, autónomo, cerrado normativamente aspira– se diluye. No en vano, ese supuesto Derecho de procedencia externa sería una amenazante injerencia exterior desde el punto de vista de la autorreferencialidad del sistema normativo, al no dejar de ser un elemento inserto en éste pero no sujeto, sin embargo, a sus propias reglas de

¹³⁶ El principio de primacía del Derecho de la Unión fue establecido por la STJUE 6/64, de 15 de julio, asunto *Costa/ENEL* y, concretamente respecto de España, la STJUE 107/2013, de 26 de febrero de 2013, asunto *Melloni*. En virtud del mismo, las normas de Derecho de la Unión Europea, en las materias que sean de su competencia, tienen preferencia aplicativa y, por tanto, desplazan a las de origen interno, incluso a aquéllas de rango constitucional siendo, así, una *primacía incondicionada*.

¹³⁷ ALÁEZ CORRAL, B.: «Soberanía constitucional e integración europea», en PUNSET, R. (Coord.): *Soberanía y Constitución. Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, ob.cit., p. 57.

validez, situadas fuera de él mismo (en *otro* sistema jurídico). La heterorreferencialidad se hace entonces presente.

El monismo normativo es, así pues, mucho más coherente con las cualidades inmunitarias de la autorreferencialidad y positividad que el ordenamiento precisa para ser soberano, dado que unifica la existencia del sistema jurídico haciéndola pivotar sobre un único eje de validez¹³⁸. Desde esta perspectiva, el punto de partida debe ser la existencia de un único sistema jurídico –el nacional, que es el que goza de una mínima eficacia normativa–¹³⁹ que, a partir de sus previsiones constitucionales, permite integrar de una determinada manera normas creadas a través del sujetos y procedimientos no previstos por él. En puridad, ese Derecho de la Unión Europea no es tal antes de ser integrado, sino que constituye –a ojos del ordenamiento interno– un puro elemento de hecho. Solo en virtud de su recepción por el orden jurídico nacional es *Derecho del Estado*, si bien de procedencia externa¹⁴⁰. El sistema jurídico conserva así las cualidades inmunitarias –autorreferencialidad y positividad– a través de las cuales se expresa la soberanía, en la medida en que disciplina la apertura *ad extra* desde su propio interior, desde su clausura, reconduciendo, por tanto, la validez de las normas –internas o externas– a un único fundamento, la Constitución misma. Ésta sigue siendo soberana en la medida en que conserva la «competencia sobre las competencias» (*kompetenz-kompetenz*)¹⁴¹, el poder jurídico de disposición sobre ella misma.

¹³⁸ KELSEN, H.: *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, trad. A. Carrino, Giuffrè, Milano, 1989, pp.223 y ss., sostenía que la pretensión de llamar soberano a un orden significaba hacerle valer como un «orden total» lo que coherentemente excluía la posibilidad de su coexistencia con otras comunidades jurídicas en sí mismas soberanas. La validez debe, necesariamente, reconducirse a un único fundamento.

¹³⁹ Sobre por qué el punto de vista para explicar la integración internacional debe ser el ordenamiento jurídico nacional en cuestión –el que sea el objeto de estudio del científico– y no el internacional, al carecer de un alto grado de eficacia por sí mismo que puede restarle validez, véase más extensamente la explicación de ALÁEZ CORRAL, B.: «Soberanía constitucional e integración europea», ob. cit., pp.524-528.

¹⁴⁰ KELSEN, H.: *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, ob. cit., pp.227 y ss.

¹⁴¹ Esta es la ya clásica expresión utilizada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en la BVerfGE 123, 267 ss. (sentencia Lisboa). Dicha sentencia se encuentra disponible en castellano,

Siendo esto así, no es menos cierto que, dependiendo de cómo el sistema jurídico nacional articule esa apertura *ad extra*, su autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo) aparecerá más conservada o menos, pudiendo llegar incluso a diluirse su totalidad¹⁴². Piénsese, por ejemplo, que la Constitución, disponiendo de su soberanía, decida otorgar mismo rango jerárquico a ese Derecho externo del Estado, originario o derivado –como han hecho, por ejemplo, los ordenamientos holandés y austriaco¹⁴³– pues tal cosa supone atribuirle a éste, en definitiva, el poder de reforma constitucional (implícito). El sistema, habiendo disciplinado la apertura desde su propia clausura, ha externalizado en tal grado su posibilidad de cambio, al máximo nivel normativo, que ha, en definitiva, cedido la competencia sobre las competencias –cifrada en el poder constituyente-constituido de reforma constitucional–. Los riesgos que este modelo entraña para la autorreferencialidad del sistema jurídico en su conjunto (inmunidad en sentido negativo) no provienen de que la Constitución haya dejado de ser, auténticamente la soberana –pues es ella misma la que así lo ha querido– sino

gracias a la traducción de C. Elías Menéndez y C. Vidal Prado en VIDAL PRADO, C. (Coord.): *Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, CEC, Madrid, 2011, pp. 203 y ss.

¹⁴² De aquí en adelante, seguimos los tres modelos teóricos de integración –supremacía compartida, supremacía de la supra-Constitución material intangible y el de supremacía plena de la Constitución formal– identificados y explicados por ALÁEZ CORRAL, B.: «Soberanía constitucional e integración europea», ob. cit., pp.258 y ss.; y posteriormente, del mismo autor, en los trabajos de «La reforma constitucional como motor de las transformaciones actuales del Estado español», en PÉREZ ROYO, J.; URÍAS MARTÍNEZ, J.P.; CARRASCO DURÁN, M. (Coords.): *Derecho Constitucional para el S.XXI*, ob. cit., pp. 478 y ss.; «Globalización jurídica desde la perspectiva del Derecho constitucional español», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.40, 2017, pp. 255 y ss.; «Constitución española e integración en la Unión Europea», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. (Coord.): *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: estudios sobre la Unión Europea. Homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo al Profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Thomson Reuters, Navarra, 2019, pp. 39 y ss.

¹⁴³ El art.91.3 de la Constitución de los Países Bajos establece justamente que «cuando un Tratado contenga disposiciones contrarias a la Constitución, las Cámaras no podrán dar su aprobación más que con los dos tercios al menos de los votos emitidos». Por su parte, el art. 50.3 de la Constitución austriaca prevé que en el caso de que los tratados internacionales modifiquen o completen normas de Derecho constitucional, deberán exigirse las mayorías del art.44.1 que son, en efecto, las previstas para la propia reforma constitucional que exige la presencia de la mitad de los miembros del Consejo nacional y la aprobación por 2/3 de los votos válidamente emitidos. Se exigen, por tanto, mayorías muy similares a las previstas para la reforma del texto fundamental.

que dicha cualidad se transfiera, en último término, a unos productos normativos –los de procedencia externa, internacional– cuya eficacia general es muy baja.

Sin embargo, el sistema conserva mucho mejor su autorreferencialidad – como sucede o, al menos, sucedió originariamente en España– cuando la Constitución somete la validez de ese Derecho externo al cumplimiento de las condiciones por ella establecidas lo que, entre otras cosas, significa forzosamente que dicho Derecho está jurídicamente subordinado a la Norma fundamental, que goza, en cuanto tal, de fuerza activa y pasiva frente al mismo. Por ello, aquél no puede operar como un poder implícito de reforma constitucional. Sus disposiciones se insertarán, necesariamente, en el plano infraconstitucional, en el que, si bien gozan de primacía aplicativa frente a las normas de ese mismo rango, lo harán porque la propia Constitución así lo ha previsto. En este sentido, el art.93 CE autoriza la celebración de Tratados «por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución», lo que impide que Tratados *contra legem* actúen como un poder de reforma constitucional implícito. Por un lado, lo que se cede es el *ejercicio de competencias*, no las competencias mismas y, por tanto, nunca las competencias constituyentes, que le pertenecen a la propia Constitución en virtud de su Título X. Por otro, porque el art.95 CE exige la reforma constitucional cuando los Tratados que se vayan a ratificar contengan disposiciones inconstitucionales, tratando así de preservarse la supremacía constitucional, extremos ambos puestos de manifiesto por la DTC 1/1992, de 1 de julio¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Así, en sede doctrinal, entre otros, RUBIO LLORENTE, F.: «La Constitución europea y el Tratado de Maastricht», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.36, 1992, pp.255-256; ARAGÓN REYES, M.: «La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, 1994, p.15; PÉREZ-TREMPES, P.: «Constitución española y Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004, p.106; ALÁEZ CORRAL, B.: «Soberanía constitucional e integración europea», ob. cit., p.254; LÓPEZ CASTILLO, A.: *Constitución e integración*, CEC, Madrid, 1998, pp.142-147; PUNSET, R.: «Soberanía estatal e integración europea», *Asamblea*:

Sin embargo, este escenario cambia cuando se entiende –como lo hizo la DTC 1/2004, de 13 de diciembre– que el Derecho de la Unión ostenta *primacía aplicativa* también sobre las normas constitucionales excepto en lo relativo a «las estructuras constitucionales básicas y el sistema de valores y principios fundamentales». El reconocimiento de esa primacía aplicativa¹⁴⁵ equipara inevitablemente el rango jerárquico del Derecho de la Unión al de las normas constitucionales –salvo el núcleo materialmente excluido–, lo que supone otorgarle el poder implícito de reforma constitucional a aquél. Siendo esto así, no resulta sencillo explicar cómo una norma válida y que además goza de la posición de supremacía dentro del ordenamiento (normas constitucionales), no es aplicable. ¿De qué le sirve, entonces, ser suprema?¹⁴⁶ Esa falta de aplicabilidad

revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm.25, 2011, pp. 148-149. En sentido contrario, entendiendo que el art.93 CE comporta una cesión del poder de reforma constitucional, REQUEJO PAGÉS, J. L.: *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, ob. cit., p.22, 27; si bien previamente, en su trabajo «La posición de las normas internacionales en el ordenamiento español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992, pp.51-55 se expresaba en sentido contrario.

¹⁴⁵ Reconocida, en el caso español, de forma muy contundente, en la STJUE 107/2013, de 26 de febrero de 2013, asunto *Melloni*, en donde expresamente se declara que «en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado» (c.59). Para una exhaustiva crítica a esta sentencia y de los riesgos que le supone a la supremacía de nuestra Constitución, véase PUNSET, R.: «Derechos fundamentales y primacía del Derecho europeo antes y después del caso Melloni», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.39, 2017, pp.189 y ss.

¹⁴⁶ Así se cuestiona, precisamente, en los votos particulares efectuados a dicha Declaración. En este sentido, sosteniendo que el «desplazamiento» al que aboca la primacía destruye la supremacía constitucional, RUBIO LLORENTE, F.: «La constitucionalización del proceso de integración en Europa», *Revista de Occidente*, núm.284, 2005, pp.21-22. La distinción entre primacía y supremacía efectuada en dicha declaración del Tribunal Constitucional ha sido criticada, entre otros, por DE AREILZA CARVAJAL, J. M.: «La inserción de España en la nueva Unión Europea: la relación entre la Constitución Española y el Tratado Constitucional (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.73, 2005, pp.372-372; ALONSO GARCÍA, R.: «Constitución Española y Constitución Europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.73, 2005, pp.359-361; MATÍA PORTILLA, J.: «Dos Constituciones y un solo control: el lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.74, 2005, pp.349-351. Valorándola, sin embargo, positivamente, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: «No existe contradicción entre la Constitución Española y la Constitución Europea: la declaración del Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm.20, 2005, pp.11-12; TORRES DEL MORAL, A.: «Relaciones entre la Unión Europea y los Estados Miembros según el

comporta, en definitiva, una suspensión *de facto* de las normas constitucionales sobre las que se proyecta el principio de primacía –dejando así esa «Constitución residual»¹⁴⁷–; falta de eficacia que, en último término, afecta a la propia validez de éstas. En definitiva, supone admitir que el Derecho de la Unión *contra Constitutionem* sea válido, lo que resulta difícil de conciliar tanto con el art.93 CE –que no cede las competencias constituyentes– como con el art.95 CE –que exige, en tal caso, la previa reforma constitucional– orientados a salvaguardar la supremacía del texto fundamental.

En lo relativo a la exclusión de «las estructuras constitucionales básicas y el sistema de valores y principios fundamentales» de la aplicación del principio de primacía –que dejaría, así, de ser incondicionada, como exige el TJUE– puede parecer, a primera vista, una (positiva) reacción defensiva por parte del ordenamiento español contra el proceso de integración europea, a través del cual aquél pretende *retener* ciertas cotas irrenunciables de soberanía. Sin embargo, la Constitución Española carece de límites materiales a la integración y, lo que es incluso más relevante, carece también de un núcleo constitucional intangible no susceptible de reforma constitucional. Quizás aún asimilando las consecuencias estructurales vertidas por el proceso de integración y tratando, tal vez, de rebelarse contra el «desapoderamiento» que éste supone, el ordenamiento parece haberse preguntado *hasta dónde* es posible ceder el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución sin perder su propia soberanía, tratando así de hallar una suerte línea roja insuperable –material– a partir de la cual el propio sistema jurídico nacional, sencillamente, *fallecería* en cuanto tal.

Tratado constitucional europeo. Principios que las rigen», *Revista de Derecho Político*, núm.65, 2006, p.104.

¹⁴⁷ CRUZ VILLALÓN, P.: «El Tratado según la Constitución: tres planteamientos», en CARRILLO, M.; LÓPEZ BOFILL, H. (Coords.): *La Constitución Europea: actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2006, p.24.

Sin embargo, si lo que precisa para ser soberano son las cualidades inmunitarias de la autorreferencialidad y la positividad la conservación de éstas es algo independiente de la naturaleza y/o cantidad de las competencias (constituidas) cuyo ejercicio ha decidido ceder a la Unión¹⁴⁸. Lo relevante es retener la *Kompetenz-kompetenz* y, en ese sentido, ostentar la potestad de disponer jurídicamente de la propia Constitución, algo que pasa, inexcusablemente, por retener en exclusiva el poder de reforma constitucional. Éste es, precisamente, el que debiera activarse, en último término, en caso de que el propio ordenamiento quisiera entregar su propia soberanía a Europa lo que sucedería si se admite de forma incondicionada, como parece hacerse, la primacía del Derecho de la Unión también sobre las normas de rango constitucional.

La identificación de un núcleo constitucional intangible, resistente al principio de primacía del Derecho de la Unión es característico de aquellos modelos constitucionales –a los que, parece, ha tratado de asemejarse el español por vía jurisprudencial– que contienen cláusulas de intangibilidad¹⁴⁹, como por

¹⁴⁸ En este sentido, ALÁEZ CORRAL, B.: «Soberanía constitucional e integración europea», ob. cit., pp.541-542; PUNSET, R.: «Soberanía estatal e integración europea», ob. cit., p.163; LÓPEZ CASTILLO, A.: *Constitución e integración*, ob. cit., pp. 149-150. En un sentido diferente, entendiendo que deben quedar a salvo del empuje de la primacía los «fundamentos del propio sistema de organización del poder público», SÁIZ ARNÁIZ, A.: «De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», en LÓPEZ CASTILLO, A.; SÁIZ ARNÁIZ, A.; FERRERES COMELLA, V.: *Constitución española y Constitución europea*, CEPC, Madrid, 2005, p. 60. Asimismo, en la misma obra colectiva, FERRERES COMELLA, V.: «La Constitución Española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional», ob. cit., pp. 82-86, que entiende que los límites materiales a la integración son una forma de conjugar ambas supremacías –la europea y la constitucional– lo que presupone un concepto material de soberanía.

¹⁴⁹ Sobre la cuestión de los límites materiales a la integración europea en perspectiva comparada pueden consultarse las obras monográficas de DEROSIER, J.: *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Étude comparée: Allemagne, France, Italie*, LGDJ, Paris, 2015, en la que se analizan las limitaciones constitucionales materiales de dichos países al fenómeno de la integración y que, en último término, imposibilitarían jurídicamente la existencia de una Constitución Europea, a juicio del autor; VECCHIO, F.: *Primacía del Derecho Europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales. Consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*, Agencia del BOE, Madrid, 2015. Entre nosotros, véase el exhaustivo trabajo de GORDILLO PÉREZ, L. I.: *Constitución y ordenamientos supranacionales*, CEPC, Madrid, 2012, pp. 37-71.

ejemplo el alemán (art.23.1 en relación con el art.79.2 GG)¹⁵⁰, el italiano (art.139 en relación con el art.11 CI)¹⁵¹ o el francés (art.89 CF)¹⁵². En consecuencia, lo sustraído al procedimiento de reforma constitucional resulta también indisponible para el Derecho de la Unión Europea pues la primacía aplicativa no opera respecto de tales contenidos sino solamente de los no intangibles. Resulta, en suma, coherente ese tipo de integración con el modelo constitucional de dichos ordenamientos. El problema de la conservación de la soberanía en este escenario es algo, por tanto, que precede al fenómeno de la integración europea. Tiene que ver, principalmente, con cómo afecta el establecimiento de dichas cláusulas de intangibilidad al mantenimiento de la autorreferencialidad y positividad del sistema, según cómo estén ellas mismas configuradas –si son en sí mismas jurídicamente modificables– y según lo que estén llamadas a proteger. Esto se abordará con más detalle en el siguiente capítulo. Baste ahora poner de manifiesto que la conversión de esos reductos constitucionales en contralímites a la integración europea es, sencillamente, consecuencia de la propia configuración constitucional de este tipo de sistemas,

¹⁵⁰ Así, el art.23.1 GG somete la creación de la Unión Europea, las reformas de los Tratados constitutivos y toda la normativa análoga que reformase o completase la Ley Fundamental a los límites, formales y materiales (cláusula de intangibilidad) del art.79.2 GG. Véanse, fundamentalmente, la BVerfGE 89, 155 ss. (sentencia Maastricht) y la BVerfGE 123, 267 ss. (sentencia Lisboa)

¹⁵¹ El art.139 CI declara intangible la forma republicana de Gobierno, de la que se ha entendido que forman parte los principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho, los cuales constituirían un límite a las cesiones de soberanía que el art.11 CI permite hacer para integrarse en la Unión Europea. Así se puso de relieve en la Sentenza de la Corte Costituzionale n° 170/1984, 5 giugno y en la posterior n°232/1989, de 13-21 aprile, donde se manifestó la necesidad de asegurar que los Tratados no contravengan «i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana».

¹⁵² La integración europea y la posibilidad de ceder competencias a dicha organización se recoge en el art.88 CF, previéndose en el art.54 CF un control de constitucionalidad de los Tratados que vayan a ratificarse y la necesidad de acometer una reforma constitucional en caso de contradicción entre aquéllos y la Constitución. Por su parte, la forma republicana de gobierno (art.89 CF) constituye una cláusula de intangibilidad, en la que tanto jurisprudencial como doctrinalmente se ha entendido que resultan incluidos los principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho. En este sentido, el Conseil Constitutionnel ha cifrado en «las condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía nacional» el límite al principio de primacía del Derecho de la Unión, inicialmente en la Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, seguida posteriormente de la Décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985; n°91-294, du 25 juillet 1991; n°92-208, du 9 avril 1992; entre muchas otras.

de forma que la cuestión del mantenimiento de su soberanía es –puede decirse– anterior a este fenómeno.

Así las cosas, es indudable que la integración europea constituye un reto para la soberanía del ordenamiento que, no obstante, aparece salvaguardada –no sin deficiencias y contradicciones– en la medida en que sea la propia Constitución la que decida cómo y bajo qué condiciones de validez deben integrarse las normas jurídicas de producción externa en el ordenamiento nacional. Así, velar por la soberanía del sistema jurídico supone también velar por el Derecho de la Unión pues, al formar parte de éste, salvaguardar su autonomía es salvaguardar, en suma, la del propio ordenamiento. Así, no obstante, mientras los ordenamientos nacionales, lógicamente, sigan integrados en la estructura europea. Recuérdese que el art.50 TFUE establece un procedimiento de retirada de la Unión, voluntaria y unilateral –recientemente activado para llevar a cabo la desvinculación de Reino Unido (*brexit*)¹⁵³– que pasa porque el Estado que pretende hacerlo notifique al Consejo Europeo su intención. Ello conduce a la celebración de un acuerdo –que debe ser negociado según el art.218 TFUE y aprobado por mayoría cualificada– tras cuya entrada en vigor los Tratados dejan de aplicarse en dicho Estado o, a más tardar, tras dos años desde la notificación de la retirada salvo que el Consejo, de común acuerdo con el Estado, prorrogase dicho plazo.

Así, el problema de mantener en la mayor medida de lo posible las cualidades inmunitarias que ahora nos ocupan es una tarea que también debe librarse a nivel europeo. Piénsese –por poner un ejemplo reciente de cómo la autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo) del ordenamiento en su conjunto puede verse menoscabada– en los distintos acuerdos internacionales que establecen determinados tribunales externos –usualmente de arbitraje internacional– para resolver las controversias que surjan entre las partes

¹⁵³ Véase el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 30 de enero de 2020.

implicadas, pero que, sin embargo, deban aplicar el Derecho de la Unión. Tal cosa implica sustraer al ordenamiento –singularmente al TJUE– la aplicación e interpretación de su propio Derecho (art. 344 TFUE, art.19 TUE), algo que se compadece mal con la autorreferencialidad del sistema que encuentra en este campo su máxima expresión en «la autonomía del Derecho de la Unión»¹⁵⁴. No resulta difícil observar cómo, a través de este tipo de mecanismos, el ordenamiento va rebajando dicha cualidad, residenciando parte de la aplicación e interpretación de su Derecho en manos de órganos jurisdiccionales externos, no pudiendo garantizar, de forma autopoética, la propia eficacia de aquél.

No en vano el TJUE ha declarado que tales tribunales externos son válidos solo en tanto apliquen el Derecho contenido en el acuerdo internacional a la luz de las normas y principios del Derecho Internacional, y no el Derecho de la Unión. Para poder aplicar éste es preciso estar integrado en el sistema jurisdiccional de la Unión –ser considerado «un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros» *ex art.267 TFUE*¹⁵⁵– pues dicha integración es la que permite hacer uso de mecanismos –en esencia la cuestión prejudicial– que garantizan la autonomía del Derecho de la Unión y su eficacia en los Estados miembros, en suma, el mantenimiento de la autorreferencialidad del sistema¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Éste fue puesto de manifiesto, originariamente, por las SSTJUE 26/62, de 5 de febrero de 1963, asunto *Van Gend en Loos* y 6/64 de 15 de julio, asunto *Costa/ENEL*, al hilo de la relación entre el Derecho de la Unión y el interno de los Estados miembros. Concretamente, la autonomía aplicada a las relaciones entre aquél y el Derecho internacional, con ocasión precisamente de la creación de tribunales externos, se puso de relieve, por primera vez, en el Dictamen TJUE 1/91, de 14 de diciembre de 1991, sobre la creación del Espacio Económico Europeo. Más extensamente sobre el alcance y significación de este principio, no siempre pacífico, véanse, entre otros, KLAMERT, M.: «The Autonomy of the EU (and of EU Law): Through the Kaleidoscope», *European Law Review*, num.6, 2017, pp. 815 y ss.; y entre nosotros, AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: «La autonomía del ordenamiento de la Unión y las "Funciones Esenciales" de su sistema jurisdiccional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, pp. 225 y ss.

¹⁵⁵ En este sentido, el TJUE ha venido exigiendo «el origen legal del organismo, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento y la aplicación por parte del organismo de normas jurídicas, así como su independencia» (por todas, STJUE 377/13, de 12 de junio de 2014, asunto *Ascendi Beiras Litoral e Alta*) lo que, habitualmente, los tribunales de arbitraje, por su propia naturaleza, no suelen cumplir, tal y como se puso de relieve en la STJUE 102/81, de 23 de marzo de 1982, asunto *Nordsee*.

¹⁵⁶ Por ejemplo, la STJUE 284/16, de 6 de marzo de 2018, asunto *Achmea*, declara que el art.8 del Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos de las Inversiones entre el Reino de los

Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca (TBI), conforme al cual un inversor de uno de esos Estados puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra éste último ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro, es contrario al Derecho de la Unión (arts.267 y 344 TFUE), al no ser un órgano jurisdiccional incardinado en el sistema judicial de la Unión, lo que le impide plantear cuestiones prejudiciales aun cuando debe aplicar dicho Derecho en sus controversias. Siguiendo el mismo razonamiento, en el Dictamen del TJUE 1/17, de 30 de abril de 2019, sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global, entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros (CETA) que preveía un mecanismo de solución de diferencias en materia de inversiones entre inversores y Estados (SDIE), el Tribunal consideró que no vulneraba la autonomía del Derecho de la Unión porque se limitaba a conocer estrictamente de las disposiciones del CETA, resultando entonces irrelevante que no se pudiera plantear la cuestión prejudicial y que dichos tribunales resolvieran con carácter definitivo, no pudiéndose recurrir el laudo. Sobre esta cuestión véase más ampliamente, entre muchos otros, IRURETAGOIANA AGUIRREZABALAGA, I.: «Mecanismos de arreglo de diferencias entre inversores y Estados (ISDS) y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea: ¿una ecuación imposible?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 59, 2018, pp. 219 y ss.; FACH GÓMEZ, K.: «Unión Europea e inversiones internacionales: el futuro de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 69, 2017, pp. 295 y ss. Previamente, la incidencia de los Tribunales externos al sistema jurisdiccional de la Unión sobre la autonomía del Derecho de ésta se había tratado en los Dictámenes del TJUE 1/91, de 14 de diciembre de 1991, sobre la creación del Espacio Económico Europeo; el 1/00, de 18 de abril de 2002, sobre la compatibilidad del sistema de vigilancia jurisdiccional previsto en el Proyecto de Acuerdo referente a la creación del Espacio Europeo Aéreo Común entre la Comunidad Europea y países terceros; el 1/09, de 8 de marzo de 2011, relativo al Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes y en el 2/13, de 18 de diciembre de 2014, sobre el proyecto de acuerdo por el que la UE pretendía adherirse al CEDH.

II

DEMOCRACIA E INMUNIDAD.

1. LA DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL: LA DEFENSA DEL SISTEMA JURÍDICO.

En las páginas precedentes se puso de manifiesto cómo la autorreferencialidad y la positividad son las dos cualidades inmunitarias a través de las cuales el ordenamiento jurídico expresa su soberanía. Ahora bien, los diferentes sistemas de gobierno participan de tales cualidades en mayor o menor medida y, en consecuencia, contribuyen a fomentar o a diluir el grado de realización de aquéllas, variando por consiguiente los niveles de soberanía del ordenamiento en su conjunto. De todos ellos, la democracia procedimental es un sistema que tiene muy desarrolladas tales cualidades¹⁶⁵, tanto por el nivel de diferenciación que logra frente al medio como por su alta capacidad de adaptación al mismo. Veámoslo con más detalle.

¹⁶⁵ BASTIDA FREIJEDO, F.: «La soberanía borrosa: la democracia», ob. cit., pp.390 y ss., pone de manifiesto cómo el sistema democrático concentra en sí mismo esas cualidades que el propio sistema jurídico necesita para ser soberano: la autorreferencialidad y la positividad. En otro orden de consideraciones, debe ponerse de manifiesto que la fórmula de «democracia inmunitaria», aunque en términos no jurídicos, es utilizada por BROSSAT, A.: *La démocratie immunitaire*, La Dispute, Paris, 2003.

1.1. La autorreferencialidad de la soberanía popular: la inexistencia de poderes inmunes.

Dado que en las páginas anteriores se ponía de manifiesto cómo los soberanos (poderes inmunes) se veían desbancados ante la existencia de un sistema jurídico autorreferente y positivo, puede llamar la atención que la democracia se observe como un sistema cuyas cualidades inmunitarias están muy desarrolladas cuando la misma atribuye, por definición, la soberanía a la colectividad (nación o pueblo), como lo hacen, entre muchas otras, el art.1.2 CE, el art.3 CF o el art.1 CI. ¿Acaso estamos de nuevo ante la resurrección de un poder inmune que sacrifica la soberanía del propio ordenamiento?

En contra, quizá, de lo que apriorísticamente pudiera pensarse, la atribución de la soberanía a la colectividad desempeña una «función negativa»¹⁶⁶ típicamente inmunitaria: evitar que alguien pueda erigirse en soberano. La atribución de la soberanía a un sujeto inexistente —la nación o pueblo— ha sido, en efecto, la garantía última de la inmunidad del ordenamiento jurídico. Incapaz, dicho sujeto ideal, de actuar en la realidad física por sí mismo, precisa de quienes actúen como sus representantes, *ejerciendo* en la práctica dicha soberanía sin arrogarse, nunca, su titularidad. Precisamente porque solo están llamados a ejercer una cualidad de la que no gozan, tales representantes no se convierten en soberanos. De ahí, en efecto, que resulten jurídicamente limitables y, en consecuencia, sometidos al mismo ordenamiento que les otorga dicha condición. El sistema jurídico conserva de esta manera su soberanía asignándola, mediante una ficción, a quien no puede ejercerla puesto que quien efectivamente lo haga ya no será soberano sino, necesariamente, poder

¹⁶⁶ CARRÉ DE MALBERG, R.: *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, Sirey, ob. cit., pp.168 y 176. En términos similares lo explica FERRAJOLI, L.: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011, p.36 cuando sostiene que la soberanía popular solo conserva sentido si se interpreta como una «garantía negativa», en el sentido de que nadie puede apropiarse de la soberanía perteneciente al pueblo.

constituido¹⁶⁷. El imperio de la normatividad se impone indefectiblemente, aplacando la existencia de renovados soberanos que pudieran cuestionar su autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo).

Así, como es bien sabido, la atribución de la soberanía a la colectividad está únicamente orientada a convertir la voluntad general en voluntad del Estado, esto es, a reconducir a los sujetos destinatarios de las normas jurídicas el origen de éstas, en definitiva, a hacer posible y efectivo el autogobierno, dotando así de mayor legitimidad al sistema en su conjunto algo que, en definitiva, redunda en su mayor eficacia. La idea que late tras la soberanía popular es, entonces, esencialmente autorreferencial¹⁶⁸ y, por ello, viene a reforzar la inmunidad en sentido negativo del ordenamiento en su conjunto. Para articular jurídicamente esa circularidad y traducir la voluntad común en voluntad del Estado son necesarias reglas que, en primer lugar, delimiten quienes forman parte de ese pueblo¹⁶⁹ y, en segundo lugar, aseguren la igualdad y libertad de todos los individuos de cara a su participación en dicho cometido. De lo contrario, ¿quién decidiría quién es el pueblo y cómo elaboraría e impondría las eventuales condiciones para llevar a cabo su participación? Nada aseguraría que la voluntad del Estado fuera verdaderamente expresión de la voluntad general y no una imposición torticera o interesada de unos pocos. Por eso «no hay democracia sin derecho»¹⁷⁰ y, por eso mismo, aquélla exige que sea, en último término, el ordenamiento jurídico el que establezca las reglas del juego para la

¹⁶⁷ El origen de esta distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía se encuentra en BODIN, J.: *Les six livres de la République*, Scientia Aalen, Paris, 1961, aplicada luego tardíamente por SIEYÈS, E.: *Qu'est-ce que le tiers état?*, PUF, Paris, 1982 y reflejada en el art.1 del Título III de la Constitución Francesa de 1791 («la soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación; ninguna sección del pueblo ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio»).

¹⁶⁸ BASTIDA FREIJEDO, F.: «La soberanía borrosa: la democracia», ob. cit., pp.390 y ss.

¹⁶⁹ La idea de que el pueblo solo es pueblo porque el Derecho lo ha creado como tal, es decir, que es una realidad esencialmente jurídica, fue puesta de manifiesto por KELSEN, H.: *De la esencia y valor de la democracia*, Comares, Granada, 2002, pp.19-33.

¹⁷⁰ DE OTTO, I.: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., p. 56.

manifestación de la voluntad general, es decir, exige confiar a las normas la articulación jurídica de tales procesos.

Precisamente por ello, la democracia obliga a transferir la soberanía al propio ordenamiento jurídico y ello es lo que hace que su cierre sea normativo, que la validez última de sus operaciones descansa siempre en una norma jurídica y, por ende, que el sistema sea propiamente inmune en sentido negativo (autorreferencial). Y ello explica, también, que la idea de Constitución no sea ajena totalmente a la de democracia, y viceversa. Ambas comparten un denominador común: la proscripción de un poder inmune, es decir, de un poder no sometido a normas en lo que a su creación y ejercicio se refiere¹⁷¹. Al igual que la idea de Constitución, la de democracia también neutraliza la existencia de un soberano anterior y superior al ordenamiento jurídico y, por ende, manifestaciones de aquél expresadas al margen de éste. De ahí que, por ejemplo, el art.1.2 CI, después de atribuir la soberanía al pueblo, puntualice que aquél debe ejercerla «en las formas y dentro de los límites de la Constitución».

Todo este esquema argumental parece, no obstante, cuando la democracia, en vez de ser un sistema jurídico especialmente apto para mantener la autorreferencialidad sistémica (inmunidad en sentido negativo) se convierte en uno de los más idóneos para diluirla, resucitando a los soberanos que teóricamente pretendía doblegar al confundir el significado de la atribución de la soberanía a la colectividad. Cuando el sistema interpreta que tal atribución no es una mera forma de expresar el carácter circular del proceso de creación normativa del ordenamiento democrático¹⁷² («función negativa») sino una forma de apuntalar un nuevo soberano, aquella cualidad del ordenamiento disminuye ostensiblemente. En este caso, la Constitución democrática no

¹⁷¹ BASTIDA FREIJEDO, F.: «Constitución, soberanía y democracia», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm.8, 1991, pp.10-11.

¹⁷² FERRAJOLI, L.: *Derecho y garantías: la ley del más débil*, 5ª ed., trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 2006, p.141 pone muy claramente de relieve esta idea cuando sostiene que «es cierto que las Constituciones siguen hablando de soberanía popular. Pero se trata de un simple homenaje verbal al carácter democrático-representativo de los ordenamientos actuales».

serviría para reforzar la inmunidad del sistema, proscribiendo la existencia de un soberano *legibus solutus*, sino para alentarlo, es decir, para apuntalar un poder inmune, anterior y superior a aquélla –el pueblo– cuyos actos, aunque no observen el Derecho, son válidos en tanto expresión de esa latente e imperecedera voluntad soberana. La soberanía popular puede ser la coartada más efectiva para lograr la heterorreferencialidad del sistema.

En no pocas ocasiones se ha entendido, en efecto, que defender la democracia consiste en defender a este pueblo soberano eterno y omnipotente. Ello explica que, desde esta óptica, se perciban como ataques la prohibición, represión o sanción de los actos que, desconociendo las normas, sean perpetrados en su nombre, al considerar que tales conductas «debilitan» la democracia, que está –se cree– por encima o fuera del propio Derecho. Siendo esto así ¿cómo y por qué atacar, entonces, sus manifestaciones más genuinas? Esto es, por ejemplo, lo que ha sucedido en los últimos años en Cataluña, donde una parte del pueblo catalán ha impulsado *extra ordinem* un proceso unilateral de independencia el cual trata de ser exhibido como ejemplo excelso de ejercicio democrático, tildando de antidemócratas a quienes denuncian su falta de cobertura jurídica.

En la misma línea, esto es también lo que sucede con todas las manifestaciones del pueblo concebido como eterno poder constituyente¹⁷³, susceptible de resurgir y alzarse en cualquier momento y de cualquier manera pues para eso –se dirá– es el soberano. En estos casos, la intervención de aquél deviene en un criterio para juzgar la validez de las reformas constitucionales si bien externo al ordenamiento jurídico (heterorreferencial). Sirve, en definitiva, para convertir en constitucionales reformas inconstitucionales, esto es, para dotar de validez a aquellas reformas de la Constitución que, a pesar de no haber

¹⁷³ Véase a este respecto a la bibliografía reseñada en la nota 102.

seguido el procedimiento normativamente establecido, se han visto *sanadas*¹⁷⁴ por la legitimidad que les aporta esa intervención directa del pueblo, como sucede, por ejemplo, cuando éste las ratifica en referéndum¹⁷⁵. También cuando se propone la creación de asambleas constituyentes, impulsadas por iniciativa del pueblo y no sometidas a límite positivo alguno, que hagan emerger al soberano dormido¹⁷⁶.

Lógicamente, si la intervención popular puede operar con efectos sanatorios, es casi forzoso admitir que también puede hacerlo con efectos invalidantes. De ahí que, *sensu contrario*, aquélla sirva para convertir en inconstitucionales reformas constitucionales, es decir, para cuestionar la validez de las que, habiendo observado el procedimiento formalmente establecido, no

¹⁷⁴ No se habla, en vano, del «extraordinario poder de absolución» que ostenta el pueblo, que le permite transformar reformas formalmente inconstitucionales en constitucionales, como sostiene ALBERT, R.: «Four Unconstitutional Constitutions and Their Democratic Foundations», *Cornell International Law Journal*, vol. 50, issue 2, 2017, pp. 197-198. Sobre cómo las reformas constitucionales llevadas a cabo *extra ordinem* son válidas al contar con la ratificación popular, véanse, por ejemplo, las propuestas formuladas por ALBERT, R.: «Discretionary Referenda in Constitutional Amendment», *Boston College Law School Legal Studies Research Paper* No. 460, 2017, pp.1 y ss., y, del mismo autor, «The Case for Presidential Illegality in Constitutional Amendment», *Drake Law Review*, vol.67, num. 4, 2020, pp. 857 y ss.

¹⁷⁵ El ejemplo característico de esta posibilidad es el uso del art.11 CF, que permitió en 1962 al General De Gaulle convocar un referéndum sobre la Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, a través de la cual se quería introducir una modificación (constitucional) en el mecanismo de elección del Presidente de la República. Tras la victoria en las urnas, resultaron modificados los arts.6 y 7 CF, relativos a dicho procedimiento de elección. Recurrida en constitucionalidad dicha ley, el Conseil Constitutionnel, en su Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, se declaró incompetente para conocer del asunto dado que la ley había sido aprobada directamente por el pueblo, constituyendo así la expresión directa de la soberanía nacional. En suma, una reforma constitucional espuria (realizada al margen de los procedimientos pertinentes) es constitucional al haber sido ratificada en referéndum. Sobre esta controvertida opción, véase más extensamente en la doctrina francesa, entre otros, BERLIA, G.: «Le problème de la constitutionnalité du référendum du 28 octobre 1962», *Revue du Droit Public*, 1962, pp. 936 y ss., así como BRANCHET, B.: *La révision de la constitution sous la Vè République*, LGDJ, París, 1994, donde se recoge una amplia reflexión sobre este mecanismo de reforma constitucional.

¹⁷⁶ Esta es la postura, por ejemplo, de REED AMAR, A., «The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V», ob. cit., pp. 458 y ss., quien propone la creación de una convención constitucional por parte del Congreso si así lo solicitan la mayoría de los votantes y siempre que las reformas propuestas por aquélla sean finalmente ratificadas en referéndum por mayoría simple. En términos similares, COLON-RÍOS, J.; HUTCHINSON, A.: «Democracy and Revolution: An Enduring Relationship?», *Denver University Law Review*, vol. 89, num.3, 2012, pp. 605 y ss.

han visto implicado directamente al pueblo en su gestación, resultando, por tanto, ilegítimas. En efecto, la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales trata de defender que hay ciertas cláusulas en la Constitución –sus principios básicos– que, aunque formalmente no sean cláusulas de intangibilidad, no pueden ser reformadas por el poder de reforma constitucional sino por el poder constituyente originario (el pueblo)¹⁷⁷. Solo el pueblo soberano –se dice– puede *cambiar* (sustituir) –no reformar– la Constitución misma (la material)¹⁷⁸. Por tanto, cuando el poder de reforma constitucional trate de modificar alguna de esas partes implícitamente indisponibles para él¹⁷⁹ –reservadas al poder constituyente originario– la reforma en cuestión será

¹⁷⁷ Téngase en cuenta que, desde esta perspectiva, las cláusulas de intangibilidad son límites vinculantes para el poder constituido de reforma constitucional pero no para el poder constituyente que, por definición, es ilimitado. Así lo expone, entre muchos otros, JACKSON, V.: «Unconstitutional Constitutional Amendments: A Window into Constitutional Theory and Transnational Constitutionalism» en BÄUERLE, M. *et al* (Eds.): *Demokratie-Perspektiven Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, p. 47, cuando dice que la intangibilidad no bloquea todas las «avenidas democráticas» sino solo una: la del poder constituido de reforma constitucional.

¹⁷⁸ Sobre la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales como un mecanismo de protección del poder constituyente originario a nivel de Derecho Comparado, que se ha materializado concretamente en la teoría india de la estructura básica (*basic structure*) o en la latinoamericana de la sustitución constitucional (*replacement doctrine*), el estudio más amplio y minucioso es el realizado por ROZNAI, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments: The limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2017, especialmente las pp. 135 y ss. Consúltense también, entre otras, las contribuciones sectoriales de BARAK, A.: «Unconstitutional Constitutional Amendments», *Israel Law Review*, vol. 4, issue 3, 2011, pp.321 y ss.; BERNAL PULIDO, C.: «Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia. An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, issue 2, 2013, pp.339 y ss.; ALBERT, R.: «The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada», *Queen's Law Journal*, num.41, 2015, pp. 143 y ss. Entre nosotros, hacen la distinción entre las atribuciones del poder de reforma constitucional y las del poder constituyente originario, que es el que genuinamente puede «cambiar» de Constitución, entre otros, DE VEGA GARCÍA, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, ob. cit., pp. 238; RUIPÉREZ ALAMILLO, J.: «De la reforma constitucional y sus límites materiales. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.30, 2012, pp. 126 y ss.; GARCÍA-ATANCE GARCÍA DE MORA, M. V.: «Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional: garantía de permanencia o ruptura de consenso», *Estudios de Deusto*, vol.65/2, 2017, pp. 93-95; SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J.: «Límites y soberanía en el orden constitucional español», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm.19, 2009, pp.271-274.

¹⁷⁹ Si tales cláusulas fueran formalmente cláusulas de intangibilidad la cuestión sería totalmente diferente. La reforma constitucional que pretendiese cambiarlas sería inconstitucional al estar infringiendo un límite normativo impuesto por la Constitución misma.

inconstitucional. El soberano se hace entonces presente, si bien de manera indirecta, porque lo hace a través de la interpretación que, de la última voluntad que es la Constitución misma, hace su albacea, el Tribunal Constitucional.

Así las cosas, cuando se interpreta la soberanía popular en términos de *soberanía de un sujeto*, superior y ajeno al Derecho mismo, el pueblo, emergen los poderes inmunes y las consiguientes manifestaciones heterorreferenciales que ellos generan. Aquélla puede tornarse, en suma, en un ataque a la propia democracia. Cuando esto sucede, no obstante, es señal de que el sistema democrático no está detectando bien cuáles son sus ataques y cuáles sus defensas, es decir, dónde está el patógeno y cuál es el anticuerpo. Lo que debe salvaguardar la democracia es esa idea de autogobierno jurídicamente disciplinada, es decir, la posibilidad de manifestar voluntades a través del procedimiento jurídicamente establecido; no a un pueblo todopoderoso que existe y se manifiesta más allá de los confines normativos, en el terreno puro y peligroso de lo fáctico. Esto es justo de lo que debe cuidarse. La amenaza la constituye quien compromete la autorreferencialidad del sistema (inmunidad en sentido negativo), es decir, quien trata de huir de él para revelarse o imponerse, no quien se empeña en preservarla sancionando o impidiendo esa huida que no es sino la infracción de los procedimientos establecidos. No hay soberanía popular jurídicamente posible al margen del ordenamiento mismo¹⁸⁰.

De lo contrario, la Constitución como Norma Suprema –y, por tanto, la soberanía del propio ordenamiento– se degradaría, pues la misma se supeditaría de forma inevitable a una variable externa (heterorreferencial): a ese *demos* jurídicamente ilimitable. La democracia no es más inmune como sistema –autorreferente y positivo– cuanto más invoque al pueblo como poder constituyente latente, sino a la inversa. Su eficacia dependerá, en último

¹⁸⁰ En coherencia con esto, ARAGÓN REYES, M.: «La eficacia jurídica del principio democrático», ob. cit., p. 30, que no cabe oponer democracia a Derecho pues fuera de la Constitución no hay democracia como principio jurídico.

término, de su habilidad para detectar tales ataques –dado que es más fácil detectar como antidemócrata a quien pretende liquidar la democracia por métodos democráticos que a quien trata de imponer, a toda costa, la voluntad del pueblo soberano– y de la contundencia para combatirlos.

1.2. La positividad: la tolerancia.

Hasta ahora se ha visto cómo la democracia procedimental, al ser un sistema que trata de hacer del pueblo gobernado el pueblo gobernante, tiende a ser inmune en sentido negativo, es decir, autorreferencial. Además, si aceptamos que en una democracia tal, todo contenido de las normas jurídicas es mudable si se sigue el procedimiento establecido, la democracia presenta un alto grado de adaptabilidad a su entorno, es decir, es un sistema que tiene muy desarrollada la inmunidad en su sentido positivo (positividad). Al asegurar que todas las opciones políticas puedan ser igualmente perseguidas dentro del ámbito de lo jurídico, el medio social no necesita buscar otros cauces para hacer valer sus pretensiones. El alto grado de sensibilidad que este sistema manifiesta hacia su medio hace que se acomode de forma relativamente fácil a él y, en consecuencia, que logre integrarse fuertemente, ser eficaz, dentro de éste. Precisamente por ello, este tipo de sistemas presentan elevados índices de supervivencia como sistemas.

A pesar de que tradicionalmente no se haya estudiado desde la óptica inmunitaria, lo cierto es que su léxico no resulta desconocido para la teoría de la democracia pues tradicionalmente se ha imputado a la democracia procedimental la cualidad de la *tolerancia*¹⁸¹. El sistema democrático baja sus

¹⁸¹ Sobre la tolerancia como cualidad del sistema democrático véase KELSEN, H.: *What is justice? Justice, Law, and politics in the mirror of science*, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2013, p. 23. Asimismo, el Tribunal Constitucional español ha puesto de relieve en repetidas ocasiones que sin «el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura» no hay «sociedad democrática» (SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2º; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8º; 79/2014, de 28 de mayo, FJ 8º; 226/2016, de 22 de diciembre, FJ 5º; 89/2018, de 6 de septiembre, FJ 3º) apreciaciones que toma de la jurisprudencia del TEDH, entre otras muchas, de las SSTEDH de

defensas cognitivas que, de existir, dejarían fuera a determinadas opciones políticas, buscando con ello su mejor adaptación al medio. Así, neutraliza la posibilidad de que los excluidos del sistema traten de hacer valer sus pretensiones fuera de él, lo que pondría en riesgo su propia autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo); y, al hacerlo, su propia caducidad, pues cuando el sistema va levantando barreras cognitivas, supedita su eficacia al hecho de que no exista una mayoría social que se oponga a lo que aquellas tratan de defender. Y entonces no habría adaptación sino, simple y llanamente, ruptura. El sistema, sencillamente, fallecería.

Esta tolerancia que encierra la idea misma de positividad (inmunidad en sentido positivo) hace que la democracia procedimental esté presidida, de forma inevitable, por un cierto relativismo axiológico¹⁸². Esto no significa que no haya unas opciones mejores o más deseables que otras desde el prisma democrático, simplemente significa que el sistema permanece abierto, tolerante, a todas. No es a él a quien corresponde decidirse por una sino tan solo canalizar su expresión, posibilitar que sean comunicadas, discutidas. Desde ahí se explica, precisamente, la existencia del pluralismo político, desde el afán de que no exista la posibilidad de que una ideología determinada pueda pretender validez absoluta¹⁸³.

23 de abril de 1992, *Castells c. España* (§ 42), y de 29 de febrero de 2000, *Fuentes Bobo c. España*, (§ 43).

¹⁸² KELSEN, H.: *De la esencia y valor de la democracia*, trad. R. Luengo y L. Legaz Lacambra, Comares, Granada, 2011, p.134. Igualmente, RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, trad. J. Medina Echavarría, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, pp.17 y ss.

¹⁸³ KELSEN, H.: *Esencia y valor de la democracia*, ob. cit., p.134. En los mismos términos, BÖCKENFORDE, E.W.: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, ob. cit., pp. 96-97. Esta tesis ha sido avalada por la jurisprudencia constitucional española que, ya en sus primeras sentencias, puso de manifiesto que «la existencia de una sola opción es la negación del pluralismo» (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3º). Asimismo, y posteriormente, entre muchísimas otras consideraciones, también ha subrayado que «no puede hablarse con carácter absoluto de la *irreversibilidad* de ninguna previsión legal, ni siquiera del desarrollo legal atribuido a ningún derecho, porque tal tesis implicaría el sacrificio de otros valores constitucionales como el pluralismo político, que permite al legislador, allí donde la Constitución le atribuye el desarrollo de una previsión constitucional, adoptar una u otra opción legislativa atendiendo a diversas prioridades políticas» (SSTC 56/2016, de 17 de marzo, FJ 3º; 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 7º).

La «Constitución abierta»¹⁸⁴, la democrática, es la Constitución tolerante. La que no diseña e impone un orden político predeterminado, sino la que, como ha sostenido el Tribunal Constitucional español, establece un «marco jurídico de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy distinto signo»¹⁸⁵. El orden político que materialmente se imponga, por tanto, será con el que, en un momento determinado, una mayoría social simpática, pero eso no quiere decir que otros no sean *jurídicamente posibles*. En esa constante *potencialidad de cambio* es donde se aprecia justamente la apertura cognitiva (política) de aquella y, por tanto, también su tolerancia¹⁸⁶. Al mantener abierto el abanico de opciones políticas que lícitamente cabe reivindicar dentro del Derecho, sin imponer concretamente una de ellas, el sistema democrático eleva exponencialmente su capacidad de adaptación (inmunidad en sentido positivo) a medios sociales muy

¹⁸⁴ DE OTTO, I.: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., pp.46-48.

¹⁸⁵ Así lo puso de manifiesto en su temprana STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 7º) y lo mantuvo en toda su jurisprudencia posterior. Véanse entre otras, las SSTC 194/1989, de 16 de noviembre (FJ 2º); 197/1996, de 28 de noviembre (FJ 8º); 48/2003, de 12 de marzo (FJ 7º); 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 3º); 49/2008, de 9 de abril (FJ 12º); 103/2008, de 11 de septiembre (FJ 4º); 31/2009, de 29 de enero (FJ 13º); 126/2009, de 21 de mayo (FJ 9º); 62/2011, de 5 de mayo (FJ 6º); 119/2014, de 16 de julio (FJ 4º); 90/2017, de 5 de julio (FJ 6º); 124/2017, de 8 de noviembre (FJ 5º).

¹⁸⁶ Pensar en la Constitución como posibilidad de cambio, de alternativa, nos remite al «pensamiento posibilista» de Häberle como un «pensamiento pluralista alternativo» que tiene en cuenta no cómo las cosas son, sino cómo pueden llegar a ser, abarcando así a otras opciones diferentes a las que hoy se contemplan. De ahí que, para el autor, y en estrecha relación con lo que se explica en el texto, una «teoría constitucional de las alternativas» sea una «teoría constitucional de la tolerancia». Véase HÄBERLE, P.: *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional en la sociedad abierta*, trad. E. Mikunda-Franco, Tecnos, Madrid, 2002, pp.62 y ss. En otro orden de consideraciones, ya en la teoría de los sistemas, esa posibilidad de cambio, de alternativa, es tan nuclear para el sistema democrático que se ha dicho que el código de éste es «gobierno/oposición», de manera que, sin la segunda parte de la ecuación, aquél simple y llanamente se desvanece. O la posibilidad de lo otro es un horizonte posible o la democracia perece. Véase al respecto LUHMANN, N.: *Teoría política en el Estado de Bienestar*, trad. F. Vallespín, Alianza Universidad, Madrid, 1993, pp. 162-163.

diversos y cambiantes, algo que contribuye, sin duda, a perpetuar su existencia como sistema¹⁸⁷. La Constitución democrática es «garantía de posibilidades»¹⁸⁸.

Siendo esto así, todos aquellos intentos por excluir de la posibilidad de acceso al sistema a los supuestos «enemigos» de la democracia –aquéllos que, observando las normas jurídicas, persiguen fines contrarios a los que sirven las normas constitucionales (democráticas) y los valores sobre los que aquéllas se asientan¹⁸⁹– constituyen, desde el punto de vista de la democracia procedimental, patologías en forma de *reacciones de hipersensibilidad* que disminuyen peligrosamente su capacidad de adaptación al medio¹⁹⁰, dado que son mecanismos de cierre cognitivo, de aislamiento. Cuando tal cosa tiene lugar –véase, por ejemplo, cuando tratan de excluirse los partidos políticos independentistas, asociaciones con idearios no democráticos, de proscribirse las expresiones que manifiesten opiniones discriminatorias, las manifestaciones a favor de regímenes totalitarios, etc.– lo que sucede es que la propia democracia procedimental identifica erróneamente en qué consiste su inmunidad, que no tiene que ver con la defensa de un «qué» –ciertas opciones políticas concretas (sustancia) – sino con la defensa de un «cómo» –los procedimientos que permiten expresar todas las existentes (proceso)¹⁹¹–; pues es justamente esto

¹⁸⁷ Véase, en efecto, cómo la propia jurisprudencia constitucional española ha sostenido que «lo que caracteriza a la democracia es la continua toma de decisiones y la apertura a todas aquellas posibilidades que fueron desestimadas en el pasado por cualesquiera razones. Todo ello proporciona *capacidad evolutiva* al constitucionalismo pluralista propio de nuestro Estado social y democrático de Derecho» (SSTC 259/2015, de 2 de diciembre, FJ 5º; 115/2019, de 16 de octubre, FJ 3º).

¹⁸⁸ DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., p.41. En muy similares términos, ZAGREBELSKY, G.: *El Derecho dúctil*, 5ª ed., trad. M. Gascón, Trotta, Madrid, 2003, p.14 se refiere a «compromiso de posibilidades».

¹⁸⁹ DE OTTO, I.: *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, CEC, Madrid, 1985, p.14

¹⁹⁰ No obstante, en términos sociológicos, ha querido verse en estas situaciones en las que el sistema se repliega sobre sí mismo tratando de expulsar lo que materialmente lo contradice, síntomas de una verdadera reacción inmunitaria. En este sentido puramente defensivo utilizan sociológicamente la inmunidad autores como ESPÓSITO, R.: *Immunitas. Protección y negación de la vida*, ob. cit., SLOTERDIJK, P.: *Esferas I: Burbujas. Microsferología*, ob. cit., *Esferas II: Globos. Macrosferología*, ob. cit., *Esferas III: Espumas*, ob. cit.

¹⁹¹ De ahí que, como sostiene BÖCKENFORDE, E.W.: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, ob. cit., p. 80, la democracia desde el punto de vista de los contenidos es «formal y abierta». Así, no caben «verdades» constitucionales a las que se deba adherencia perpetua como

último lo que perpetúa su existencia como sistema. De ahí que la legitimidad, entendida como la disposición generalizada a admitir decisiones de contenido aun indeterminado, sea en esencia procedimental¹⁹².

De la misma manera que no ve ataques sino expectativas sociales, la democracia procedimental tampoco ve enemigos –¿cómo hacer la distinción entre amigos y enemigos donde reina el pluralismo?¹⁹³– sino un medio social increíblemente diverso que debe ser capaz de gestionar para sobrevivir como sistema. Así, la democracia procedimental no se orienta a preservar un *estado*, un «repertorio predefinido»¹⁹⁴ original y completo, hecho de una vez y para todas, uniforme, único e inmutable. Constituye, más bien, un *proceso* dinámico, en constante cambio y evolución, permanentemente inacabado, orientado a crear y mantener en ebullición el diseño de dicho repertorio, es decir, la continua y abierta tarea de autodefinición en que la democracia consiste. Un sistema estable se compone de elementos inestables, porque precisamente debe su estabilidad a su propio funcionamiento recursivo, no a sus elementos¹⁹⁵.

De lo único que se protege la democracia, entonces, es de su posible y perniciosa indiferenciación como sistema, del eventual riesgo de no ser capaz de asumir las expectativas que emerjan en el medio social, sean del signo que sean; en suma, de su propia languidez. La forma de luchar contra ello es, justamente, tratando de dar entrada al mayor número de expectativas sociales

sustancias inalterables del sistema como señala VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: «Verdad y Constitución. Una incipiente dogmática de las ficciones constitucionales», ob. cit., pp.149 y ss.

¹⁹² Así define la legitimidad LUHMANN, N.: *La légitimation par la procédure*, ob. cit., pp.20 y ss. En términos parecidos se expresa SARTORI, G.: *Teoría de la democracia. 1. El debate contemporáneo*, trad. S. Sánchez González, Alianza Universidad, Madrid, 1988, pp. 121-126, quien considera que el consenso característico de la democracia es «procedimental», de manera que los individuos deben ponerse de acuerdo, primordialmente, sobre las reglas del juego que rigen su actuación más que sobre determinadas creencias o valores («consenso básico»).

¹⁹³ En este mismo sentido, ZAGREBELSKY, G.: *El Derecho dúctil*, ob. cit., p.17 pone de relieve que el pluralismo destierra la soberanía de un principio político dominante y absoluto que operaría sobre la base del principio de exclusión de lo diferente, según la lógica del «dentro o fuera».

¹⁹⁴ ESPÓSITO, R.: *Immunitas. Protección y negación de la vida*, ob. cit., p.240.

¹⁹⁵ LUHMANN, N.: *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, ob. cit., p.121.

posible. Y esto no es solo un asunto cuantitativo, sino también –y quizá primordialmente– cualitativo. Canalizar las expectativas, si se permite la expresión, democráticamente deseables es tarea fácil. Las que ponen a prueba la resistencia del sistema, su capacidad de adaptación al medio, son, sin embargo, las que tratan de contradecirlo, pero es justamente en esos casos donde aquél debe demostrar con contundencia su tolerancia. Los casos difíciles, así entendidos, podría decirse que contribuyen a hacer buen Derecho¹⁹⁶. La democracia se torna entonces en «un sistema abierto al desafío del exterior y constituido, en definitiva, por ese desafío»¹⁹⁷. En escenarios puramente homogéneos, la tolerancia resulta superflua, innecesaria, pues solo cobra pleno sentido cuando existe necesidad de adaptación al entorno, lo cual presupone la diversidad. Y dicha heterogeneidad, inherente al pluralismo político, lejos de ser una excepción a la homogeneidad social, es consustancial a la democracia si se considera al individuo como primera y singular minoría¹⁹⁸. De ahí, entre otras cosas, que lo característico de la democracia no sea el consenso, sino el disenso, la discrepancia, la diferencia¹⁹⁹.

¹⁹⁶ El aserto, hoy ya aforismo, de «hard cases make bad law» fue acuñado por el Juez Holmes en su voto disidente en el asunto *Northern Securities Co vs. United States*, 193 US 197, 400 (1904). La expresión se utiliza habitualmente para poner de manifiesto que los casos límite suelen hacer mal derecho por la presión mediática y social a la que se ven expuestos los jueces y por generar soluciones pensadas para un caso singular o excepcional y, por tanto, alejado de la generalidad. No obstante, también existe quien, en la literatura jurídica, ha tratado de defender el aforismo contrario como ARTHUR, C.: «Hard Cases Make Good Law», *Yale Law Journal*, num.33, 1923-1924, pp.78 y ss. En el texto se utiliza esta expresión simplemente para poner de manifiesto cómo los casos difíciles, no entendidos aquí como litigios judiciales muy complejos, excepcionales o mediáticos, sino como supuestos en los que las expectativas que tratan de expresarse chocan frontalmente con el ideario democrático y, por tanto, en los que existe una mayor tentación de excluirlas del sistema, son justamente aquéllos en los que se demuestra con más claridad el grado de tolerancia de éste.

¹⁹⁷ ESPÓSITO, R.: *Immunitas. Protección y negación de la vida*, ob. cit., p.236.

¹⁹⁸ BASTIDA FREIJEDO, F.: «La soberanía borrosa: la democracia», ob. cit., p.432

¹⁹⁹ SARTORI, G.: *Partidos y sistema de partidos*, 2ª ed., trad. F. Santos Fontenla, Alianza Editorial, Madrid, 1999, p.37. Sobre los desacuerdos como un elemento inherente a la propia organización social y al pluralismo que, sin embargo, enriquecen la deliberación democrática, véase la clásica obra de WALDRON, J.: *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999. También GUTMANN, A.; THOMPSON, D.: *Democracy and disagreement*, Harvard University Press, Cambridge, 1996; SUNSTEIN, C.: *Why Societies Need Dissent*, Harvard University Press, Massachusetts, 2005.

Lejos de buscar una suerte de «estado de ataraxia», social y política, la democracia procedimental persigue la constante perturbación pues se desarrolla en plenitud gracias a ella. El recurso a la «lógica del conflicto» y el destierro de la «lógica del orden» hace que las coincidencias entre la teoría inmunitaria y la democrática devengan de nuevo insoslayables. La democracia procedimental no se inmuniza contra los otros, contra lo diferente, contra lo *no democrático*, sino gracias a ellos²⁰⁰. Cuanta más heterogeneidad consiga soportar más inmune será como sistema, pues ello significará que puede dar cabida dentro de su seno a opciones muy variadas, manteniendo con ello su eficacia. En este sentido, la democracia es el sistema que más alienta la producción de diversidad, de heterogeneidad, al estar presidida por el pluralismo y, al mismo tiempo, es el sistema que mejor gestiona tales variables, porque tiende a darles cabida, aliviando la tensión que su existencia extrasistémica provoca en el ordenamiento jurídico. Y, a la inversa, en la medida en que canaliza aquéllas, más alienta a su vez su propia manifestación. La democracia genera mucha complejidad social y, al mismo tiempo, es capaz de gestionar altas cotas de la misma.

A través de esa alta capacidad de adaptación al medio social, cada vez más complejo, la democracia procedimental salvaguarda la autorreferencialidad del ordenamiento (inmunidad en sentido negativo), dado que desactiva o, al menos, reduce considerablemente el riesgo de que emerjan fuerzas obligadas a existir y manifestarse al margen de lo jurídico, convirtiéndose, ahora sí, en verdaderos «enemigos» de aquél por infractores. Si la democracia procedimental combate de alguna forma lo no democrático es, esencialmente, dejándolo acceder al ordenamiento, pues ello deslegitima su manifestación *extra ordinem*, que es lo que pondría en jaque a aquél. Renunciando a tener artificiosos «enemigos

²⁰⁰ KELSEN, H.: *What is justice? Justice, Law, and politics in the mirror of science*, ob. cit., p.23. En términos sistémicos, como se puso de manifiesto en páginas precedentes, se diría que el sistema no se protege frente a la contradicción o al conflicto sino gracias a éste. Véanse a estos efectos las reflexiones realizadas en el Capítulo anterior y las expuestas por LUHMANN, N.: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, ob. cit., pp.335-336.

materiales» (los disidentes), aquélla trata de evitar la innecesaria y peligrosa proliferación de «enemigos formales» que son, en definitiva, los únicos que pueden existir para ésta: los infractores.

A pesar de que buena parte de la fortaleza de la democracia procedimental como sistema proviene de su positividad (inmunidad en sentido positivo), en no pocas ocasiones se ha considerado dicha cualidad y sus consecuencias como una flaqueza. Se acusa a aquélla de padecer ciertos síntomas de *inmunodeficiencia*, es decir, de tener bajas –o directamente carecer– de defensas materiales que le permitan velar –digamos– por su identidad democrática. Estas vulnerabilidades se han venido encerrando, tradicionalmente, bajo las expresiones que describen a la democracia procedimental o a la Constitución abierta como indiferentes, indecisas o inermes²⁰¹. Sin embargo, la democracia procedimental no es indiferente, sino «neutra»²⁰². En primer lugar, porque la misma decisión de ser ese marco de posibilidades donde puedan existir y desarrollarse opciones políticas de distinto signo, es en sí misma una rotunda toma de posición a favor de la mayor apertura cognitiva posible del sistema. No hay indiferencia, porque hay una opción: el pluralismo²⁰³. En segundo lugar, porque la expresión de éste debe hacerse

²⁰¹ KIRCHEIMMER, O.: «Weimar – And What then?», en BURIN, F.; SHELL, K.: *Politics, Law and Social Change. Selected Essays of Otto Kirchheimer*, Columbia University Press, New York and London, 1969, pp.71 y ss., emplea la expresión «Constitución sin decisión» para referirse a aquélla que no impone un orden sustantivo político determinado. Entre nosotros, por ejemplo, TORRES DEL MORAL, A.: «Democracia militante», en PÉREZ ROYO, J, URÍAS MARTÍNEZ, J. P.; CARRASCO DURÁN, M. (Coords.): *Derecho Constitucional para el S.XXI*, Tomo I, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p.219 habla por su parte de «democracia inerme» para referirse a la estrictamente procedimental. En la misma línea, ISSACHAROFF, S: «Fragile democracies», *Harvard Law Review*, vol.120, num.6, 2007, pp.1405 y ss., habla de «democracias frágiles» para hacer alusión a aquéllas que admiten la existencia de fuerzas políticas en su interior, fundamentalmente en el campo electoral, orientadas a combatirla.

²⁰² Haciendo esta distinción entre indiferencia y neutralidad, y posicionándose a favor de la segunda, BASTIDA FREIJEDO, F.: «De las defensas y aperturas de la Constitución», en LÓPEZ GUERRA, L.M., ESPÍN TEMPLADO, E. (Coords.): *La defensa del Estado. Actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.25.

²⁰³ En este sentido, resultan ilustradoras las reflexiones de SARTORI, G.: *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, trad. M. Ángel Ruiz de Azúa, Taurus, Madrid, 2001, p.41 cuando sostiene que la tolerancia no es en puridad relativismo, sino que es tolerancia precisamente porque quien tolera acepta que tiene puntos de vista propios pero está

observando el procedimiento establecido, lo cual se aleja de postulados que cuestionan la irrelevancia del «cómo». La democracia no es indiferente si se cuida de sus «infractores»²⁰⁴. Y, en tercer lugar, porque la democracia, para ser procedimental, debe apoyarse, en última instancia, sobre un terreno sustantivo. Implica que deban existir las condiciones últimas que hagan posible que todas las opciones se manifiesten en libertad, igualdad, y puedan seguir haciéndolo en el futuro: los derechos fundamentales.

1.3. Los derechos fundamentales.

1.3.1. *Su función en el seno de la democracia procedimental.*

Para que la democracia pueda ser ese sistema jurídico autorreferencial (autogobierno, individual y colectivo) y positivo (tolerante, que acoge las expectativas sociales que surjan si se expresan a través del procedimiento establecido) es necesaria la existencia de unas condiciones jurídicas mínimas que hagan posible tales aspiraciones. Es necesaria la existencia de unos presupuestos jurídicos básicos que permitan y aseguren, por un lado, que el individuo pueda gozar de esa autorreferencialidad a nivel individual –libertad de pensamiento, de expresión, educación, etc.– y, por otro, a nivel colectivo, expresando, en condiciones de igualdad y libertad respecto a los demás, su voluntad política que, sumada a la de los otros, conformará la voluntad general (participación en

abierto a que los ajenos y contradictorios puedan expresarse. Desligando también tolerancia de indiferencia, PINELLI, C.: «Gli appelli alla natura e le prospettive del diritto costituzionale», *Diritto Pubblico*, vol.14, num.3, 2008, p.711.

²⁰⁴ Así lo ha expuesto con palmaria claridad el Tribunal Constitucional al declarar que «el planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, pero siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales y que el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a los procedimientos es siempre, y en todo caso, inexcusable» (SSTC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 4º; 90/2017, de 5 de julio, FJ 6º; 114/2017, de 17 de octubre, FJ 5º; 52/2017, de 10 de mayo, FJ 5º; 136/2018, de 30 de diciembre, FJ 6º; 115/2019, de 16 de octubre, FJ 3º, entre otras).

los asuntos públicos). De no ser así, las antedichas cualidades de la democracia serían tan solo aparentes, deviniendo en una ficción.

Para ello, el sistema democrático establece, al más alto nivel normativo, esas expectativas jurídicas básicas de libertad e igualdad de los individuos que son los derechos fundamentales. Éstos no se sitúan por encima del ordenamiento, reputándose anteriores y superiores a él conforme a una concepción iusnaturalista que considera a los derechos fundamentales como derechos humanos inherentes a la persona, de forma que el Derecho solo reconoce una realidad preexistente y superior pero no la crea. De ser así, aquéllos serían atribuciones prejurídicas y metapositivas cuya existencia se debería a otros órdenes distintos del normativo, deviniendo entonces en peligrosos derechos retenidos que, en cuanto tales, serían necesariamente heterorreferenciales. Sería un contrasentido que el sistema democrático tratase de preservar sus cualidades inmunitarias –autorreferencialidad y positividad– disolviéndolas, es decir, externalizando las condiciones jurídicas últimas de su existencia, subordinándose así a un orden distinto del jurídico, pues ello le conduciría indefectiblemente hacia la heterorreferencialidad²⁰⁵.

Lo que hace el ordenamiento, por el contrario, es traducir esas expectativas de igualdad y libertad individuales en normas jurídicas atributivas de derechos individuales al máximo nivel normativo. Aquéllas, entonces, ya no son retenciones naturales de un poder preexistente (heterorreferenciales), resultantes de una previa exclusión de la capacidad normativa del Estado para decidir sobre su existencia, sino atribuciones estrictamente jurídicas que portan la misma fuerza jurídica que la Constitución como Norma Suprema porta. Su *fundamentalidad* se debe precisamente a eso. No en vano han sido considerados

²⁰⁵ Una crítica desde la teoría de los sistemas a la fundamentación iusnaturalista de los derechos fundamentales, dado que no contribuyen, en esa comprensión, a la diferenciación de la sociedad, es la que realiza LUHMANN, N.: *Los derechos fundamentales como institución*, trad. J. Torres Nafarrete, Universidad Iberoamericana, México, 2010, pp.119 y ss.

«reflejos»²⁰⁶ o «fragmentos de soberanía» positivizados, o sea, fragmentos de soberanía del propio ordenamiento²⁰⁷.

Al incrustar el constituyente en la Carta Magna esas pretensiones, éstas gozan de las dos cualidades jurídicas que aquélla encarna como Norma Fundamental: la supremacía, reflejada en la *indisponibilidad* de los derechos fundamentales para los poderes públicos; y la eficacia directa, reflejada en la *disponibilidad directa* de aquéllos para sus titulares²⁰⁸. En este sentido de indisponibilidad para los poderes públicos, por cierto, y no en la concepción propia del iusnaturalismo racionalista, habría que interpretar la expresión del art.10.2 CE que hace referencia a «los derechos inviolables que le son inherentes [a la persona]». Los derechos fundamentales son, coherentemente, inviolables en tanto que jurídicamente indisponibles para los poderes públicos, al menos en su contenido esencial (art.53.1CE). Desde esta perspectiva cobra pleno sentido la caracterización de aquéllos como esa «esfera de lo indecible»²⁰⁹ para el Estado, como ese ámbito normativo del que ni el legislativo ni la Administración pueden disponer²¹⁰ para negarlo. Si la Constitución democrática debe a éstos, en último término, su existencia y funcionamiento, es lógico que trate de blindarlos frente a aquéllos. Los derechos fundamentales

²⁰⁶ GERBER, K. F.: «Lineamenti di diritto pubblico», *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milán, 1971, pp.130-133.

²⁰⁷ BASTIDA FREIJEDO, F.: «La soberanía borrosa: la democracia», ob. cit., pp.423 y ss. A estos efectos resulta también esclarecedora la reflexión de FERRAJOLI, L.: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, ob. cit., pp.36-37, que explica que la atribución de la soberanía a la colectividad en democracia, además de servir como una «garantía negativa» —a la que nos referimos en páginas anteriores— que evita que emerjan soberanos, constituye también una «garantía positiva» pues obliga a hacer a los individuos titulares de derechos fundamentales. La soberanía popular no sería sino la suma de esos derechos fundamentales diseminados en cada sujeto.

²⁰⁸ BASTIDA FREIJEDO, F. et al.: *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2005, p.32.

²⁰⁹ FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ob. cit., p.51.

²¹⁰ Estas consideraciones no deben llevar al equívoco de pensar, no obstante, que a los poderes públicos solo se les exige la obligación negativa de no vulneración de los derechos fundamentales. La dimensión objetiva les obliga a optimizar el contenido del derecho fundamental, llevando a cabo actuaciones concretas que permitan el máximo desarrollo jurídico y práctico de aquél. Por tanto, desde la perspectiva del poder público, los derechos fundamentales albergan también esa bivalencia de clausura (no lesión) y apertura (optimización).

son, en este sentido, y en cuanto tales, genuinamente inmunes. De ahí que sean, en esencia, «las leyes del más débil»²¹¹ o, lo que es lo mismo, derechos puramente contramayoritarios. Mientras que la mayoría tiene la ley para protegerse, la minoría tiene la Constitución, los derechos fundamentales.

Así las cosas, en virtud de los derechos fundamentales puede existir y desarrollarse ese eterno proceso comunicativo en que la democracia procedimental consiste, abierto y en constante cambio y ebullición. Por ello, constituyen su mecanismo último de diferenciación²¹², pues son los que le permiten a ésta desarrollar en la mayor medida posible sus cualidades inmunitarias –la autorreferencialidad (autogobierno, individual y colectivo) y positividad (posibilidad de modificación de sus contenidos). De ahí que pueda considerarse que los derechos fundamentales, en una democracia procedimental, estén *formalmente funcionalizados*²¹³, en el bien entendido

²¹¹ FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ob. cit., p.54.

²¹² Estas consideraciones son en buena medida tributarias de la lectura de LUHMANN, N.: *Los derechos fundamentales como institución*, ob. cit., quien considera que los derechos fundamentales son una institución que preserva la diferenciación de la sociedad; si bien han tratado de adaptarse al discurso jurídico-democrático que aquí se mantiene.

²¹³ Aclárese que no se está tratando de sostener que los derechos fundamentales, en el marco de la democracia procedimental, respondan a una dogmática «democrático-funcional», en los términos que lo expone BOCKENFÖRDE, E. W.: *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. J. L. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1992, pp. 60-63. Desde esta perspectiva, aquéllos son garantías que protegen y facilitan los procesos de producción democrática, constituyéndose siempre como «libertades para» que acaban haciendo de los mismos una suerte de servicio público, de deber. La concepción de *formalmente funcionalizados* se identifica, por el contrario, con aquella que se propone en BASTIDA FREIJEDO, F. et al.: *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, ob. cit., p.34 donde se explica cómo la fundamentalidad de los derechos tiene, desde la perspectiva del propio ordenamiento jurídico, una «explicación funcional». Se articulan determinados derechos como fundamentales porque las pretensiones y expectativas que forman parte de su objeto se reputan necesarias para el funcionamiento del sistema que se trata de establecer. En términos muy similares lo expresa HESSE, K.: *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. P. Cruz Villalón y M. Azpitarte Sánchez, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, CEPC, Madrid, 2011, p. 147 cuando sostiene que una de las funciones más relevantes de los derechos fundamentales es «garantizar la libertad y la apertura del proceso político» algo que expone en los mismos términos el propio BÖCKENFÖRDE, E.W.: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, ob. cit., p.81. Por tanto, en el texto se analiza la función que los derechos fundamentales desempeñan para un sistema democrático desde el punto de vista del propio sistema –servir al desarrollo del proceso– y no del individuo. Si se adopta la perspectiva del sujeto, la respuesta será que desempeñan una «función protectora» para con éste, como pone de manifiesto DÍEZ-PICAZO, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, 4ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2013, p.37.

sentido de que coadyuvan a la existencia y mantenimiento de aquélla como proceso abierto en el tiempo y plural.

Esta conceptualización de los derechos fundamentales, como resulta evidente, tiene como punto de partida la perspectiva del propio ordenamiento jurídico. Precisamente por ello, puede parecer que se contraponen a aquella visión tradicional que ha venido concibiendo los derechos fundamentales como defensas jurídicas del individuo –frente al Estado y a su uso irresistible de la fuerza física y de terceros²¹⁴– más que del ordenamiento jurídico en sí mismo (frente al exterior). Sin embargo, la disyuntiva es únicamente aparente porque los puntos de vista no son excluyentes sino complementarios. A través del reconocimiento y tutela de derechos fundamentales, es decir, juridificando al máximo nivel normativo esas expectativas de igualdad y libertad de los sujetos en que aquéllos consisten, el sistema jurídico se defiende también a sí mismo como sistema porque implementa y potencia sus cualidades inmunitarias –

²¹⁴ Es preciso, en este punto, poner de manifiesto que el léxico inmunitario ha entrado tradicionalmente en el ámbito jurídico iusfundamental de la mano del contenido de los derechos fundamentales. No en vano se ha visto en los clásicos derechos de libertad, reaccionales o de defensa, inmunidades clásicas del individuo frente a los poderes públicos, en tanto aquéllos son derechos que exigen la no injerencia o abstención estatal (por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio). Por ejemplo, Ferrajoli denomina «derechos inmunidad» o «inmunidades» a aquéllos que constituyen expectativas de abstención o de no injerencia por parte de los poderes públicos o de terceros (por ejemplo, el derecho a la vida o a la integridad física). Véase al respecto FERRAJOLI, L.: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, Vol.1, trad. P. Andrés Ibañez, Trotta, Madrid, 2011, pp. 608 y ss. No obstante, el vínculo entre derechos fundamentales e inmunidad deviene más claro desde la perspectiva del objeto de aquéllos, es decir, de lo que aquéllos garantizan. Es un lugar común entender que aquéllos garantizan o protegen un espacio exento de poder público, es decir, un «reducto» o «ámbito de plena inmunidad» frente a la coacción del Estado o de terceros, a través del reconocimiento a sus titulares de un permiso para hacer algo o del establecimiento de una prohibición de poder público, con el propósito de asegurar a aquéllos una determinada expectativa de conducta. Sobre la concepción de derechos fundamentales como ámbitos de plena inmunidad frente a la coacción del Estado, en relación a la libertad religiosa, véanse, entre otras, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo (FJ 1º), 166/1996, de 28 de octubre (FJ 2º); 177/1996, de 11 de noviembre (FJ 9º); 46/2001, de 15 de febrero (FF.JJ 4º y 7º); 128/2001, de 4 de junio (FJ 2º); 154/2002, de 18 de julio (FJ 6º); 101/2004, de 2 de junio (FJ 3º); 34/2011, de 28 de marzo (FJ 3º). En relación a la libertad de prensa, véanse al respecto, entre otras, las SSTC 171/1990, de 12 de noviembre (FJ 9º); 20/1992, de 14 de febrero (FJ 3º); 115/2000, de 5 de mayo (FJ 9º); 148/2001, de 27 de junio (FJ 6º); 83/2002, de 22 de abril (FJ 5º); 176/2013, de 21 de octubre (FJ 7º); 190/2013, de 18 de noviembre (FJ 6º). Al hilo de la libertad de expresión, véanse, entre otras, las SSTC 177/2015, de 22 de julio (FJ 3º), 56/1995, de 6 de marzo (FJ 5º)]. También respecto al derecho a la intimidad SSTC 120/1990, de 27 de junio (FJ 12º), 137/1990, de 19 de julio (FJ 10º).

autorreferencialidad y positividad— a través de las cuales se expresa la soberanía de la propia normatividad. Protegiendo jurídicamente al individuo en cuanto tal, el sistema democrático también se protege a sí mismo como sistema. Esta es quizá la máxima expresión de la autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo) propia de la democracia y, por consiguiente, el significado tal vez más prístino de la soberanía popular. Todas las variables apuntan en una misma dirección y por eso la democracia se acomoda tan bien a las exigencias del ordenamiento como sistema soberano.

Si esto es así, parece forzoso admitir que los derechos fundamentales no están materialmente funcionalizados, pues no sirven a la defensa o protección de determinadas opciones políticas²¹⁵, sino a la mera expresión del pluralismo en todas sus vertientes. Sirven al desarrollo del proceso comunicativo, libre,

²¹⁵ Esto es algo, por cierto, repetidamente subrayado por la jurisprudencia constitucional española, que ha puesto de manifiesto que los derechos fundamentales no pueden limitarse, sin más, «en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional» (SSTC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4º; 12/2008, de 29 de enero, FJ 6º). El único derecho fundamental que sí podría entenderse materialmente funcionalizado en el ordenamiento jurídico español sería el derecho a la educación, por cuanto está orientado «al respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y deberes fundamentales» (art.27 CE). A este respecto, el Tribunal Constitucional ha declarado que del art.27.2 CE se deriva una limitación muy importante: «que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia...) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva» (SSTC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7º; 31/2018, de 10 de abril, FF. JJ 3º y 4º; 74/2018, de 5 de julio, FJ 4º, entre otros.). Al margen de los derechos fundamentales *stricto sensu* (Sección 1º, Cap. II, Título I de la CE), el derecho a la propiedad privada y a la herencia también estaría funcionalizado, al estar su contenido limitado por la función social que los mismos ostentan y al residir en la utilidad pública o el interés social — *causa expropriandi*— la justificación última para la privación de bienes, que debe hacerse de conformidad con la ley y reportar la correspondiente indemnización (art.33 CE). Esta funcionalidad se aprecia con claridad en la jurisprudencia constitucional, que ha declarado que la referencia a la función social «pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío (...) sino también como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir» (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2º; 89/1994, de 17 de marzo, FJ 4º; 152/2003, de 17 de julio, FJ 5º; 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5º; 112/2006, de 5 de abril, FJ 10º; 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 2º; 154/2015, de 9 de julio, FJ 4º; 16/2018, de 22 de febrero, FJ 8º, entre otras). Asimismo, la transformación del concepto de derecho de propiedad privada que ha supuesto la irrupción del Estado Social alcanza al instituto de la expropiación forzosa que, de límite negativo de aquél, se convierte en «un instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social» (SSTC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13º; 48/2005, de 3 de marzo, FJ 4º, entre otras).

plural y diverso (forma) pero no necesariamente a la substancia del mismo (fondo). Por ejemplo, nada impide que los partidos políticos, en el seno de una democracia procedimental, tengan un ideario o unos fines contrarios a la democracia. El ordenamiento permite la reivindicación pacífica de tales ideas porque al hacerlo desalienta y deslegitima el recurso a vías ilegales, lo que pondría en mayor medida en riesgo su autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo). Lo único que se proscribe es que aquéllos se persigan a través de actividades/conductas que sean ilícitas, es decir, a través de la pura infracción del ordenamiento jurídico²¹⁶. De la misma manera, nada cabe oponer, jurídicamente hablando, a la existencia de asociaciones discriminatorias, sexistas o, en fin, que reivindiquen valores escasamente coincidentes con los democráticos. Lo que no cabría, por el contrario, es que el Estado promoviese estas opciones, es decir, que se implicase activamente en su fomento, a través de la concesión de ayudas, subvenciones, etc., lo que solo cabría hacer cuando aquéllas fueran identificables con los principios y valores democráticos (art.9.2 CE)²¹⁷.

²¹⁶ Véanse al respecto, entre otras, las SSTC 48/2003, de 12 de marzo; 5/2004, de 16 de enero; 12/2008, de 29 de enero; 31/2009, de 29 de enero. Sobre el particular, véase más extensamente la clásica obra de DE OTTO, I.: *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, ob. cit., pp. 47 y ss. También los trabajos de, entre otros, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L.: «Lealtad constitucional y partidos políticos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 10-11, 2002, pp. 445 y ss.; PÉREZ-MONEO AGAPITO, M.: *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, Lex Nova, Valladolid, 2007; VÍRGALA FORURIA, E.: «La exclusión política como instrumento de la lucha antiterrorista en España», en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (Coord.): *Mecanismos de exclusión en la democracia de partidos*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp.31 y ss. Téngase también en cuenta, a los efectos que aquí interesan, el caso del juramento o promesa de acatar la Constitución para acceder a cargos públicos pues, aunque no sea ejercicio de un derecho fundamental, sino sencillamente un deber, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de poner de manifiesto que no implica una adhesión material o sustantiva al ordenamiento constitucional, sino que constituye un mero requisito formal para acceder a la función pública (SSTC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3º; 122/1983, de 16 de diciembre, FJ 5º; 119/1990, de 21 de junio, FJ 4º; 74/1991, de 8 de abril, FJ 2º, entre otras).

²¹⁷ Un ejemplo de ello podrían ser las asociaciones declaradas de utilidad pública, orientadas a promover el interés general de acuerdo con el art.32 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. En tanto tales, tienen derecho a disfrutar de una serie de exenciones y beneficios fiscales, asistencia jurídica gratuita, etc., de acuerdo con el art.33 de la antedicha ley. Esto explica, por ejemplo, que «Hazte Oír», asociación que ha realizado diversas campañas sexistas y discriminatorias, conocidas por el empleo de autobuses para difundir los correspondientes mensajes, le fuera revocada su declaración de utilidad pública (Resolución de 15

Los derechos fundamentales sirven, también entonces, para hacer valer pretensiones no democráticas pues abren, en suma, «la expresión de la diferencia»²¹⁸. Es más, permiten especialmente eso. Si coadyuvan a diferenciar al sistema democrático, donde verdaderamente despliegan su eficacia es en el amparo de aquellas manifestaciones que, por su potencial disidencia, son más proclives a realizarse al margen de aquél. El riesgo potencial para la autorreferencialidad del sistema (inmunidad en sentido negativo) proviene primordialmente del disidente en términos democráticos, no del adepto. Los derechos fundamentales son, ante todo, *garantías del enemigo*, entendido aquí como detractor. De ahí que constituyan una herramienta sumamente eficaz para conservar dicha autorreferencialidad sistémica pues operan como una fuerza centrípeta que reconduce al seno del ordenamiento la expresión de la heterogeneidad sociopolítica, brindando oportunidades para actuar dentro de éste y no razones para obviarlo.

Desde la óptica de la democracia procedimental, por tanto, no parece posible hablar de «abuso»²¹⁹ de los derechos fundamentales. Tal concepto presupone que el ejercicio de derechos fundamentales está anudado a un fin constitucionalmente lícito y deseable –el fortalecimiento del orden democrático-liberal, al estilo del art.18 GG²²⁰– de forma que caen en el abuso

de marzo de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica la revocación de la declaración de utilidad pública de diversas asociaciones), que le fue otorgada en 2013 (Orden INT/904/2013, de 7 de mayo, por la que se publica la declaración de utilidad pública de una asociación). Así, aquélla puede seguir lógicamente existiendo como asociación, pero no goza del fomento de su actividad por parte del Estado. Esta actividad promocional característica del Estado Social orientada, mediante incentivos, a la realización de ciertas conductas, se pone de relieve en BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del Derecho*, Editorial Debate, 1990, pp. 371 y ss.

²¹⁸ AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: «Constitución del pluralismo y método jurídico», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 21, 2008, p. 452.

²¹⁹ Un estudio sobre el concepto de abuso del derecho (no circunscrito a los derechos fundamentales) y su función, puede encontrarse en RESCIGNO, P.: *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 1998.

²²⁰ Asimismo, el art.17 CEDH contiene una previsión expresa acerca de la prohibición de abuso del derecho, que encuentra su homólogo en el art.54 CDFUE, estableciendo que ninguno de sus artículos puede ser interpretado «en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de

todos los que, en su ejercicio, se desvíen de la finalidad adherida a los mismos²²¹. Sin embargo, si los derechos fundamentales se ejercen con fines no democráticos, no están siendo «abusados» sino, como se ha visto, simplemente ejercidos. Por otro lado, si el combate de las instituciones de democracia y libertad pasa por un ejercicio de los derechos fundamentales que desconoce sus límites positivos, es decir, que cae en el ilícito, entonces no estamos ante el ejercicio de aquéllos sino, simple y llanamente, ante la infracción del ordenamiento jurídico, que es el único abuso posible²²². Donde hay abuso del derecho no hay propiamente derecho y donde hay ejercicio de los derechos no

estos derechos o libertades que las previstas en el mismo», previsión que parece proscribir la posibilidad de utilizar los derechos fundamentales con fines no democráticos, instaurando un modelo de democracia militante, si bien la jurisprudencia del TEDH sobre el asunto no es demasiado profusa y sí vacilante. Sobre esta cuestión, que excede ahora nuestro objeto de estudio, pueden consultarse más ampliamente los trabajos de GARCÍA ROCA, J.: «Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia», en GARCÍA ROCA, J.; SANTOLAYA, P. (Coords.): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2005, pp. 727 y ss.; y más recientemente la monografía al respecto de MORREE, P.: *Rights and wrongs under ECHR: the prohibition of abuse of rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights*, Intersentia Ltd., Cambridge, 2016.

²²¹ Dentro de esta lógica podría encuadrarse, aunque referido estrictamente al procedimiento de reforma constitucional, el término de «constitucionalismo abusivo», acuñado por LANDAU, D.: «Abusive constitutionalism», *University of California Davis Law Review*, vol.47, 2013, pp.189 y ss., utilizado por el autor para designar al uso de los mecanismos de reforma constitucional para hacer que un sistema sea menos democrático, lo que en definitiva supone anudar una finalidad materialmente constitucional al ejercicio del derecho de participación en los asuntos públicos.

²²² En este sentido, ROVIRA VIÑAS, A.: *El abuso de los derechos fundamentales*, Ediciones Península, Barcelona, 1983, pp. 180-190, sostiene que la teoría del abuso de los derechos fundamentales y la teoría de los límites al ejercicio de éstos coinciden. El límite es lo que determina que el ejercicio de un determinado derecho fundamental sea abusivo. Crítico asimismo con la conceptualización del abuso del derecho, aunque para el caso particular del derecho de huelga MATÍA PRIM, J.: *El abuso del derecho de huelga*, CES, Madrid, 1996, pp. 129 y ss. En sentido contrario, considerando que sí cabe hablar de abuso de los derechos fundamentales en aquellos casos en los que la regla que constituye el derecho fundamental ampare conductas que no debieran estarlo a la luz de los principios de los que dicha regla es manifestación directa, ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J.: *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 62-66. Sin embargo, si el principio también es norma jurídica, aquellas conductas que se salgan de lo que el mismo permite caerían de nuevo en la pura y simple extralimitación, no en el abuso. Sirvan a las reflexiones realizadas en el texto las consideraciones formuladas por DE OTTO, I.: «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en RETORTILLO-BAQUER, M.; DE OTTO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp.111-115, sobre la imposibilidad de elevar al rango de límite de un derecho fundamental la protección de bienes cuya protección jurídica es infraconstitucional, como podría ser el caso paradigmático de la buena fe (art.7.1 CC) o, por qué no (aunque el autor no lo mencione expresamente) del abuso del derecho (art.7.2 CC), que obligasen a ejercer los derechos fundamentales teniendo en cuenta los fines deseables para la comunidad.

puede haber abuso. No hay un «ejercicio lícito» (uso) frente a otro «ilícito» (abuso), sino ejercicio o infracción²²³. *Tertium non datur*.

Asimismo, si aceptamos que los derechos fundamentales no pueden ser «abusados» sino ejercidos y que todo lo que no caiga dentro de ese ejercicio constituye una vulneración del ordenamiento jurídico, no existen en puridad conflictos de derechos fundamentales, sino conflictos de éstos con sus propios límites²²⁴. Cuando dos derechos se encuentran aparentemente enfrentados, lo que sucede en realidad es que se han ejercido en nombre de uno conductas no protegidas por éste. De ahí que lo que deba hacerse sea *delimitar* de forma adecuada el derecho fundamental y no *ponderar* los que están en juego para solucionar la situación²²⁵. La ponderación trata de resolver el aparente conflicto

²²³ En efecto, aunque quizá confuso *a priori* por la terminología empleada, resulta sintomático que cuando la jurisprudencia constitucional habla de «abusos» en el ámbito estricto de los derechos fundamentales, se refiera a supuestos de extralimitación en el ejercicio de éstos. Por ejemplo, el Alto Tribunal no ha estimado que exista abuso del derecho fundamental de reunión porque se lleven a cabo concentraciones de forma reiterada, pues el límite para prohibirlas es que socaven el orden público con peligro para persona y para bienes (art.21.2 CE) –SSTC 284/2005, de 7 de noviembre; 31/2006, de 30 de octubre; 24/2015, de 16 de febrero–. Salvo que se admitiera que se abusa de un derecho fundamental cuando se ejerce con asiduidad –algo que no encuentra cobertura constitucional alguna– de las consideraciones del Tribunal cabe colegir que cae en el abuso de aquél quien infringe la previsión constitucional al respecto, es decir, el límite establecido. En la misma línea, y respecto al derecho al honor, el Tribunal utiliza la expresión abuso del derecho para referirse a aquellos supuestos en los que el ejercicio del derecho a la información se extralimita (SSTC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 2º; 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 3º; 178/1993, de 31 de mayo, FJ 2º; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 8º; 208/2013, de 16 de diciembre, FJ 5º). Asimismo, y en relación con el derecho de huelga, el Tribunal emplea el término abuso del derecho para aludir a aquellas manifestaciones de éste que no pueden quedar encuadradas en su ámbito de protección, como las llamadas huelgas rotatorias (SSTC 11/1981, de 8 de abril; 72/1982, de 2 de diciembre). El abuso y la extralimitación parecen así coincidir hasta identificarse plenamente.

²²⁴ BASTIDA FREIJEDO, F. et al.: *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, ob. cit., pp.141 y ss.

²²⁵ Sobre la cuestión de la ponderación, véase la obra de referencia de ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., pp.90 y ss. En sentido crítico con la misma, además de la obra citada en la nota anterior, pueden verse también los trabajos de DE OTTO, I.: «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», ob. cit., p. 120-124 y 137 y ss.; PRESNO LINERA, M.A.: «Una crítica al uso de la teoría de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales», en VV.AA.: *Liber amicorum: homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2016, pp.575 y ss.; GARCÍA AMADO, J. A.; ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: *Un debate sobre la ponderación*, Palestra Ediciones, Peru, 2016. El criterio de la ponderación ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional, entre muchas otras, en las SSTC 133/1986, de 29 de octubre; 320/1994, de 28 de noviembre; 154/1999, de 14 de septiembre; 76/2002, de 8 de abril; 41/2011, de 11 de abril; 9/2014, de 10 de febrero; o las más recientes SSTC

con herramientas ajenas al sistema: el encargado de hacerlo determinará qué valores o intereses que supuestamente encarna cada derecho deben prevalecer en el caso en cuestión, sacrificando los contrarios. Esta técnica se convierte así en una patología en la medida en que abre la puerta a injerencias externas (herorreferenciales) –esas apreciaciones sobre los valores en liza que no provienen de la Constitución sino de otro orden material– en vez de resolver la situación de manera autorreferencial, esto es, a través de las pautas que ofrece el ordenamiento jurídico: sus límites positivos.

La naturaleza patológica de esta herramienta se aprecia aun con mayor claridad cuando se advierte que, para resolver la cuestión, el sistema acepta suspender la vigencia del derecho fundamental que no se considere prevalente en ese caso, pues no resulta sencillo explicar cómo una norma válida, que además goza de la posición de supremacía normativa, no se aplica. No se trata, entonces, de determinar qué derecho fundamental prevalece, sino de determinar qué ampara cada uno de ellos, permitiendo que los dos conserven su vigencia en su campo de actuación. De lo que debe desprenderse el ordenamiento no es de un derecho fundamental, sino de aquello que no sea una expectativa de conducta amparada por éste (delimitación), pues ésta es la que no forma parte de la cadena de validez del propio sistema (autorreferencialidad) sino algo ajena a la misma y que, por tanto, debe ser eliminado. No hay conflictos que resolver, sino derechos fundamentales que declarar, o no, vulnerados en base a las prescripciones de la Constitución.

Tras estas reflexiones, quizá se comprenda mejor por qué anteriormente se sostenía que la democracia procedimental no tenía por fin defender una opción política predeterminada, porque tiene por fin velar por los derechos fundamentales que, de alguna forma, comprenden todas aquéllas: son garantías

58/2018, de 4 de junio; 127/2018, de 26 de noviembre. Sin embargo, ha utilizado también la técnica de la delimitación en otras. Véanse, entre otros ejemplos, las SSTC 49/2001, de 26 de febrero; 204/2001, de 15 de octubre; 171/2013, de 7 de octubre; 133/2018, de 13 de diciembre.

de lo posible²²⁶. Por eso son condición indispensable de la Constitución abierta. El hecho de que esto sea así implica que la dicotomía «propio/ajeno» no funciona en la democracia procedimental, puesto que si hay algo propio de la democracia, y lo hay, es justamente la apertura a lo ajeno. En consecuencia, esa idea de la democracia procedimental como democracia inerme, sin ADN debe entenderse coherentemente como democracia *sin ADN político* no como democracia *sin ADN jurídico*, es decir, como la existencia de un sistema inidentificable, casi inerte. Aquél reside, justamente, en reconocer y amparar los derechos fundamentales, en ser, nada menos, que garantía de libertad. Es, por tanto, suficientemente vigoroso como para ser tildado de nimio.

1.3.2. *La intangibilidad jurídica de los derechos fundamentales*²²⁷.

La defensa de un determinado sistema es una función que tiene, necesariamente, efectos futuros. La inmunidad, en efecto, sirve al propósito de que el organismo pueda vivir en el sentido de que *pueda seguir viviendo*. Por tanto, proteger al ordenamiento democrático supone luchar porque éste exista y siga existiendo como tal, es decir, porque se perpetúe en el tiempo. De ahí que a lo que aspire la democracia procedimental no sea solo a que hoy pueda ser ese abierto proceso de autodefinición sino a que pueda serlo también mañana²²⁸, es decir, a que pueda conservar su eficacia manteniendo vivas sus cualidades inmunitarias de autorreferencialidad y positividad. Y para que eso suceda parece que tiene que proteger aquellas condiciones jurídicas últimas que le

²²⁶ Así, como explica DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., p.41, en cuanto disposiciones de libertad, niegan la posibilidad de que existan opciones contrarias a ellos y, al mismo tiempo, mantienen abiertas, en su indefinición, los cauces para la expresión de múltiples opciones

²²⁷ Además de los mecanismos de defensa tratados en este epígrafe, debe sumarse, como es lógico, la jurisdicción constitucional como institución encargada de velar por la normatividad de la Constitución y, en lo que aquí interesa, de los propios derechos fundamentales. Véase al respecto las reflexiones realizadas sobre ella en el capítulo primero.

²²⁸ Esta idea de apertura como apertura en el tiempo (reversibilidad), se toma de BASTIDA FREIJEDO, F.: «La soberanía borrosa: la democracia», ob. cit., p. 455, también presente en «De las aperturas y defensas de la Constitución», ob. cit. p.27.

permiten hacerlo, pues constituyen las bases sobre las que se cimienta su propio desarrollo jurídico: los derechos fundamentales²²⁹.

Como previamente se subrayó, aquéllos constituyen –o debieran ser– esa «esfera de lo indecible»²³⁰ para los poderes públicos. Sin embargo, esa «indecidibilidad», esa inmunidad *erga omnes* de los derechos fundamentales, en el caso español, es relativa o de segundo grado. En efecto, aquéllos son *ex Constitutione* indecibles para el legislador, al menos en su contenido esencial (art.53.2 CE). El problema reside en que no lo son para el poder de reforma constitucional, dado que no existen límites materiales a éste (arts.167 y 168 CE)²³¹, aunque los mismos estén sometidos al procedimiento agravado (art.168 CE)²³². Por tanto, si su existencia misma puede ser cuestionada su resistencia normativa se reduce, al menos en cierto grado²³³. Podría decirse que el sistema democrático, cuando admite su reforma total, adolece de una *immunodeficiencia* al carecer de las defensas jurídicas necesarias para proteger al más alto nivel normativo las condiciones jurídicas últimas de su existencia²³⁴. La ilimitada

²²⁹ En términos muy similares, SARTORI, G.: *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, ob. cit., p.15 se pregunta hasta qué punto puede abrirse una sociedad y cuándo dicha apertura llega a ser, valga la redundancia, «demasiado abierta», situando en el «código genético» de la democracia –el pluralismo– los límites de la tolerancia.

²³⁰ FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ob. cit., p.51.

²³¹ La jurisprudencia constitucional ha puesto de manifiesto en repetidas ocasiones «la inexistencia de un núcleo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional». Véanse, entre otras, las SSTC 48/2003, de 12 de marzo (FJ 7º); 5/2004, de 16 de enero (FJ 17º); 31/2009, de 29 de enero (FJ 13º); 42/2014, de 25 de marzo (FJ 4º); 136/2018, de 13 de diciembre (FJ 6º).

²³² Esto exige un nivel de consenso altísimo para poder modificarlos. No obstante, hay una diferencia jurídica relevante entre lo jurídicamente imposible (cláusula de intangibilidad) y lo materialmente improbable (la rigidez) pues el primer escenario veta estrictamente la entrada de cualquier expectativa social que verse sobre lo considerado irreformable. Por tanto, la extremada rigidez del procedimiento no hace que los derechos fundamentales sean jurídicamente indisponibles para el poder constituyente-constituido.

²³³ En efecto, BASTIDA FREIJEDO, F. et al.: *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, ob. cit., p.34, habla, en efecto, de mayor o menor «fundamentalidad» de los derechos en función de su de mayor o menor nivel de «preservación normativa». Así, la mayor fundamentalidad se alcanzaría blindándolos frente al poder de reforma constitucional.

²³⁴ En sentido contrario, valorando positivamente la inexistencia de cláusulas de intangibilidad en la Constitución Española, considerando que la total apertura cognitiva le permite al sistema adaptarse de forma más eficaz al medio social, ALÁEZ CORRAL, B.: *Los límites materiales a la reforma constitucional*, ob. cit., pp.160-161. Asimismo, entendiendo que es más coherente con el principio democrático, ARAGÓN REYES, M.: *Constitución y democracia*, ob. cit., pp.36-40.

apertura cognitiva del sistema en aras de su máxima adaptabilidad al medio social (positividad) pone en peligro las mínimas condiciones de autorreferencialidad que debe tener el sistema democrático para ser identificado como tal. No se está abogando, no obstante, por hacer de dicha cuestión un límite implícito a la reforma constitucional²³⁵; tan solo pretende ponerse de manifiesto la debilidad democrática que supone la falta de intangibilidad de dichas condiciones.

La ausencia de cláusulas de intangibilidad en este sentido propicia que el procedimiento de reforma constitucional, en vez de ser un mecanismo puesto al servicio de su propia subsistencia, al permitir su adaptación al entorno social cambiante, pueda tornarse en un mecanismo de destrucción, ofreciendo la posibilidad de suprimir esa siempre latente «posibilidad de lo otro»²³⁶ que es justamente la que facilita su adaptación al medio (inmunidad en sentido positivo). Al advertir que es consustancial a su naturaleza no imponer barreras cognitivas a la deliberación (*input*) y a la decisión (*output*) de las expectativas sociales, la democracia procedimental considera, en principio, una *reacción de hipersensibilidad* introducirlas (cláusulas de intangibilidad), dado que ello limitaría su adaptabilidad al entorno social. Aquella viene a instalarse en una lógica binaria que asimila más apertura con más adaptación/supervivencia, es decir, Constitución más abierta con Constitución más democrática, considerando estrictamente proporcionales tales variables. Sin embargo, «¿cuál

²³⁵ Como lo hace, por ejemplo, JIMÉNEZ CAMPO, J.: «Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución», *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 7, 1980, p.97. Por su parte, DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., pp.64-65, también en su *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, ob. cit., pp.29-36 considera en términos *lógico-jurídicos* (no positivos) que no es posible suprimir la democracia por métodos democráticos porque la decisión que, por la fuerza del número, suprime el pluralismo (derechos fundamentales, minorías), es una decisión mayoritaria, no democrática. Su razonamiento es sumamente valioso, pero no cabe concluir de él que exista un límite implícito a la reforma constitucional democrática. Se trata, en todo caso, de una proposición de *Constitutione ferenda*.

²³⁶ DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., p.64. En términos similares y ciertamente gráficos ZAGREBELSKY, G.: *El Derecho dúctil*, ob. cit., p.17, sostiene que, si bien la Constitución democrática debe ser dúctil para acoger dentro de su seno muy distintas opciones, debe volverse «sólida» en lo que a la defensa de pluralidad de valores y principios de refiere, es decir, que lo innegociable es, justamente, «la necesaria coexistencia de contenidos».

es la elasticidad de la tolerancia?»²³⁷. Si la misma posibilidad de apertura resulta suprimible, la Constitución abierta –la que permite dicha posibilidad– es también una Constitución más vulnerable²³⁸. Por tanto, la Constitución no es más democrática cuanto más abierta sea sino cuanto más abierta sea (positividad) siempre que ello no ponga en evidente peligro la identidad del sistema (autorreferencialidad).

Bajo esta consideración, las expectativas sociales que expresen su deseo de suprimir la esencia misma de la democracia, los derechos fundamentales, son susceptibles de ser recibidas por el sistema jurídico. Éste debe dejarlas entrar, siempre que sigan los procedimientos establecidos, permitiendo la discusión acerca de las mismas. En definitiva, constituyen manifestaciones del pluralismo político y son muestra del ejercicio de derechos fundamentales. Sin embargo, al implicar su aprobación la eliminación de las condiciones últimas de existencia del propio sistema democrático, aquéllas deberían sustraerse a la decisión del poder constituyente-constituido²³⁹. En otras palabras: la opción en cuestión es *discutible* pero no *decidible*. El sistema democrático conserva así la máxima apertura en el *input* –en el momento deliberativo– pero se pliega mínimamente en el *output* –en el momento decisorio–. Esa dosis de cierre cognitivo, esas mínimas barreras a la tolerancia sistémica son necesarias para conservar su propia subsistencia²⁴⁰.

²³⁷ SARTORI, G.: *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, ob. cit., p.72.

²³⁸ Así BASTIDA FREIJEDO, F.: «De las aperturas y defensas de la Constitución», ob. cit. p. 27.

²³⁹ Que esto sea así no significa en puridad, siguiendo a BÖCKENFORDE, E.W.: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, ob. cit., p.98 que tales cuestiones no sean susceptibles de decisión pues indirectamente lo que el sistema decide, aunque lo haga indirectamente, es su mantenimiento.

²⁴⁰ Lógicamente, admítase la aclaración, no se sostiene que la democracia procedimental precise cláusulas de intangibilidad independientemente del objeto de éstas, sino cláusulas de intangibilidad orientadas a proteger lo que le hace al sistema democrático ser tal, los derechos fundamentales. Por tanto, el establecimiento de límites materiales a otros preceptos de la Constitución que no estuvieran directamente implicados en la subsistencia misma del sistema, por ejemplo, aquéllos orientados a blindar la Corona o el Estado autonómico, no serían admisibles desde el punto de vista que aquí se sostiene, pues el sistema puede seguir siendo democrático aun permitiendo la supresión de dichas cuestiones.

El sistema sacrifica mínimamente su positividad (inmunidad en sentido positivo) y, al hacerlo, también de su autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo), aspirando a conservar tales cualidades inmunitarias *pro futuro* en la mayor medida de lo posible. La cláusula de intangibilidad pensada en estos términos resulta, entonces, un instrumento de defensa de las minorías pues se excluye la posibilidad de que se reforme la Constitución para suprimir aquellas expectativas últimas de libertad e igualdad del individuo de las que el poder público (mayoritario) no puede disponer y que, precisamente por eso, constituyen las leyes de la minoría. Con ello se hace posible que la disidencia y la heterogeneidad, lo distinto a lo mayoritario, pueden conservar un hueco dentro del sistema y, en consecuencia, que no sea jurídicamente posible la adopción de una decisión que trate de eliminar la expresión del pluralismo en toda su extensión, la alteridad que las minorías representan.

De lo que se trata, en definitiva, es de que el sistema democrático se defienda como sistema democrático y para ello es necesario que sus condiciones jurídicas mínimas de existencia sean ajenas a la posibilidad de ser jurídicamente suprimidas. Frente a esto, se dirá que dicho blindaje podría ser inútil frente quienes pretendan subvertir, al precio que sea, el orden constitucional vigente²⁴¹. Sin embargo, eso puede suceder, en general, con todo el entramado constitucional. La única diferencia es que las cláusulas de intangibilidad hacen que dicha posibilidad no sea jurídicamente posible y, por tanto, legítima, no pudiendo aparecer como constitucionalmente democrática la decisión de acabar con la democracia.

²⁴¹ Clásicas reticencias a este respecto son las de LOEWESTEIN, K.: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, p. 192; BISCARETTI DI RUFFIA, P.: «Sui limiti della revisione costituzionale», en *Annali del Seminario giuridico dell' Università di Catania*, num.3, 1958, pp. 122 y ss.

1.3.3. *La suspensión de los derechos fundamentales.*

El sistema democrático-procedimental no solo se protegería dejando constitucionalmente a salvo esas expectativas jurídicas últimas de libertad e igualdad que le hacen ser tal. Esa es solo parte de su defensa. Es necesario que aquél tenga mecanismos que le permitan hacer frente a situaciones de anormalidad, es decir, a circunstancias excepcionales, de puro desbordamiento, que no resultan atajables a través de las disposiciones constitucionales ordinarias. De ello dependerá, en esencia, su propia supervivencia pues tales situaciones críticas vienen a poner en tela de juicio la futura permanencia (eficacia) del ordenamiento democrático como tal.

Cuando se dice que el sistema debe afrontar tales situaciones no quiere decirse que tenga que «acabar con ellas» a cualquier precio, sino que tiene que impedir, más bien, que aquéllas acaben con él. Ésa es precisamente la clave. De lo que se defiende el ordenamiento es de su potencial ineficacia y, por tanto, de que la fuerza fáctica de la emergencia, extremadamente vigorosa, acabe imponiéndose sobre el Derecho. Eso sería, simple y llanamente, su destrucción, su muerte como sistema. Cerrar los ojos frente al eventual riesgo de producción de tales situaciones y rehusar la juridificación de mecanismos excepcionales o de emergencia es, por tanto, una muestra de vulnerabilidad del ordenamiento jurídico. Dicha falta de previsión no evita que esas circunstancias se den en la práctica, pues tal eventualidad cae fuera del control del Derecho, perteneciéndole a las dinámicas del medio social. La ausencia de mecanismos jurídicos para abordarlas hace que la necesidad devenga, ante su eclosión, en fuente inagotable de Derecho²⁴².

La gestión de la crisis debería hacerse, entonces, obviando el ordenamiento jurídico vigente, algo que solo contribuye a dinamitarlo. Si lo que

²⁴² A esta posibilidad se refieren, entre otros, FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El Estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, Edersa, Madrid, 1977, pp.21 y ss., CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, pp.28 y ss.

pretende el sistema es conservar su inmunidad, protegerse como orden autorreferencial y positivo, es un profundo contrasentido que deje su defensa más delicada en manos de instrumentos o fuerzas ajenas a aquél (heterorreferenciales). Si para salvarse tiene necesariamente que infringir sus propias normas, esto es, si para conservar su autorreferencialidad tiene forzosamente que quebrarla, dicha defensa –si es que es tal– vale más bien de poco o, al menos, no será una defensa orientada a proteger al sistema democrático como sistema, sino otro orden material²⁴³. Admitir que es la fuerza normativa de lo fáctico²⁴⁴ la que debe resolver este tipo de situaciones críticas es tanto como trasladar la soberanía desde el ordenamiento hacia el sujeto o institución que, disponiendo a su antojo de aquélla, decida cómo atajar la situación en cuestión. Supone, en definitiva, abrir el paso a que la heterorreferencialidad, drástica o paulatinamente, se imponga.

Así pues, debe ser el propio ordenamiento, desde su propia autorreferencialidad, el que arbitre mecanismos extraordinarios para hacer frente a potenciales circunstancias extraordinarias²⁴⁵: los estados de crisis o emergencia contenidos, en el caso de la Constitución Española, en el art.116. La

²⁴³ Esa necesidad de que el Gobierno responda obviando el Derecho en pro del bien común en circunstancias adversas o inesperadas proviene ya de LOCKE, J.: *Two treatises of Government*, Guernsey Press, Londres, 1986, Essay II, Chapter XIV, quien califica tal posibilidad de «prerrogativa». Asimismo, la defensa extraordinaria del Estado al margen del ordenamiento jurídico es la clásica propuesta de SCHMITT, C.: *Teología Política: cuatro ensayos sobre la soberanía*, trad. F. J. Conde, Editorial Struhart & Cía, Buenos Aires, 1988, pp.15 y ss. Este «modelo extralegal» es el que también defienden, en épocas más recientes, por ejemplo, GROSS, O.: «Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?», *The Yale Law Journal*, vol. 112, num. 5, 2003, pp. 1011 y ss., más desarrollado en GROSS, O.; NI AOLÁIN, F.: *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp.110 y ss.; TUSHNET, M.: «Emergencies and the Idea of Constitutionalism», en TUSHNET, M. (Ed.): *The Constitution In Wartime: Beyond Alarmism And Complacency*, Duke University Press, Durham, 2005, pp.39 y ss.; FATOVIC, C.: *Outside the Law, Emergency and Executive Power*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2009.

²⁴⁴ En los clásicos términos expuestos por JELLINEK, G.: *Teoría General del Estado*, trad. F. de los Rios, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp.324-325.

²⁴⁵ No en vano se ha considerado que, a través del reconocimiento constitucional de los estados de crisis y sus consecuencias, el sistema democrático se «autoinmuniza». Véase, en este sentido, ALÁEZ CORRAL, B.: «El concepto de supresión general de los derechos fundamentales», en LÓPEZ GUERRA, L.; ESPÍN TEMPLADO, E. (Coord.): *La defensa del Estado*, ob. cit., p.236.

juridificación de esa «Constitución de excepción»²⁴⁶ es la herramienta jurídica más eficaz, en definitiva, para evitar la resurrección de fuerzas fácticas (sujetos o instituciones) que, al decidir sobre los estados de excepción so pretexto de salvar al Estado en una situación de grave crisis, emerjan de nuevo como el soberano *legibus solutus*²⁴⁷.

En este orden de cosas, cuando la emergencia se concibe como *excepción al Derecho*, el debate se sitúa fuera de las fronteras del sistema jurídico, deviniendo inevitablemente heterorreferencial. Su terreno es, justamente, el de los poderes inmunes –los soberanos– que resurgen para neutralizar el desorden a través de las medidas, adoptadas al margen del ordenamiento jurídico, para supuestamente salvar la situación. El Derecho claudica como sistema autorreferente (inmune en sentido negativo). Sin embargo, cuando la emergencia es, como solo puede ser en coherencia normativa, *excepción en el Derecho*, es decir, un elemento que se inserta dentro de él y lo modula, previendo un régimen jurídico diferenciado para ciertas situaciones, es decir, cuando la excepción es también regla positiva, el sistema conserva sus cualidades inmunitarias (autorreferencialidad y positividad). Trata de adaptarse a un medio que se presenta hostil pero sin renunciar a sus criterios de validez.

Ahora bien, el hecho de que las situaciones de crisis se afronten desde dentro del ordenamiento es condición necesaria pero no suficiente para que el sistema democrático mantenga, en la medida de lo posible, sus cualidades inmunitarias de la autorreferencialidad y positividad a través de las cuales expresa su soberanía. De lo que se trata es de que, en momentos sumamente adversos, *el sistema jurídico pueda seguir siendo sistema* y eso no se consigue si las medidas a adoptar sacrifican a niveles muy altos para el orden democrático dichas cualidades, por ejemplo, concediendo a un órgano concreto el poder

²⁴⁶ CRUZ VILLALÓN, C.: «Normalidad y excepción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.71, 2004, p.188.

²⁴⁷ SCHMITT, C.: *Teología Política*, ob. cit., pp.15 y ss.

absoluto para decidir qué hacer –como lo hace, por ejemplo, el art.16 CF con el Presidente de la República– pues eso correría el riesgo de apuntalar a un nuevo soberano²⁴⁸. Si el fin, en definitiva, no es otro sino retornar a la normalidad constitucional, dicha aspiración se trunca si el sistema democrático, en *pro* de superar la situación de crisis, ha sacrificado tanto sus cualidades inmunitarias que, prácticamente, ha fallecido en el intento como sistema²⁴⁹. De poco le sirve al ordenamiento resolver la situación fáctica si en el intento se ha convertido en *desordenamiento jurídico*. De ahí precisamente que deba ser extremadamente cuidadoso porque un exceso de fuerza en su reacción inmunitaria puede tornarse, en efecto, en el peor y más irreversible de los ataques, deviniendo así en una patología –esta vez en forma de enfermedad autoinmune– altamente letal. Ello explica que una Constitución democrática tienda a fijar los supuestos de crisis y delimitar las medidas a adoptar que permitirían, por un lado, distribuir de una forma distinta a la habitual el poder y su ejercicio y, de otro, incidir sobre los derechos fundamentales, asegurando así que el ejercicio de los poderes de excepción también esté juridificado y sometido a limitaciones.

Para protegerse a sí misma, la Constitución española prevé en su art.55.1 que, en caso de la declaración del estado de excepción o sitio, algunos derechos fundamentales²⁵⁰ –pero no todos– podrán ser *suspendidos* con carácter general. Digamos que el sistema democrático, para protegerse como sistema ante la eclosión de situaciones extraordinarias, sacrifica de forma temporal algunas de esas condiciones jurídicas básicas que posibilitan su existencia como

²⁴⁸ REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: «¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?», *Revista de derecho político*, núm.51, 2001, pp. 109-110.

²⁴⁹ De ahí que CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, ob. cit., p.24, sostenga que el Derecho de excepción tiene que cumplir el objetivo de «protegerse a sí mismo», garantizando que sea posible el retorno a la Constitución legítima.

²⁵⁰ Este es el caso de los derechos fundamentales del art.17 CE (libertad personal, plazo máximo para la detención preventiva, *habeas corpus*, derechos del detenido y duración de la prisión provisional, excluyéndose los derechos del detenido para el estado de excepción); los del art.18.2 y 3 CE (inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones); los del art.19CE (libertad de circulación y residencia); los del art.20.1 a) y d) y 5 CE (libertad de expresión, libertad de información y prohibición del secuestro de publicaciones), los del art.21CE (derecho de reunión), los del art.28.2 CE (derecho de huelga) y art.37.2 CE (conflicto colectivo).

orden autorreferente y positivo –los derechos fundamentales– con el objeto de poder recuperarlas superada dicha situación²⁵¹. Y las sacrifica al más alto nivel jurídico porque dicha suspensión no priva a los derechos fundamentales de su carácter de «fundamentales» sino que permite la privación temporal de su vigencia como normas constitucionales, es decir, los «desconstitucionaliza»²⁵². Los poderes públicos, tras la activación de los correspondientes estados de excepción, podrían regular los derechos fundamentales de cualquier nueva manera, no respetando su contenido esencial o incluso procediendo a eliminar el derecho por completo en lo relativo a la situación de excepción²⁵³. Dentro de ese amplísimo margen de maniobra que ofrece la suspensión, la LOEAE ha establecido, no obstante, un régimen más garantista de manera que el sacrificio que sufren los derechos fundamentales no consiste en su total supresión sino en una rebaja de las garantías de las que ordinariamente disfrutaban sus titulares para salvaguardar su objeto²⁵⁴.

²⁵¹ En efecto, la jurisprudencia constitucional ha subrayado la suspensión de derechos fundamentales en democracia «solo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y, por otra, ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático» (SSTC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5º; 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3º; 22/2020, de 13 de febrero, FJ 16º; 37/2020, de 25 de febrero, FJ 13º).

²⁵² ALÁEZ CORRAL, B.: «El concepto de supresión general de los derechos fundamentales», ob. cit., p.243. En un sentido distinto, entendiendo que es una restricción temporal del ejercicio, FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, núm.18-19, 1983, p.40.

²⁵³ REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: «Artículo 55», en CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Tomo I, ob. cit., p.1522. Que esto sea así, es decir, que la suspensión suponga una «desconstitucionalización» y no una «desfundamentalización» implica, por tanto, que solo debe haber una conexión de sentido entre las medidas adoptadas y la situación de excepción, es decir, que no se adopten de forma manifiestamente arbitraria, tal y como señala ALÁEZ CORRAL, B.: «El concepto de supresión general de los derechos fundamentales», ob. cit., pp.243-244.

²⁵⁴ Así lo manifiesta y desarrolla pormenorizadamente REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: «Artículo 55», en CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Tomo I, ob. cit., pp.1523 y ss.

El estado de alarma resulta, no obstante, ajeno al instituto de la suspensión de los derechos fundamentales *ex art.55.1 CE*²⁵⁵. Sin embargo, la recentísima crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, que ha derivado, en España, en la declaración del estado de alarma²⁵⁶ y la aprobación de varias prórrogas²⁵⁷, ha generado cierta confusión al respecto. Este es, sin embargo, el estado de emergencia adecuado para enfrentar crisis sanitarias –tales como epidemias (art.4 LOEAES)²⁵⁸– pues el estado de excepción está orientado a la gestión de desórdenes públicos (art.13.1 LOEAES), inexistentes en estas circunstancias. La confusión ha surgido fundamentalmente a raíz de la intensa restricción de la circulación de las personas (art.19 CE) que ha establecido el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (confinamiento de la población)²⁵⁹, entendiéndose así que aquél podía haber establecido, *por su intensidad*, la suspensión de un derecho fundamental, no permitida en dicho estado de crisis (art.55.1 CE)²⁶⁰.

²⁵⁵ Así lo recordó también la STC 83/2016, de 28 de abril (FJ 8º) al subrayar que la declaración del estado de alarma permitía la adopción de medidas limitativas o restrictivas del ejercicio de derechos fundamentales pero no su suspensión, a la vista del art.55.1 CE.

²⁵⁶ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19.

²⁵⁷ Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo.

²⁵⁸ No en vano CRUZ VILLALÓN, P.: «El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.2, 1981, p.99, apuntaba que el estado de alarma es un estado de crisis que aparece «despolitizado» y, por tanto, desvinculado del desorden público o de la conflictividad social. Así también lo recuerda, más recientemente, CATOIRA, A.: «El Estado de alarma en España», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, p.326. Asimismo, ya en los debates parlamentarios sobre la LOEAES, el Senador Morán López puso de manifiesto, en relación con los tres estados de crisis del art.116 CE, que no se trataba «de etapas, de escalas en una escalera con intensidad diferente del mismo proceso» sino de «situaciones cualitativamente distintas» (*DSS*, núm.105, de 14 de mayo de 1981, p.5312). En este mismo sentido en sede doctrinal, además del trabajo previamente citado del profesor Cruz Villalón (pp. 95-96), PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, 10ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, p.1042.

²⁵⁹ Véase el art.7 del mencionado Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. De prohibición sujeta a contadas excepciones califica la restricción a la libertad de circulación PRESNO LINERA, M.A.: «Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm.86-87, 2020, p.57.

²⁶⁰ Pareciera así, entonces, que la diferencia entre suspensión y limitación tuviera que ver con la intensidad de las medidas limitativas como parecen entender NOGUEIRA LÓPEZ, A.: «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción», pp.28-29; AMOEDO-

En este caso, sin embargo, la libertad de circulación (art.19 CE) no se ha visto suspendida pues sigue existiendo como derecho fundamental dotado de las correspondientes garantías de que le dota dicha naturaleza; solo se ha limitado en base a las previsiones de la LOEAES (art.11)²⁶¹. En otras palabras: la norma iusfundamental sigue existiendo, aunque se haya visto intensamente limitada. Si el derecho fundamental estuviere en suspenso, aquélla estaría sencillamente privada de su vigencia y, en consecuencia, el derecho en cuestión, de existir, lo haría únicamente en los términos establecidos por la LOEAES y los correspondientes decretos del Gobierno, perdiendo con ello las garantías anejas que le corresponderían como derecho fundamental, pues habría dejado de serlo. Precisamente porque esto no es así, lo que cabe exigir es que la limitación del derecho fundamental, que sigue existiendo como tal, supere el correspondiente test de proporcionalidad: que la medida persiga un fin legítimo, que sea necesaria y que no haya forma menos gravosa de obtener el resultado deseado.

Así las cosas, las circunstancias extraordinarias de las que el sistema puede ser eventualmente víctima ponen precisamente de manifiesto que el sacrificio de ciertas cotas de autorreferencialidad y positividad es necesario, en dichas situaciones, para que el propio sistema subsista como tal. A través de la suspensión de determinados derechos fundamentales, el ordenamiento rebaja esas cualidades inmunitarias con la pretensión de restablecerlas a los niveles originarios a la mayor brevedad posible pues ese es, en definitiva, el fin último de las medidas de excepción. Velando por su propia supervivencia, el sistema diseña su propio *coma inducido*: un mecanismo de defensa previsto desde el

SOUTO, C.A.: «Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria», p.67; COTINO HUESO, L.: «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria», p.89, todas ellos pertenecientes al recentísimo número de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm.86-87, 2020.

²⁶¹ El art.11 a) LOEAES permite «limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos».

sistema y hacia el mismo (inducido) que le deja de forma temporal en *standby*, en un estado de sedación profundo (coma) mientras trata de recuperarse (finalidad reparadora). No en vano se ha visto en la suspensión de los derechos fundamentales un «mecanismo inmunitario»²⁶².

Fuera de los estados de excepción y sitio, nuestro sistema también ha previsto la posibilidad de suspender de forma individual algunos concretos derechos fundamentales²⁶³ en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas (art.55.2 CE)²⁶⁴. En este caso, la suspensión reviste un fin muy concreto²⁶⁵ y, por tanto, afecta a determinados sujetos. Para el objetivo que persigue el ordenamiento –las investigaciones terroristas– no necesita acordar una suspensión *generalizada* sino una más restringida o puntual. Ahora bien, eso no significa, en modo alguno, que el sistema democrático no padezca en estos casos, pues lo hace desde el momento en que ciertos individuos pueden ver suspendidos algunos de sus derechos fundamentales. Si el principio de la democracia no es otro sino el principio de la minoría y el individuo es la primera y singular minoría, esta suspensión individual de derechos fundamentales no es «menos relevante» que la anterior²⁶⁶.

²⁶² ALÁEZ CORRAL, B.: «El concepto de supresión general de los derechos fundamentales», ob. cit., p.236.

²⁶³ Los del art.17.2 CE (límite máximo para la detención preventiva) y art.18.2 y 3 CE (inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones).

²⁶⁴ Sobre el particular, además de la bibliografía previamente citada, pueden consultarse más extensamente los trabajos de FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 33, 1983, pp.123 y ss.; VÍRGALA FORURIA, E.: «La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.40, 1994, pp.61 y ss.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: «La suspensión individual de los derechos fundamentales en el art.55.2 CE», en ESPÍN TEMPLADO, E., LÓPEZ GUERRA, L. (Coords.): *La defensa del Estado*, ob. cit., pp.275 y ss.; REMOTTI CARBONELL, J. C.: *Constitución y medidas contra el terrorismo: la suspensión individual de derechos y garantías*, Colex, Madrid, 1999.

²⁶⁵ Esta finalidad determinada que persigue el art.55.2 CE como mecanismo de defensa frente a una amenaza específica, la del terrorismo, la ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en sus SSTC 71/1994, de 3 de marzo (FJ 3º); 199/1987, de 16 de diciembre (FJ 2º).

²⁶⁶ Criticando esta visión, MAESTRO BUELGA, G.; LÓPEZ BASAGUREN, A.: «Garantismo, emergencia y suspensión de derechos fundamentales en la legislación de excepción», *Revista Vasca*

La justificación es que, en aras de proteger al sistema pero al margen de los instrumentos de defensa de la Constitución (estados de crisis), se permite la suspensión de algunos derechos fundamentales a ciertos individuos que lo ponen altamente en riesgo. Esa lógica de razonamiento, no obstante, no solo comienza a transitar por una peligrosa pendiente resbaladiza, sino que termina por abrir la puerta a una heterorreferencialidad soterrada: las garantías (los derechos fundamentales) operan hasta un determinado punto en el cual se justifica su exclusión (suspensión) en pro del mantenimiento del sistema. Hay un sistema penal ordinario, garantista y autorreferencial y otro, previsto para sujetos peligrosos, que permite suspender algunas de las garantías ordinarias vigentes para el detenido, acusado o sospechoso y, por tanto, que permite operar al margen de aquéllas, tendiendo así hacia la heterorreferencialidad. Sobre esta cuestión volveremos más adelante al analizar el Derecho penal del enemigo.

2. LA DEMOCRACIA MILITANTE: LA DEFENSA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL.

2.1. La fragilidad de las cualidades inmunitarias.

Si por democracia procedimental debe entenderse aquél sistema jurídico en el que todas las opciones políticas pueden ser expresadas y perseguidas siempre que se respete el procedimiento establecido, la democracia militante (*streitbare Demokratie*)²⁶⁷ —como la alemana— es aquella en la que la observancia de unos determinados fines políticos (democráticos) deviene inexcusable, de manera que otros valores distintos a aquéllos que ampara y

de la Administración Pública, núm.21, 1988, pp.58 y ss.; CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, ob. cit., pp.156-157.

²⁶⁷ Expresión acuñada por LOEWENSTEIN, K.: «Militant democracy and fundamental rights», *The American Political Science Review*, vol. 31, num. 3, 1937, pp. 417 y ss. En Alemania, dicha expresión se acuña formalmente en el proceso de ilegalización del KPD (BVerfGE 5, 85). Sobre el origen de la misma en la jurisprudencia constitucional alemana, véase más ampliamente BEYME, K.: «La protección del ordenamiento constitucional y del sistema democrático en la República Federal de Alemania», *Revista de Estudios Políticos*, núm.35, 1993, pp.73 y ss.

salvaguarda el sistema no pueden ser perseguidos de forma lícita, aun cuando con ello no se infrinja normativamente el ordenamiento²⁶⁸. Precisamente por esta razón, esta última ve, con respecto a la procedimental, relativamente reducidas las cualidades inmunitarias de la autorreferencialidad y la positividad²⁶⁹, aun cuando tradicionalmente haya querido verse en ella una democracia más fuerte, en suma, más inmune. Como se explicará con detenimiento en las siguientes páginas, es un sistema que, en último término, tiende hacia la heterorreferencialidad y, por tanto, también hacia la generación de correlativas heterorreferencialidades (inmidades del poder).

Permítase adelantar, no obstante, que, como democracia que es, aquélla, de promedio, opera como un sistema autorreferencial y positivo. La fragilidad de estas cualidades inmunitarias se difumina notablemente en los extremos del sistema, es decir, en el momento en el que está en juego el orden democrático-liberal sobre el que la democracia militante se asienta, como posteriormente se explicará²⁷⁰. Es, por tanto, si se permite la expresión, en los «hard cases» donde la heterorreferencialidad se abrirá paso y, por tanto, donde surgirán las consiguientes manifestaciones heterorreferenciales. Así, cuando ese orden de valores no resulta comprometido, que es lo que sucede, por otra parte, en la mayoría de las situaciones, la indiferencia se instala en el sistema y, en

²⁶⁸ Una aproximación a este modelo de democracia puede encontrarse, dentro de la bibliografía contemporánea accesible en lengua inglesa, en MÜLLER, J.: «Militant democracy», en SAJÓ, A.; ROSENFELD, M. (Ed.): *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp.1253 y ss.; CAPOCCIA, G.: «Militant Democracy: The Institutional Bases of Democratic Self-Preservation», *Annual Review of Law and Social Science*, vol.9, 2013, pp. 207 y ss.

²⁶⁹ Que la autorreferencialidad y positividad padecen en el seno de la democracia militante fue puesto de manifiesto por BASTIDA FREIJEDO, F.: «De las defensas y aperturas de la Constitución», ob. cit., p.16.

²⁷⁰ Así, la diferencia entre una democracia procedimental y una democracia militante no es una cuestión binaria sino nuevamente difusa. Así lo apuntan, entre otros, PEGORARO, L.: «Para una clasificación dúctil de democracia militante», *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 96, 2013, pp.191 y ss.; PFERSMANN, O.: «Shaping Militant Democracy: Legal Limits to Democratic Stability», en SAJÓ, A. (Ed.): *Militant Democracy*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2004, p.53; KLAMT, M.: «Militant Democracy and the Democratic Dilemma: Different Ways of Protecting Democratic Constitutions», en BRUINSMA, F.; NELKENSUBRAYA, D. (Eds.): *Explorations in Legal Cultures*, Elsevier, La Haya, p.136.

consecuencia, la democracia militante se comporta, de promedio, como un ordenamiento altamente inmune y, por ende, muy similar a la democracia procedimental ya estudiada. Como sus especificidades tienen que ver, no obstante, con cómo reacciona aquella en esos «hard cases», en las siguientes páginas prestaremos más atención a los mismos, analizando así en qué medida se ven afectadas la autorreferencialidad y la positividad del sistema cuando lo que está en juego es el orden democrático-liberal. Ahí es justamente donde emerge la militancia y, con ella, la heterorreferencialidad y sus consiguientes manifestaciones.

2.1.1. *La rebaja de la autorreferencialidad: el orden constitucional como poder inmune.*

Sin el recurso a algo metapositivo –sentenciaba Triepel– no podríamos defendernos²⁷¹. La democracia militante, por encima de la normatividad sitúa, en último término, unos valores metapositivos –el llamado orden democrático-liberal²⁷²– que conforman su verdadero núcleo de identidad y disciplinan el funcionamiento del sistema. Cuando tales valores no resultan comprometidos, la autorreferencialidad sistémica (inmunidad en sentido negativo) se mantiene sin demasiados problemas pues lo relevante sigue siendo la observancia de las normas y, por tanto, el funcionamiento recursivo, circular, del propio

²⁷¹ La cita se toma del trabajo de ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L.: «La defensa de la Constitución durante el periodo de entreguerras», *Historia Constitucional*, núm. 7, 2006, p.229, con la que se abre el mismo.

²⁷² Según el Tribunal Constitucional Federal alemán, ese orden básico de valores es aquél que excluye cualquier forma de tiranía o arbitrariedad y que representa un sistema de gobierno regido por el Estado de Derecho, basado en la autodeterminación de los individuos expresada por la voluntad de una mayoría en condiciones de libertad y de igualdad, entendiéndose que los principios fundamentales de aquél son, al menos, el respeto de los derechos fundamentales tal y como aparecen configurados en la Constitución, en particular el derecho a la vida y al libre desarrollo de la personalidad, la separación de poderes, la responsabilidad del Gobierno, la legalidad de la administración, la independencia judicial, la existencia de diversos partidos políticos y la igualdad de oportunidades para todos ellos (BVerfGE 2, 1). Nos hemos servido de la traducción ofrecida al respecto por KOMMERS, D., MILLER, R: *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3ª ed., Duke University Press, Durham and London, 2012, p. 290.

ordenamiento. Sin embargo, cuando sucede lo contrario y ese orden democrático-liberal se ve afectado, el sistema jurídico se repliega; si bien este repliegue es solamente aparente pues no tiene que ver con estar más clausurado en términos normativos, es decir, con ser más autorreferencial (inmune en sentido negativo) sino al contrario, con ser más defensivo a nivel axiológico. Y es que, en tales casos, la validez de una determinada norma o actuación no depende de su correspondencia con las operaciones jurídicas del ordenamiento, con el respeto a las normas positivas, sino de su adecuación a esos valores metajurídicos que condensan la esencia misma de aquél. Así, en la medida en que el parámetro último de validez del ordenamiento descansa fuera de la propia normatividad, su autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo) inevitablemente se reduce. De ahí que las conductas que contradigan a ese orden democrático-liberal devengan antijurídicas aun cuando hayan cumplido con las normas para llevarse a cabo porque, en definitiva, no se ajustan a ese «parámetro autónomo de corrección jurídica»²⁷³ situado por encima de las mismas.

Cuando los *fin*es se superponen a la observancia de los *medios*, la autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo) del ordenamiento padece. Ésta, en definitiva, pone de relieve una determinada manera de operar que es circular, es decir, es una cualidad estrictamente formal, que disciplina *medios*, procedimiento. Solo le preocupa que el sistema opere en base a sí mismo (normas) y no atendiendo a condicionantes externos. Atiende al «cómo», no al

²⁷³ STC 48/2003, de 12 de marzo (FJ 7º). El Tribunal Constitucional español utiliza tal expresión descartando precisamente que la Constitución Española contenga tal parámetro al no ser una democracia militante. En palabras del propio Tribunal: «en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de democracia militante en el sentido que él le confiere, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos». En este sentido se posicionan también las posteriores SSTC 5/2004, de 16 de enero (FJ 17º); 235/2007, de 7 de noviembre (FJ 4º); 12/2008, de 29 de enero (FJ 6º); 31/2009, de 29 de enero (FJ 13º); 42/2014, de 25 de marzo (FJ 4º); 177/2015, de 22 de junio (FJ 2º); 112/2016, de 20 de junio (FJ 2º); 52/2017, de 10 de mayo (FJ 5º); 136/2018, de 13 de diciembre (FJ 6º).

«qué». Por consiguiente, cuando al sistema jurídico, en esas situaciones más extremas, dejan de preocuparle los medios y adquiere interés en tutelar determinados fines, la autorreferencialidad, como cualidad medial, se rebaja. En la medida en que comienza a ponerse el acento en los objetivos, comienza inevitablemente también a *externalizarse* el fundamento último de validez del ordenamiento²⁷⁴.

Así, cuando el orden democrático-liberal aparece involucrado, una operación jurídica será válida, no porque se inserte dentro de la cadena de validez del sistema (autorreferencialidad) –que es lo que sucede en las situaciones axiológicamente indiferentes– sino porque se acomode a los fines que el ordenamiento persigue. Desde un pensamiento puramente autorreferencial resulta difícil explicar cómo una operación que se inserta dentro de dicha cadena de validez puede ser inválida, salvo que se admita, como sucede, que la validez depende del acomodo a criterios materiales externos. Pero entonces no estamos hablando de autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo) sino más bien de heterorreferencialidad. Precisamente por ello, el funcionamiento de la democracia militante, en sus extremos últimos, engarza perfectamente con el modelo inmunitario del *self/non self discrimination* que es, en esencia, heterorreferencial. Lo válido y lo que, por ende, pertenece al sistema, es todo aquello que se corresponda con su «self» (el orden de valores subyacente) y lo que no pertenece –«nonself»– es precisamente lo contrario. La autogeneración interna deja paso al acomodo externo.

Esta dicotomía –que es la que permite explicar la heterorreferencialidad– se pone de manifiesto con mayor claridad aun cuando se advierte la disociación entre *legalidad y legitimidad*. Cuando en pro de la segunda se sacrifica la primera, el sistema jurídico se diluye. La legitimidad dota de validez a aquello

²⁷⁴ No en vano se ha sostenido que la teoría de la defensa de la Constitución es una teoría que sirve a la confusión de órdenes normativos, dado que trata de dotar de eficacia a la realidad, a determinados valores y no a la norma jurídico-positiva. Véase al respecto ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L.: «La defensa de la Constitución durante el periodo de entreguerras», ob. cit., pp.250 y ss.

que violando el ordenamiento se adhiere el orden constitucional subyacente y a la inversa; priva de validez a lo que respetando el ordenamiento jurídico no se adecúa a aquello. Desde esta perspectiva, cuando lo que está en juego es el orden constitucional, el respeto a las normas adquiere un papel secundario pues lo relevante es la adhesión al mismo que es, en suma, la fuente última de legitimidad del sistema²⁷⁵. Si el fin justifica los medios en un determinado punto, los medios devienen prescindibles. Con ello, la seguridad y certeza que debe aportar el sistema jurídico también se oscurece, pues determinar cuándo se ha violado un determinado fin es tarea harto imprevisible²⁷⁶. Cuando existe una legitimidad posible al margen del Derecho mismo, la autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo) se desvanece dado que por encima de lo jurídicamente posible se halla lo valorativamente lícito. Desde la óptica de esta cualidad, lo legítimo y lo jurídicamente lícito se superponen hasta identificarse. Solo existe una única variable. No hay fines que justifiquen la inobservancia de los medios porque éstos son, en definitiva, el único fin. La legitimidad extrasistémica es, en suma, pura heterorreferencialidad.

En este orden de cosas, no resulta descabellado sostener que en una democracia militante existe un *poder immune*, conformado por ese conglomerado de valores democráticos superiores a la propia Norma Fundamental, superior e inaprensible para el Derecho positivo. Si al inicio de este trabajo trataba de defenderse que el poder immune existe allí donde existe un sistema jurídico que tiende a ser heterorreferencial, la democracia militante viene a demostrar dicha hipótesis. Y ello, como ya se advirtió, no porque este ordenamiento sea enteramente heterorreferencial sino al contrario, porque de promedio es autorreferencial, pero se aproxima al patrón de funcionamiento

²⁷⁵ Sobre la legitimidad como una cualidad que no tiene que ver con el respeto a las prescripciones jurídicas, véase SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, ob. cit., pp.137 y ss.; y más en extenso en *Legalidad y legitimidad*, trad. J. Díaz García, Aguilar, Madrid, 1971.

²⁷⁶ En términos de LUHMANN, N.: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, ob. cit., pp.68, esto obligaría al ciudadano, no a prever las consecuencias de sus acciones o las de los poderes públicos, sino a «prever las previsiones sobre las consecuencias», ya que resultan indeterminables *a priori*.

contrario cuando se ve involucrado el orden constitucional. Cuando tal cosa sucede, aquél va externalizando su parámetro último de validez pues lo residencia, no en una operación jurídica, sino fuera de la propia normatividad, en un sustrato axiológico: el orden democrático-liberal.

2.1.2. La menor positividad: la intolerancia.

Parte de la eficacia del sistema jurídico, como se ha explicado previamente, depende de su capacidad de adaptación al medio, es decir, del desarrollo de su inmunidad en sentido positivo (positividad). La democracia militante, como democracia que es, ve, por su propia naturaleza, relativamente desarrollada dicha capacidad al ser receptiva a las demandas del entorno social que pretenden traducirse en Derecho. Lo que sucede, no obstante, es que aquélla reduce deliberadamente esa capacidad de acomodo ambiental cuando las expectativas del entorno que pretenden acceder al sistema jurídico se oponen o contradicen al orden democrático-liberal. Ahí la democracia militante se repliega sobre sí misma, reduciendo con ello su positividad (inmunidad en sentido positivo)²⁷⁷.

Al impedir que determinadas opciones puedan perseguirse lícitamente dentro del ordenamiento jurídico por ser contrarias al orden constitucional subyacente, la democracia militante levanta unas barreras defensivas a nivel cognitivo de las que la democracia procedimental carece. Aquéllas actúan como muro de contención de manera que no todas las expectativas sociales son susceptibles de adquirir validez jurídica. De esta manera, el proceso comunicativo de la democracia militante es más estrecho que el de la procedimental, dado que no solo se pliega en el *output* sino primeramente en el *input*: las expectativas contrarias al orden de valores subyacente al texto

²⁷⁷ En este sentido, puede verse como se denominan, aunque se defiendan, «democracias intolerantes» a aquéllas que prohíben determinadas manifestaciones políticas contrarias al régimen democrático para protegerse ellas mismas. Al respecto, por ejemplo, FOX, G.; NOLTE, G.: «Intolerant democracies», *Harvard International Law Journal*, vol.36, num.1, 1995, pp. 1 y ss.

constitucional no son decidibles pero tampoco discutibles²⁷⁸. De ahí que, en sus extremos, la democracia militante sea un sistema intolerante. El tradicional lema de Saint-Just –«no hay libertad para los enemigos de la libertad»– da cuenta de ello.

Si todas las opciones no son potencialmente asumibles por el sistema, en la democracia militante la equivalencia de las mismas se reduce, pues esa posibilidad de alternativa solo existe dentro de lo que no contraría el orden democrático-liberal. Aquella ya no es valorativamente neutral, sino que nace precisamente unida a una serie de opciones materiales sobre las que el edificio constitucional y su funcionamiento se sustentan. Existe un orden axiológico que reviste validez absoluta y, *a sensu contrario*, muchos otros que no lo harán nunca²⁷⁹. El pensamiento posibilista propio de la democracia como proceso se mantiene hasta que el orden constitucional resulte comprometido pues ahí se constriñe, deviniendo determinista. De ahí que, en esos «hard cases», la Constitución democrática militante no sea tanto garantía de posibilidades como *garantía de lo debido*. Es, en sus extremos, la Constitución de lo *políticamente lícito*. No solo hay Constitución, de hecho, sino «voluntad constitucional»²⁸⁰.

Esto explica que la democracia militante se conciba a sí misma, más como un repertorio predefinido por el que velar –un «qué»–, que como una tarea de autodefinición que debe abordarse y reinventarse de forma constante –un

²⁷⁸ STERN, K.: *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, trad. J. Pérez Royo y P. Cruz Villalón, CEC, Madrid, 1987, p. 387 pone de relieve cómo la democracia militante establece una serie de valores que no pueden ser «objeto de la conformación política».

²⁷⁹ En efecto, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha puesto de manifiesto que la Ley Fundamental, de entre el pluralismo existente, escoge determinados principios básicos que, una vez que son aprobados, se reconocen como «valores absolutos», debiendo ser defendidos frente a cualquier ataque; esto es, que no existe un «ordenamiento de valores neutral». Se toma la cita de la BVerfGE 108, 282 –que se remite a otras previas como la BVerfGE 2,1 (12); BVerfGE 5, 85 (139)– traducida al español en el trabajo de SCHWABE, J: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Fundación Konrad Adenauer, 2009, p. 204, disponible aquí: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac6928a29908d6aa&groupId=252038 (última consulta el 30 de abril de 2020).

²⁸⁰ DENNINGER, E.: «Democracia militante y defensa de la Constitución», en BENGA, E.; MAIHOFER, W.; VOGEL, J.; HESSE, K.; HEYDE, W.: *Manual de Derecho Constitucional*, trad. A. López Pina, Marcial Pons, IVAP, Madrid, 1996, p.454.

«cómo»—. Es más *estado* que proceso. La determinación (estática) suplanta a la posibilidad (dinámica). De ahí justamente que, si bien lo característico de la primera era la «lógica del conflicto», la segunda tienda más hacia la «lógica del orden». Mientras que la democracia procedimental buscaba la constante perturbación y se ponía a prueba gracias a ella, la democracia militante, en sus extremos, tiende más hacia la *ataraxia*, pues rehúsa la inestabilidad que genera el detractor.

La búsqueda de la quietud deviene más fácil de advertir al reparar en que la democracia militante es un sistema generalmente instalado en la homogeneidad social y promotor de ésta. La complejidad que genera la diversidad en sus puntos más extremos, el sistema no la absorbe, sino que la expulsa. La perturbación que desencadena la heterogeneidad social más radical ya no se concibe como algo beneficioso, como un estímulo que hace reaccionar al ordenamiento, sino como un potencial ataque al orden constitucional que, en cuanto tal, debe ser neutralizado en aras a preservar la quietud sistémica²⁸¹. Por eso la democracia militante es un sistema cuya capacidad de adaptación (positividad) al medio es reducida porque renuncia a acomodarse al entorno social que trate de negar sus valores fundamentales. Su existencia se orienta a combatir esa posibilidad y, por ende, a preservar en ese punto más extremo su intolerancia.

En este sentido, el parámetro del «self/nonsel self discrimination», propio de la inmunología más originaria, resulta plenamente aplicable a la democracia militante dado que ésta distingue entre «lo propio» y «lo ajeno» aunque esto no se haya formulado tradicionalmente así en el terreno jurídico, sino a través de

²⁸¹ Recuérdese como SCHMITT, C.: *Sobre el parlamentarismo*, trad. de T. Nelsson y R. Grueso, Tecnos, Madrid, 1990, p. 12 sostuvo que lo característico de la democracia era la defensa de lo homogéneo y la destrucción o eliminación de lo heterogéneo, concibiendo la igualdad democrática como simple y llana homogeneidad social.

la dialéctica «amigo-enemigo»²⁸² que sigue, en definitiva, la misma lógica excluyente. La teoría de defensa de la Constitución es justamente la traslación jurídica de aquel incipiente parámetro inmunitario pues no es sino ese arsenal de herramientas orientado a defender lo propio (orden constitucional) y a combatir con determinación lo ajeno (los enemigos), es decir, todo aquello que aun cumpliendo con la legalidad traiciona al orden de valores subyacente²⁸³. Nótese la dificultad más que evidente de fiscalizar intenciones –fines– y no conductas propiamente dichas –medios–, algo que convierte a la democracia militante en un régimen sustancialmente preventivo que se torna difícilmente predecible y peligrosamente arbitrario²⁸⁴.

Los enemigos son los que no comulgan o se oponen al orden constitucional. De esta forma, el recelo hacia el compromiso del individuo con el orden axiológico imperante es el punto de partida y, dependiendo de su grado de adhesión al mismo, aquéllos pueden ser «comprometidos», «tibios» –espiritualmente distanciados pero correctos en las formas–, «críticamente distanciados» –los que rechazan la Constitución– y «los genuinos enemigos de ésta» –radicales y agresivos–²⁸⁵. El grado de no adhesión es, en efecto, el *grado*

²⁸² Esta dialéctica amigo-enemigo se pone perfectamente de manifiesto en SCHMITT, C.: *El concepto de lo político*, trad. E. Molina y Vedia y R. Crisafio, Folios Ediciones, Buenos Aires, 1984, pp. 24 y ss.

²⁸³ DENNINGER, E.: «Democracia militante y defensa de la Constitución», ob. cit., p.484. Desde estos presupuestos se explica, en efecto, la teoría de la lealtad constitucional, como aquella que prevé la sujeción a las normas jurídico-positivas y lealtad a ese orden axiológico que figura como sustrato de las mismas. Un análisis meticuloso de este principio, gestado en la dogmática alemana, y de las dificultades que plantea su importación a un modelo de democracia procedimental, que el propio autor supera, es el llevado a cabo por ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L.: *La lealtad constitucional en la Constitución española de 1978*, CEPC, Madrid, 2008.

²⁸⁴ DE OTTO, I.: *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, ob. cit., p.39. Reflexionando sobre estas cuestiones y poniendo de relieve el elemento de arbitrariedad propio de la democracia militante, INVERNIZZI ACCETTI, C.; ZUCKERMAN, I.: «What's Wrong With Militant Democracy», *Political Studies*, num.65, 2017, pp.182 y ss. Sobre la cuestión de la prevención, puede consultarse también el trabajo de SAJÓ, A.: «From Militant Democracy to the Preventive State», *Cardozo Law Review*, vol. 27, 2006, pp. 2255.

²⁸⁵ Esta es la clasificación que propone DENNINGER, E.: «Democracia militante y defensa de la Constitución», ob. cit., p.485 basándose en la BVerfGE, 39, 334 sobre la lealtad de los funcionarios públicos.

de enemistad de los sujetos que condiciona, a su vez, el nivel de contundencia en la respuesta profiláctica del ordenamiento.

Precisamente porque la democracia militante protege materialmente el orden constitucional democrático-liberal, bloqueando la entrada de las expectativas que lo que lo contradicen, tradicionalmente se ha visto en ella una democracia más combativa, más protegida, más defensiva...en definitiva, más inmune²⁸⁶. En efecto, todos los apelativos relativos a la indiferencia, la vulnerabilidad y sus sucedáneos han sido tradicionalmente predicados, como se ha visto previamente, de la democracia procedimental. La militante –se dirá– no es una democracia huera sino una democracia con talante, con decisión. La teoría de la defensa de la Constitución nace, precisamente, de la desconfianza hacia la democracia (procedimental) como sistema capaz de subsistir por sí solo, pues la concibe como un orden vulnerable o inmunodeficiente, sin defensas²⁸⁷. No en vano se ha visto en aquélla el caballo de Troya a través del cual los enemigos logran insertarse válidamente en el sistema para destruirlo²⁸⁸. Defender a la democracia (militante) se torna entonces en una tarea consistente en proteger ese orden de valores subyacente al texto constitucional.

Ahora bien ¿hace eso de la democracia militante un sistema más inmune (autorreferencial y positivo)? No parece que así sea. Como se ha visto, la inmunidad debe predicarse *del ordenamiento en sí*, a través de dichas cualidades. No solo la primera, como se explicó previamente, se ve reducida en este tipo de sistemas, dado que el parámetro último de validez se sitúa fuera de

²⁸⁶ Así recuerda estos distintos apelativos en su recapitulación THIEL, M.: «Germany», en THIEL, M. (Ed.): *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies*, Ashgate, Surrey, 2009, p.109.

²⁸⁷ LOEWENSTEIN, K.: «Militant democracy and fundamental rights», ob. cit., pp. 423- 424 pone claramente de manifiesto el componente autodestructivo que, a su juicio, contiene la democracia (procedimental), incapaz de luchar contra sus enemigos al permanecer encerrada en lo que el autor llama «la ceguera formalista». En términos similares lo explica STERN, K.: *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, ob. cit., p.388. La clásica obra en términos sociológicos sobre los riesgos que conlleva la apertura del sistema es la de POPPER, K.: *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. E. Loedel, Buenos Aires, Paidós, 1957.

²⁸⁸ LOEWENSTEIN, K.: «Militant democracy and fundamental rights», ob. cit., p. 424.

las fronteras de la normatividad, sino que la segunda –capacidad de adaptación– también se rebaja al poseer aquélla inquebrantables barreras cognitivas frente al entorno social. Desde el momento en que el sistema jurídico cierra la puerta a que determinadas opciones puedan reivindicarse lícitamente en el seno de lo jurídico, el mismo asume el riesgo de que las mismas traten de imponerse obviándolo. La militancia fomenta huidas del Derecho, el surgimiento de fuerzas y manifestaciones políticas y sociales que nacen y se desarrollan al margen de aquél. Para determinados sectores de la población, el sistema jurídico puede devenir en un sistema inútil para estabilizar ciertas expectativas de conducta a través del uso de la coacción, recurriendo a otros para hacerlo. Los excluidos del sistema –los enemigos– son susceptibles de resurgir con fuerza para anular lo que les niega y este no es un buen pronóstico para el mantenimiento de la eficacia generalizada del ordenamiento.

La democracia militante, al verter su fuerza en la defensa de una determinada secuencia de valores (orden constitucional), flaquea en la tarea de defenderse a sí misma como sistema autorreferencial y positivo (ordenamiento jurídico). De alguna manera considera que la estabilidad del ordenamiento depende, en último término, de la estabilidad de los propios elementos –el orden democrático-liberal– y no de su funcionamiento recursivo y dinámico, abierto y plural, también en esos casos más extremos en los que aquél está en juego²⁸⁹. Aquélla, digamos, gestiona la inestabilidad procedente del entorno hasta que ésta compromete la vigencia misma del orden democrático-liberal. Ahí la democracia militante no gestiona dicha complejidad sino que la erradica, la suprime. Ésta entiende que ser inmune es ser estable en ese sentido muy preciso –ataráxico– sin advertir que la estabilidad no proviene del aislamiento ni de la quietud sino justamente de la capacidad para relacionarse con los estímulos y las perturbaciones, internos y externos; también con aquéllos que revisten un carácter más extremo o transgresor, que son los que verdaderamente

²⁸⁹ LUHMANN, N.: *Sociedad y sistema. La ambición de la teoría*, ob. cit., p.121.

ponen a prueba el grado de tolerancia del sistema y, en consecuencia, de inestabilidad que éste es capaz de gestionar. Por eso, la estabilidad de la democracia militante es, generalmente, ausencia de perturbación social extrema. De ahí que funcione en contextos sociales relativamente homogéneos²⁹⁰ en los que, al no existir manifestaciones ideológicas radicales de cierta entidad, es capaz de comportarse de manera autorreferencial.

2.2. Los instrumentos de defensa de la Constitución como inmunidades del poder.

La democracia militante tiene una vertiente positiva o estrictamente militante, de contribución activa a la defensa de unos valores considerados esenciales para el mantenimiento del orden democrático-liberal. Sin embargo, también tiene una vertiente negativa que complementa la anterior, dirigida a combatir todas aquellas manifestaciones que ponen en tela de juicio la vigencia del orden constitucional²⁹¹. Ese combate se hace fundamentalmente a través de los mecanismos de defensa de la Constitución los cuales están orientados, en último término, a impedir o reprimir los ataques a ese orden constitucional subyacente. En ausencia de los mismos –se entiende– sería posible que, a través del procedimiento jurídicamente válido, se terminase por quebrantar dicho orden material. Esto explica, como se verá con mayor detenimiento en las próximas páginas, que aquéllos sean instrumentos puestos al servicio de la preservación del orden constitucional y no del ordenamiento jurídico.

Si el orden democrático-liberal es precisamente, en la democracia militante, ese *poder immune*, los instrumentos de defensa de ésta serán, en

²⁹⁰ BASTIDA FREIJEDO, F.: «De las aperturas y defensas de la Constitución», ob. cit. p.17.

²⁹¹ Parece así que este perfil de democracia combatiente encajaría en lo que SCHEPPELE, K. L.: «Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models», *International Journal of Constitutional Law*, vol.1, issue 2, 2003, p. 300, denomina «aversive constitutionalism» entendiéndolo por tal aquél que se fija, no tanto en las metas que el sistema pretende alcanzar o promover sino en lo que, de todo punto, debe evitarse, basando así las decisiones en rechazos y exclusiones fundamentalmente.

puridad, inmunidades del poder (heterorreferencialidades) en cuanto manifestaciones reflejas de aquél. Son herramientas que no tratan de velar por la autorreferencialidad y positividad del sistema, sino por la preservación del orden de valores subyacente al texto constitucional. Solo entran en juego, por tanto, cuando aquél se ve comprometido y no en la generalidad de las situaciones ordinarias. No obstante, son coherentes con la propia naturaleza de la democracia militante: si ésta es un sistema que tiende hacia la heterorreferencialidad, sus instrumentos de defensa tratarán de preservar esa estructura. Por eso no son patologías, sino herramientas consustanciales al carácter militante de la democracia y, en último término, a la heterorreferencialidad que la misma exhibe en sus extremos. Al estar orientados, no a defender la normatividad en sí misma sino el orden constitucional, hacen posible el lícito combate de actuaciones que, observando la legalidad, constituyan una amenaza para la Constitución material y la legalización de aquellas otras que, infringiendo el ordenamiento jurídico, defiendan el orden constitucional, razón por la cual dejan de ser antijurídicas por legítimas. El objetivo de los instrumentos de defensa de la Constitución es, en definitiva, que ese *poder immune* que es el orden constitucional democrático-liberal se mantenga y, por tanto, que el sistema perpetúe esa heterorreferencialidad que porta en sus extremos últimos.

2.2.1. *La prohibición del ejercicio antisistema de los derechos fundamentales.*

Al igual que sucedía en la democracia procedimental, en la democracia militante los derechos fundamentales también coadyuvan a mantener la autorreferencialidad y positividad sistémicas propias de cualquier ordenamiento democrático, haciendo posible la existencia de un proceso comunicativo abierto y plural con el entorno social. De esta manera, en la

inmensa mayoría de las situaciones que son, digamos, las axiológicamente indiferentes para el sistema, aquéllos se ponen al servicio del proceso comunicativo y, por tanto, coadyuvan a mantener las anteriores cualidades inmunitarias del ordenamiento. Lo que sucede, no obstante, es que esta función que se les atribuye con carácter general resulta alterada en los extremos últimos del sistema, esto es, cuando esa indiferencia valorativa se difumina al estar en juego el orden democrático-liberal.

En tal escenario, los derechos fundamentales se convierten en mecanismos puestos, primordialmente, al servicio del mantenimiento de tal orden (heterorreferencialidad), no al del mantenimiento del sistema como tal. Aparecen así, entonces, *materialmente funcionalizados*. Su finalidad última no es ser, sencillamente, ejercidos sino *no ser ejercidos contra* el orden constitucional democrático-liberal. Desde el momento que se anuda un objetivo –o mejor dicho un no-objetivo, esto es, un objetivo a evitar– al ejercicio de un derecho fundamental, se admite implícitamente, que aquél no es, en puridad, un fin en sí mismo sino un *medio*, en este caso para salvaguardar y realizar dicho orden de valores sobre el que se apoya la democracia militante. A través de su ejercicio por los ciudadanos se defiende también, de forma difusa y descentralizada, la Constitución material²⁹².

Esta concepción cobra todo su sentido si se recuerda que la Constitución militante no establece un marco jurídico sino que diseña e impone también un determinado orden político. Sería incoherente que una Constitución que trata de establecer, en último término, lo políticamente lícito –el orden democrático-

²⁹² No en vano el Tribunal Constitucional Federal alemán afirmó que la República Federal alemana «es una democracia que espera de sus ciudadanos una defensa del orden democrático liberal (...)». BVerfGE 28, 36 (48). En la misma línea, pero en sede doctrinal, por ejemplo, FALLER, H.: «Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania», *Revista de Estudios Políticos*, núm.7, 1979, p.68 ha puesto de manifiesto que la Constitución solo puede defenderse de forma eficaz cuando todos los ciudadanos asumen su responsabilidad en la preservación del orden liberal-democrático. En términos muy similares, THIEL, M.: «Germany», en THIEL, M. (Ed.): *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies*, ob. cit., pp.115-116 manifiesta cómo este modelo de democracia necesita ciudadanos militantes.

liberal— concibiese a los derechos fundamentales como disposiciones de lo políticamente posible en su más amplia extensión, es decir, como apoderamientos subjetivos que sirvieran, en último término, también para negarlo²⁹³. Los derechos fundamentales son, en este sentido, garantías de lo posible para el ciudadano dentro del espectro de situaciones axiológicamente indiferentes para el sistema, pero se tornan en *garantías de lo debido* cuando el orden democrático-liberal se ve directamente interpelado. Ahí los reductos de libertad para la autodeterminación personal en que aquéllos consisten parecen traducirse más bien en competencias, orientando en un determinado sentido la conducta de sus titulares.

Así, si en el marco de una democracia procedimental aquéllos funcionaban como canales puestos a disposición del medio a través de los cuales podían expresarse o reivindicarse cualesquiera expectativas sociales, aliviando la tensión que su falta de canalización pudiera provocar; en la democracia militante son canales, en último término, puestos a disposición de una parte del entorno social, aunque sea la inmensamente mayoritaria: la que comulga con el orden constitucional, lo que reduce la positividad del sistema (inmunidad en sentido positivo). Los derechos fundamentales, por tanto, ya no operan como garantías también del enemigo —del que niega dicho orden constitucional— sino como *garantías del amigo* del sistema. El primero está, así pues, obligado a salir del ordenamiento jurídico para reivindicarse. No tiene derechos fundamentales sino elección entre el silencio o la deslealtad. El respeto al orden constitucional subyacente al texto constitucional, por tanto, no es solo condición para el ejercicio de los derechos fundamentales²⁹⁴ sino que deviene también en una

²⁹³ Esta función se observa con claridad en la teoría axiológica de los derechos fundamentales, asentada sobre la teoría integracionista de la Constitución que concibe a los derechos fundamentales como mecanismos que sirven para «realizar» determinados valores de la comunidad. Véase al respecto, SMEND, R.: *Constitución y Derecho Constitucional*, ob. cit., pp. 225 y ss. Una explicación de la misma también puede encontrarse en BÖCKENFORDE, E.: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, ob. cit., pp. 57 y ss.

²⁹⁴ Esto se aprecia con palmaria claridad, por ejemplo, en el art. 5.3 GG dado que expresamente se establece que «La libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución.»

justificación poderosísima para imponer limitaciones muy sustanciales a aquél²⁹⁵. Evidentemente, si éstos son medios al servicio de un fin material concreto –la conservación del orden democrático-liberal– en aras a conseguir dicho fin pueden limitarse los medios.

Desde esta concepción se explica que parte de la defensa de la Constitución militante pase por impedir que, a través del ejercicio de los derechos fundamentales, se introduzcan en el proceso comunicativo expectativas sociales que resulten contrarias al orden democrático-liberal. Lo que sucede es que tal cosa es algo que no puede juzgarse a partir del Derecho positivo sino, necesariamente, a través de criterios externos a la propia normatividad y, por ende, forzosamente heterorreferenciales. La reducción en el *input* –en la entrada del sistema (deliberación)– se lleva a cabo, así pues, proscribiendo el ejercicio antisistema de los derechos fundamentales. Se prohíben, por ejemplo, asociaciones cuyos fines o actividades atenten contra el orden constitucional (art.9.2 GG) y, como manifestación de aquéllas, los partidos políticos que, por sus fines o el comportamiento de sus adherentes, «tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania» (art.21.2 GG)²⁹⁶. El objetivo no es otro sino combatir «la hostilidad

²⁹⁵ Véase por ejemplo el art. 10.2 GG que, tras sancionar como derecho fundamental el secreto de las comunicaciones y establecer que su limitación solo puede llevarse a cabo por ley, seguidamente establece que si ésta «está destinada a proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un Land, la ley podrá disponer que no se informe al afectado y que el recurso jurisdiccional sea reemplazado por el control de órganos y de órganos auxiliares designados por los representantes del pueblo». Lo mismo sucede en el caso de la libertad de circulación y residencia que, de acuerdo con el art.11.2 GG, debe limitarse por ley excepto, entre otras cosas, «cuando fuese necesario para defenderse frente a un peligro que amenace la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un Land».

²⁹⁶ La bibliografía sobre este particular es extensísima. Véanse, entre muchos otros, los trabajos de SCHNEIDER, C.: «Political parties and the German Basic Law», *The Western Political Quarterly*, vol. 10, num.3, 1957, pp. 527 y ss.; IPSEN, J.: «Political parties and constitutional institutions», en STARCK, C. (Ed.): *Studies in German Constitutionalism*, Nomos Verlagsgesellschaft, Bade-Baden, 1995, pp.195 y ss., WISE, J.: «Dissent and the Militant Democracy: The German Constitution and the Banning of the Free German Workers Party»,

organizada contra la Constitución»²⁹⁷. Su expulsión del ordenamiento jurídico es, en definitiva, una forma de luchar contra los enemigos del sistema que tratan de utilizar sus disposiciones para dinamitarlo. Dicha destrucción se consuma con la mera intención de reivindicar opciones contrarias al ideario democrático-liberal impuesto, aun cuando no se produzcan infracciones de la normatividad (conductas/actividades)²⁹⁸. Por eso la prevención emerge como un mecanismo profiláctico imprescindible.

Precisamente porque los derechos fundamentales ostentan ahora una finalidad determinada, la teoría del «abuso de los derechos fundamentales» (art.18GG)²⁹⁹ cobra todo su sentido. Se abusa de éstos cuando, aun respetando las normas, se ejercen con el objetivo de combatir el orden democrático-liberal, es decir, con una finalidad constitucionalmente ilegítima³⁰⁰. El ejercicio de los derechos fundamentales se escinde así en dos. Hay un ejercicio *leal*, no solo jurídica sino políticamente lícito, que mantiene la autorreferencialidad del sistema; y otro *antisistema*, proscrito. Dicha dualidad evidencia, de nuevo, la diferencia basal entre lealtad y sujeción sobre la que pivota la democracia militante³⁰¹. La consecuencia insoslayable del abuso de los derechos fundamentales no es otra sino la pérdida de aquél del que se ha abusado (*ex art.18 GG*) durante un determinado periodo de tiempo³⁰², puesto que el sistema

University of Chicago Law School Roundtable, vol.5, issue 1, pp.1998, pp.301 y ss., o la obra de MORLOK, M.: *Escritos de Derecho de Partidos*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

²⁹⁷ STERN, K.: *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, ob. cit., p.402.

²⁹⁸ Así lo explican, entre otros, IPSEN, J.: «Political parties and constitutional institutions», ob. cit., pp.195 y ss.; y también KOMMERS, D.: *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, ob. cit., p.223 basándose en las consideraciones de BVerfGE 5,85 (142 ss.).

²⁹⁹ El art.18 GG se refiere expresamente a la libertad de expresión, de opinión, particularmente la libertad de prensa (art.5.1 GG), la libertad de enseñanza (art.5.3 GG), de reunión (art.8GG), de asociación (art.9 GG), del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (art.10 GG), y al derecho de propiedad (art.14 GG) y de asilo (art.16a GG).

³⁰⁰ STERN, K.: *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, ob. cit., p.396-397.

³⁰¹ Véase al respecto, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L.: *La lealtad constitucional en la Constitución española de 1978*, ob. cit., pp. 40-45.

³⁰² KLAMT, M.: «Militant Democracy and the Democratic Dilemma: Different Ways of Protecting Democratic Constitutions», ob. cit., p. 139 subraya que el art.18 GG no habilita a privar a los sujetos indefinidamente de los derechos fundamentales en cuestión.

detecta en su titular, no un agente respetuoso o, al menos, indiferente hacia el orden democrático-liberal, que sencillamente emite comunicaciones dentro del sistema, sino un elemento disruptivo que trata de destruirlo y, por tanto, que solo genera interferencias. La consecuencia de ser un «traidor» es verse colocado, simple y llanamente, fuera del Derecho³⁰³.

2.2.2. *El derecho penal del enemigo.*

El combate de aquello que se opone al orden constitucional que caracteriza a la democracia militante no se orienta solo a excluir a los sujetos disidentes o detractores (los enemigos) del ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales –que, según se ha visto, están materialmente funcionalizados– sino también a reprimirlos. Dicha pretensión se plasma en la Constitución pero también en el Código Penal, hallando su máxima expresión en el «Derecho penal del enemigo»³⁰⁴. Precisamente porque en la democracia militante existe verdaderamente un enemigo³⁰⁵, resulta coherente que este sistema cree una

³⁰³ THIEL, M.: «Germany», en THIEL, M. (Ed.): *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies*, ob. cit., p. 117 pone de manifiesto precisamente cómo la pérdida de los derechos fundamentales impide al sujeto que la padece invocarlos posteriormente cuando el Estado «ataque de nuevo».

³⁰⁴ La obra de cabecera que se maneja para realizar las posteriores reflexiones es la de JAKOBS, G.: «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», trad. de Cancio Meliá, en JAKOBS, G; MELIÁ, C.: *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 19 y ss. Sobre la clásica doctrina de Jakobs existe una amplia bibliografía. Nos permitimos destacar aquí, dentro de la doctrina española, los trabajos de, entre otros, DEMETRIO CRESPO, E.: «Del 'Derecho penal liberal' al 'Derecho penal del enemigo'», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm.14, 2004, pp. 87 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: «De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo», *Revista Penal*, núm.16, 2005, pp. 123 y ss.; GRACIA MARTÍN, L.: «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'derecho penal del enemigo'», *Nuevo Foro Penal*, núm. 69, 2006, pp. 137 y ss.; GARCÍA AMADO, J.A.: «El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs», *Nuevo Foro Penal*, núm.69, 2006, pp. 101 y ss.; así como los trabajos recogidos en la amplia obra colectiva de CANCIO MELIÁ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.): *Derecho penal del enemigo : el discurso penal de la exclusión*, Vol. I y II, Edisofer, Madrid, 2006.

³⁰⁵ Sobre el papel que el enemigo ha desempeñado en el Derecho penal, con una amplia y detallada revisión histórica, véase el sugerente trabajo de ZAFFARONI, E.: *El enemigo en el Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006. Se ocupa también de su génesis MUÑOZ CONDE, F.: «Los orígenes ideológicos del Derecho penal del enemigo», *Revista Penal*, núm.26, 2010, pp.139 y ss.

respuesta punitiva singularizada orientada a combatirlo porque aquél es, por su propia definición, algo materialmente distinto al ciudadano.

Si aquél es tal no por sus actos sino, en un primer momento, por sus ideas o intenciones, contrarias al orden constitucional, el Derecho penal del enemigo es una respuesta que se adecúa a esa categorización pues no combate actos o conductas sino la peligrosidad del sujeto. Esto explica, justamente, que la reacción punitiva se anticipe a un momento donde no existe un hecho que haya infringido una norma (penal) del ordenamiento y, por tanto, donde solo existe un peligro abstracto para el mantenimiento del orden constitucional. De ahí, justamente, que el sujeto del Derecho penal del enemigo no sea propiamente el infractor, esto es, el que quebranta las normas penales sin comprometer la vigencia del orden constitucional –algo que es propio del ciudadano– sino el que aun sin necesidad de realizar actos concretos que las infrinjan supone un peligro para la subsistencia del sistema. Las ideas o intenciones, si atentan contra el orden constitucional, también delinquen.

Así las cosas, en este escenario no se persigue tanto la contradicción de las normas penales y, por tanto, los hechos antijurídicos, sino más bien peligros abstractos para el mantenimiento del orden constitucional y, en consecuencia, a las personas que tratan de subvertir el ordenamiento (los enemigos). Éstos son perseguidos y juzgados por lo que *son* y no tanto por lo que *hacer*³⁰⁶. Digamos que el enemigo *es* enemigo y el ciudadano, puntualmente, *actúa* como infractor. El Derecho penal *de hecho* deja así paso al Derecho penal *de autor*. Por consiguiente, el proceso penal ya no está orientado fundamentalmente a verificar de forma empírica la comisión de un hecho punible a través de un procedimiento contradictorio sino, más bien, a detectar la existencia de un enemigo, algo que necesariamente se lleva a cabo conforme a unos parámetros basalmente subjetivos (sociales, culturales, vitales, etc.) y, por ende,

³⁰⁶ FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos, R. Cantarero, Trotta, Madrid, 1995, p.821.

heterorreferenciales. La aportación de pruebas cede así su paso a una suerte de diagnóstico³⁰⁷. No resulta entonces difícil observar cómo lo relevante no es tanto la estabilización contrafáctica de ciertas expectativas normativas como el combate de ciertos peligros abstractos y, en consecuencia, la neutralización de sujetos nocivos para la supervivencia del orden constitucional.

El hecho de que sean los enemigos del sistema los que se colocan ahora en el centro de esa singular reacción defensiva es lo que justifica la limitación de las garantías y derechos fundamentales que aquéllos ostentan como detenidos o imputados. La defensa del orden constitucional avala dicha limitación pues quienes pretenden subvertirlo no son ciudadanos, sino enemigos. Quien ha decidido atentar contra el orden democrático-liberal no puede esperar contar con las garantías penales y procesales que éste dispensa a quien es leal con el mismo. Aquél que se ha colocado deliberadamente fuera del radio de actuación del sistema no ha emitido comunicaciones sino interferencias, y eso justifica, en suma, que se le prive de ciertos derechos que de otra forma le asistirían como acusado. Se advierte, entonces, cómo la democracia militante se comporta en el ámbito penal de manera autorreferencial, ajustándose a sus propias reglas generales de funcionamiento y garantías, cuando quien tiene delante es al ciudadano infractor. Sin embargo, abandona paulatinamente sus procedimientos garantistas cuando de lo que se trata es de combatir al enemigo. A quien se considera que no forma parte del sistema porque atenta contra el orden constitucional no se le trata con las herramientas propias del mismo (autorreferenciales) sino que se le priva de las mismas, aplicándosele otras ajenas a él y, por tanto, de corte heterorreferencial.

Esta reacción punitiva es, no obstante, coherente con la heterorreferencialidad en que la propia democracia militante, en último

³⁰⁷ Esta mutación que sufre el proceso penal a raíz del Derecho Penal del enemigo se pone de manifiesto en FERRAJOLI, L.: «El Derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho penal», *Nuevo Foro Penal*, núm.69, 2006, pp.22-23. También, del mismo autor, en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., pp.821-822.

término, se asienta. Si lo fundamental no es tanto proteger las normas sino ciertos valores metapositivos, la infracción del ordenamiento deja paso a la peligrosidad y el fin termina por justificar los medios. En otras palabras: el Derecho penal del enemigo es una reacción heterorreferencial que existe, justamente, porque el sistema que la impulsa –la democracia militante– es, en sus extremos, también heterorreferencial. Responde, por tanto, a la misma lógica. Si en esos extremos más que Constitución como Norma Suprema hay orden constitucional, más que infractores enemigos, más que hechos ilícitos peligros abstractos, resulta coherente que en vez de Derecho Penal exista Derecho Penal del enemigo.

Esta reacción punitiva resulta patológica, sin embargo, cuando se inserta en una democracia procedimental que, como se ha explicado, carece de enemigos y, en consecuencia, solo observa sujetos que, en lo relativo al ámbito penal, pueden cometer ilícitos. Son éstos (actuaciones/conductas) los que se reprimen independientemente de la identidad del sujeto que los comete y de la naturaleza del delito. El problema sobreviene cuando este sistema considera que mantiene mejor su autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo) recurriendo en último término al Derecho penal del enemigo dado que ofrece la falsa impresión de velar mejor por la supervivencia de aquél, de hacerlo más inmune como ordenamiento al resultar especialmente expeditivo para neutralizar ciertas amenazas (terroristas, torturadores, etc.). Cuando tal cosa sucede, la democracia procedimental comienza a usar herramientas de corte heterorreferencial –las propias del Derecho penal del enemigo– que no se cohonestan bien con su naturaleza autorreferencial.

Así las cosas, la existencia de esa reacción punitiva en el seno de la democracia procedimental desdobra al ordenamiento en dos subsistemas penales que conviven de manera independiente³⁰⁸, dualidad que,

³⁰⁸ Así lo expone el propio JAKOBS, G.: «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», ob. cit., pp.42 y 43.

inevitablemente, abre la puerta hacia la heterorreferencialidad³⁰⁹. Existe, por un lado, un sistema penal general orientado a las personas que, en cuanto tal, enjuicia ilícitos y mantiene, en aras a lograrlo, sus pautas generales de actuación, sus garantías penales y procesales, en suma, su autorreferencialidad. Junto a este se superpone otro que, en su afán de combatir a determinados sujetos peligrosos, opera con criterios de funcionamiento de corte heterorreferencial. A la postre, al rebajarle o directamente suprimirle a aquéllos los derechos fundamentales, o alguno de ellos, que le asisten como acusados, este otro Derecho penal termina por privar al individuo de su condición de sujeto de derechos, en suma, de su condición misma de persona.

El sistema en su conjunto, no obstante, parece que mantiene su autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo) porque este Derecho penal del enemigo no opera en la generalidad de las situaciones y, cuando lo hace, parece ponerse al servicio de la conservación de aquélla. Sin embargo, el recurso del sistema al Derecho penal del enemigo quizá sea la prueba más concluyente de su derrota o, si se quiere, de la victoria de esos pretendidos enemigos. Si en ese afán por protegerse, el ordenamiento autorreferencial se ve abocado a operar fuera de sí mismo, abandonando el escrupuloso respeto a los medios (jurídicos) que son, en último término, los que le permiten mantener dicha cualidad, aquél no ha sabido protegerse como sistema autorreferente y positivo pues se ha visto obligado a abandonar sus propias operaciones, a salir de su propio funcionamiento recursivo. Se ha defendido «fuera de sí mismo» y eso es algo que se concilia mal con la pretensión de autorreferencialidad que aquél alberga. Así, no resulta descabellado sostener que el Derecho Penal del enemigo sea, en puridad, una contradicción desde este punto de vista. Donde

³⁰⁹ Permítase aclarar que es en el seno de la democracia procedimental donde se produce ese desdoblamiento pues, como sistema autorreferencial, éste tiende a la unidad. La democracia militante, al ser un sistema que tiende hacia la heterorreferencialidad, ya está desdoblado en sí mismo. El Derecho penal del enemigo es, en este sentido, una consecuencia más de ese desdoblamiento (heterorreferencialidad) inherente a la propia configuración del sistema.

hay verdadero Derecho penal no hay enemigos (ni amigos), sino individuos infractores de normas y, por tanto, culpables o inocentes; y donde hay enemigos no hay auténtico Derecho Penal sino algo más parecido a la fuerza, a la guerra, que al Derecho como sistema normativo (heterorreferencialidad)³¹⁰.

2.2.3. *Las cláusulas de intangibilidad.*

Si la esencia misma de la democracia militante reside en el orden axiológico subyacente al texto constitucional, la defensa de la Constitución no solo pasa por impedir que las expectativas sociales contrarias o lesivas para el orden constitucional se introduzcan en el proceso comunicativo (*input*) sino que las mismas puedan traducirse en norma, positivizarse al más alto nivel normativo (*output*). Las barreras a la deliberación se acompañan de barreras en la decisión. La forma que tiene la democracia militante de impedir que las opciones contrarias al orden democrático-liberal puedan tener una salida constitucional es, precisamente, estableciendo límites materiales –cláusulas de intangibilidad– a la reforma de la Constitución, vetando la posibilidad de que a través de ésta pueda alterarse o destruirse el antedicho orden³¹¹, como lo hace, por ejemplo, el art.79.3 GG en relación con el art.20.1 y 3 GG.

El orden democrático-liberal, por tanto, queda sustraído al propio poder de reforma constitucional que ya no es absoluto sino que aparece limitado, no solo procedimental sino, que es lo que aquí interesa, materialmente pues dicha cláusula de intangibilidad es, a su vez, intangible, esto es, no susceptible de

³¹⁰ En este sentido se manifiestan, entre otros, FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p.828; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p.166.

³¹¹ En este sentido, SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, ob. cit., pp.57 y ss., y 123 y ss., ponía de manifiesto que el hecho de que la Constitución pudiera ser reformada no significaba que «las decisiones políticas fundamentales» de aquélla pudieran ser suprimidas. Lo que resulta susceptible de ser reformado son «las leyes constitucionales», pero no tales decisiones que conforman la auténtica Constitución. La competencia para reformar la Constitución –sostiene– no tiene competencia para crear una nueva Constitución. Eso solo puede ser obra del acto constituyente del pueblo.

reforma³¹². Desde este punto de vista, resulta comprensible que puedan existir «normas constitucionales inconstitucionales»³¹³, pues existen ciertas normas (metapositivas) –las que condensan el sustrato axiológico de la Constitución– que gozan de un rango superior a todas las restantes, convirtiéndose así en su parámetro de constitucionalidad. Lo metapositivo se convierte así en criterio de validez de lo normativo. La heterorreferencialidad, entonces, se abre paso inevitablemente.

Debe advertirse, no obstante, que la función que desempeña la cláusula de intangibilidad en el sistema jurídico no puede precomprenderse y, en este sentido, aislarse totalmente del concreto ordenamiento en el que se inserta. Esto es justamente lo que permite explicar que la función de aquella no sea la misma en una democracia militante que en una democracia procedimental, al menos en los términos previamente explicados, porque el funcionamiento de ambos sistemas no es el mismo y, en consecuencia, tampoco coinciden los aspectos que aspiran a sustraerse al poder de reforma constitucional. En el caso de la democracia procedimental, como se explicó anteriormente, aquella estaría orientada a proteger la propia apertura del ordenamiento, esa siempre latente posibilidad de lo otro. Al blindar jurídicamente la existencia de los derechos fundamentales, dicho límite material asegura que el sistema pueda seguir contando con esas condiciones jurídicas últimas para que la democracia pueda seguir siendo *en el futuro* ese procedimiento comunicativo abierto y plural y el ordenamiento jurídico autorreferente y positivo en su conjunto.

³¹² De no ser así, sería posible reformar el contenido jurídicamente blindado reformando la Constitución, en un primer momento, para suprimir la citada cláusula y, posteriormente, para acometer la reforma material que se precise. A favor de esta opción se posiciona, por ejemplo, BISCARETTI DI RUFFIA, P.: «Sui limiti della revisione costituzionale», ob. cit., p.165. En contra, entre otros, MORTATI, C.: «Concetto, limite, procedimento delle revisione costituzionale», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1952, pp.394 y ss.

³¹³ Sobre esta cuestión, consúltese más extensamente la clásica obra de BACHOF, O.: *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, trad. L. Álvarez Álvarez, Palestra Editores, Peru, 2008.

En el marco de una democracia militante, sin embargo, la cláusula de intangibilidad persigue fundamentalmente el mantenimiento del orden de valores subyacente al texto constitucional, que es lo que resulta jurídicamente indisponible. El objetivo es perpetuar la sustancia, la decisión fundamental de la Constitución (contenido), no los procesos (la forma). En consecuencia, la cláusula de intangibilidad ya no se pone tanto al servicio de las cualidades inmunitarias del sistema (autorreferencialidad y positividad) sino que se convierte, más bien, en una cláusula al servicio de un orden axiológico ajeno al terreno positivo. El objeto de protección ya no son las condiciones jurídicas últimas que permiten que el sistema sea abierto y plural en el tiempo –los derechos fundamentales– sino lo que se sitúa fuera del ordenamiento y lo trasciende: el orden democrático-liberal.

Así pues, a lo que aspiran en este caso las cláusulas de intangibilidad no es tanto a que el sistema democrático pueda seguir siendo tal en el futuro y, en consecuencia, lo más autorreferencial y positivo posible, sino a que el orden constitucional subyacente siga siendo tal y, por tanto, a que el ordenamiento siga manteniendo, en último término, la heterorreferencialidad que porta en sus extremos. Aquéllas, por tanto, no se ponen al servicio del ordenamiento jurídico y, por ende, de la Constitución como Norma Suprema, operando como una cláusula de autorreferencialidad; sino al servicio del orden constitucional y, en consecuencia, de la Constitución material, actuando más bien como una cláusula de heterorreferencialidad.

2.2.4. *El derecho de resistencia.*

Por si acaso todos los medios de defensa fallaran y los ataques contra el orden fundamental democrático-liberal hubieran conseguido sobrepasar las barreras impuestas en el *input* y en el *output* del sistema, la democracia militante trata en último término de salvaguardarse estableciendo como derecho

la resistencia de los ciudadanos frente a cualquiera que trate de destruir dicho orden cuando no fuere posible otro recurso, como lo hace el art.20.4 GG. La defensa del orden constitucional no solamente ampara, por tanto, la ilegalización de actividades formalmente legales, como se vio previamente, sino la legalización de actividades antijurídicas, como es la inobservancia generalizada del ordenamiento (*ius resistendi*)³¹⁴. Dicho derecho de resistencia desempeña, no obstante, una función conservativa y no sustitutoria, pues su fin último es impedir la aniquilación de ese orden constitucional amenazado no instaurar otro diferente. De ahí que, para que pueda entrar verdaderamente en juego, deba producirse efectivamente un intento cierto de destrucción del mismo y acreditarse la inexistencia o imposibilidad de recurrir dentro del sistema a otros mecanismos de defensa para contrarrestarlo (subsidiariedad)³¹⁵.

Incapaz, el sistema jurídico, de ver asegurada su eficacia a través de sus propios medios, convierte en derecho –y en cierto modo, también en deber– el incumplimiento generalizado de un deber –la sujeción a las normas– juridificando así la resistencia frente a sí mismo, es decir, frente a la propia normatividad³¹⁶. Aquél rompe, en efecto, la presunción de legitimidad de las normas. En su existencia se aprecia, de nuevo, la dicotomía entre legitimidad y legalidad sobre la que se asienta, en último término, la democracia militante, la disociación más radical e incluso inconciliable entre fines y medios. En pro de la defensa del orden constitucional, se autoriza la propia inobservancia del ordenamiento jurídico. Cuando lo jurídico se torna insuficiente para proteger

³¹⁴ Así lo pone de manifiesto Ralf Dreier, en la cita que a él se hace en LÓPEZ GUERRA, L.: «Algunas consideraciones sobre el derecho de resistencia: insurrección, resistencia y desobediencia civil», en MORENO CATENA, V (Ed.): *Constitución y Derecho Público. Estudios en Homenaje a Santiago Varela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p.270.

³¹⁵ Así lo explica, entre otros, THIEL, M.: «Germany», en THIEL, M. (Ed.): *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies*, ob. cit., p.127.

³¹⁶ En este sentido señala DENNINGER, E.: «Democracia militante y defensa de la Constitución», ob. cit., p.481 que el derecho de resistencia «se sale del sistema de dirección pública mediante normas».

lo metapositivo, es legítimo y necesario –se entiende– prescindir de ello³¹⁷. Por eso la defensa del orden constitucional llega a amparar, es decir, a reconocer jurídicamente, actuaciones plenamente antijurídicas (la infracción generalizada de las normas).

Resistir frente al Derecho es la única forma, se dirá, de asegurar la vigencia de la verdadera Constitución, la material, pues de lo que se trata, como ya se apuntó, no es de asegurar la pervivencia del sistema como orden autorreferencial y positivo, sino de lo que está situado más allá de éste y lo trasciende: el orden constitucional subyacente. De nuevo, la existencia de una estructura heterorreferencial genera las consiguientes heterorreferencialidades, siendo el derecho de resistencia, quizá, la más excelsa de todas ellas. Lo que hace el *ius resistendi* no es otra cosa sino erigir al ciudadano en soberano (poder inmune) habilitándole para que ejerza por sí mismo su derecho natural retenido. Quien válidamente puede infringir las normas, decidiendo cómo y cuándo hacerlo ocupa, indudablemente, el lugar del *legibus solutus*³¹⁸. Y éste es, por definición, el máximo exponente de una estructura heterorreferencial.

Sin embargo, desde el punto de vista de un sistema autorreferente y positivo, el derecho de resistencia así considerado es una patología y, en ese sentido, la demostración o el reconocimiento claro y evidente de la propia asfixia del aquél. Si para defenderse como tal, el ordenamiento debe enviar a los sujetos fuera de sí mismo, obligándoles a revelarse e imponerse *extra ordinem*, esa defensa es, más bien, su propia rendición pues supone autorizar la ruptura de su autorreferencialidad, instando el mantenimiento de ciertas expectativas sociales

³¹⁷ De ahí que SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, ob. cit., p. 224 sostuviera que el derecho de resistencia es un derecho inalienable e inorganizable, de forma que no es «una posibilidad procesal que demanda la medida de las leyes». Es justo lo contrario, el «no-ley».

³¹⁸ Esta idea se pone de manifiesto con claridad en THIEL, M.: «Germany», en THIEL, M. (Ed.): *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies*, ob. cit., p.127, cuando sostiene que la democracia militante envía a los ciudadanos como milicia para defender el orden constitucional, siendo ellos quienes deciden cómo hacerlo y qué medios emplear.

(el orden axiológico fundante) al margen de sí mismo³¹⁹. Esto es justamente lo que todo sistema, en cuanto tal (autorreferente y positivo) aspira a evitar³²⁰. Por eso, desde este punto de vista, aquél no es un mecanismo de defensa del ordenamiento sino el resorte que se activa cuando ya no hay ordenamiento eficaz posible³²¹. Si éste ya no puede mantenerse ni defenderse por sí mismo, si a través de sus propios medios no puede prevenir su propia destrucción, el sistema ya ha languidecido pues ha perdido, definitivamente, su inmunidad. Su propia autorreferencialidad se ha disuelto. El *ius resistendi* es, precisamente, el certificado de defunción del ordenamiento jurídico formalmente concebido. Aquél se torna en un acto desprovisto de sujeción normativa que se impone por la fuerza de lo fáctico. ¿Quién controla y cómo dicha resistencia, si ya estamos

³¹⁹ De ahí las críticas tradicionales a la imposibilidad de reconciliar con el positivismo jurídico y, por tanto, con la soberanía del ordenamiento, la juridificación del derecho de resistencia. Véase al respecto, entre otros, HELLER, H.: *Teoría del Estado*, ob. cit., pp.244-245. Entre nosotros, entiende que la Constitución es, en esencia, la positivación del derecho de resistencia RUBIO LLORENTE, F.: «La doctrina del derecho de resistencia frente al poder injusto y el concepto de Constitución», en VV.AA.: *Libro homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, pp.919 y ss. En sentido contrario, como es bien sabido, entendiendo que el derecho de resistencia solo resulta inconciliable con un concepto de legalidad indiferente a todo contenido, ajeno por completo a la justicia material, SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad*, ob. cit., pp.44-45.

³²⁰ Esto explica, en conexión con lo apuntado en la nota precedente, que parte de los autores que han estudiado el derecho de resistencia acaben reconduciéndolo al seno del ordenamiento jurídico, al interior del Estado constitucional, lo que significa en puridad la muerte del mismo (al menos como fue originariamente configurado en la democracia militante). Así, por ejemplo, BURATTI, A.: *Dal diritto di resistenza al método democrático. Per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, Giuffrè Editore, Milán, 2006, quien, tras constatar la absorción de aquél por parte del positivismo jurídico, considera que la traducción constitucional de aquél es «el principio de oposición», instrumentado a través de diversos mecanismos (opinión pública, oposición parlamentaria, sociedad civil, etc.). En términos similares, RUBIO LLORENTE, F.: «La doctrina del derecho de resistencia frente al poder injusto y el concepto de Constitución», ob. cit., pp.922-923 entiende que toda la teoría de los derechos del hombre y del ciudadano entronca con la cuestión del *ius resistendi*, de forma que la resistencia a la opresión aparece jurídicamente garantizada a través del reconocimiento de derechos fundamentales y del principio de separación de poderes. En la misma línea, UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.: «El derecho de resistencia y su constitucionalización», *Revista de Estudios Políticos*, núm.103, 1999, pp.222 y ss. Asimismo, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Derecho y derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, p.377, explica que uno de los signos de la profundización de la democracia ha sido la «institucionalización de la resistencia», es decir, la juridificación de mecanismos que sirvieran para ejercer oposición o control frente a los poderes públicos; lo que vuelve a incardinar la resistencia dentro de los límites de la positividad.

³²¹ BASTIDA FREIJEDO, F.: «La soberanía borrosa: la democracia», ob. cit., p. 434.

fuera de las fronteras del propio ordenamiento jurídico? El poder inmune, esta vez con el individuo por soberano, se hace presente y, con ello, el regreso inevitable al estado de naturaleza.

III

LAS PATOLOGÍAS DEL SISTEMA.

EN ESPECIAL, LAS PATOLOGÍAS EXÓGENAS.

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

La célebre expresión «la lucha contra las inmunidades del poder», tal y como se ha visto en páginas precedentes, condensa dentro de sí una lógica que no resulta predicable de un Estado constitucional. Actualmente ya no estamos en presencia de un ordenamiento jurídico heterorreferencial que con el paso del tiempo —y por presiones externas— crea un control de legalidad de los actos administrativos, pero que no es pleno porque se proyectan en él, como excepciones, reflejos de la inmunidad del poder político que sigue fundamentando dicho ordenamiento. Esas excepciones (inmunidades del poder) que entonces quedaban fuera del control judicial, no eran cuerpos extraños al sistema, sino lógica emanación y pervivencia de la inmunidad general de aquel poder *legibus solutus* que se resistía a desaparecer. La lucha para acabar con esos reductos no susceptibles de fiscalización jurisdiccional que reivindicaba García de Enterría no cuestionaba en sede judicial la heterorreferencialidad última del ordenamiento, sino las deficiencias del principio de legalidad. Era un combate jurídico por el Estado legal de Derecho, no de manera directa por un Estado constitucional.

Esa lucha, sin embargo, era la antesala de un cambio estructural de muchísimo mayor calado a largo plazo: la construcción de un sistema jurídico, no solo susceptible de fiscalizar jurisdiccionalmente a la Administración, sino de estar fundado en la Constitución como Norma Suprema (autorreferencialidad) y no, en último término, en un poder político ajeno y superior a la misma (heterorreferencialidad). No se trataba solo de limitar jurídicamente al poder sino de constituir a los poderes que existieran. Mientras que eso no fuera así, ese poder inmune seguiría existiendo, el sistema seguiría siendo básicamente heterorreferencial y las correspondientes manifestaciones de aquél (inmunidades del poder) seguirían siendo susceptibles de emerger en cualquier momento. De ahí, precisamente, que la lucha contra las inmunidades del poder, a la larga e indirectamente, fuese la lucha por el Estado constitucional. La Constitución como Norma Suprema, en tanto que fundamento y límite de los poderes del Estado, extingue necesariamente esos omnímodos poderes inmunes y, en consecuencia, también las inmunidades que su sola existencia y ejercicio generaban (heterorreferencialidades). Así es que, una vez establecida aquella, la inmunidad deja de ser de ese poder político previo y superior al Derecho y pasa a ser del sistema en sí mismo considerado (autorreferencialidad y positividad). En este sentido, ya solo pueden existir coherentemente *poderes públicos o privados juridificados*, constituidos, creados por el propio ordenamiento y sometidos a él.

En este orden de cosas, las inmunidades del poder parecen más una línea de llegada que de salida. Si los soberanos *legibus solutus* y por consiguiente sus diversas manifestaciones (heterorreferenciales) se han visto desbancados ante el imperio de la soberanía constitucional, parece que el objeto de combate de la lucha tradicional, tal y como se ha venido entendiendo en las anteriores páginas, se ha, en gran medida, desvanecido. Precisamente por ello, el estudio de esta cuestión dentro de las coordenadas jurídicas del S.XXI obliga a adoptar una perspectiva distinta. Por un lado, para no analizar fenómenos suficientemente

estudiados por la literatura jurídica. Por otro, para evitar abordar problemas nuevos con categorías jurídicas que el transcurso del tiempo y el nivel de desarrollo y complejidad del ordenamiento hayan podido dejar obsoletas.

Si en el escenario contemporáneo ya no es posible observar ni admitir la existencia de ningún poder político ajeno al Derecho, sino solo a éste como orden autorreferente y positivo, no queda más remedio que admitir que las anomalías o cuerpos extraños que surjan serán producto de éste, no de ningún poder externo y que, precisamente en cuanto tales, no serán inmunidades (fortalezas) sino todo lo contrario, *patologías del sistema*. Si las defensas del ordenamiento (su particular sistema inmunológico) no actúan o son ineficaces, el cuerpo extraño se enquista en el mismo y anida en él como una patología, como una enfermedad que, si es sistémica, mina y debilita la *identidad* del ordenamiento jurídico y, al hacerlo, su propia *inmunidad*.

Si las inmunidades del poder eran, coherentemente, producto de poderes inmunes, ajenos y previos al ordenamiento jurídico y, por ende, manifestaciones heterorreferenciales, las patologías surgen, por el contrario, en la propia positividad de tal orden. Así, mientras que la lógica de las primeras es basalmente heterorreferencial pues el Derecho observa desde «afuera» cómo el ajeno poder político puede anular sus previsiones, la lógica de las patologías es, en esencia, autorreferencial. Por eso encaja fielmente con la del Estado constitucional. El sistema ya no observa nada fuera de si mismo sino solo su propio interior. Y en esa entropía del sistema jurídico ya no hay inmunidades de ningún poder que le resulte ajeno a aquél sino solo patologías que, en la medida en que emergen y se enquistan en el mismo, dañan su identidad.

Precisamente por ello, independientemente de a quién o a qué beneficie la patología, lo relevante es que es precisamente tal. Esos poderes públicos o privados que pueden resultar favorecidos por las mismas no son algo disociado del Derecho, sino que se insertan dentro de él, de forma que deben ser tratados como elementos del propio sistema. Por tanto, resulta más coherente con la

autorreferencialidad del ordenamiento analizar el funcionamiento de éste desde su propio interior como un todo conjunto y, en consecuencia, estudiar cómo desde la propia normatividad (*ad intra*) puede ir dañándose progresivamente su identidad al gestarse en su interior cuerpos extraños que, cuando no logran identificarse y expulsarse, perviven en el mismo como nocivas patologías. En coherencia con ello, no puede decirse entonces que la reacción contra las patologías sea una lucha contra las inmunidades del poder sino, al contrario, por mantener el poder de supremacía de la Constitución y, en ese sentido, por conservar la inmunidad (autorreferencialidad y positividad) del ordenamiento en su conjunto.

Eso no significa, no obstante, que materialmente no puedan incluso coincidir las manifestaciones clásicas de las inmunidades del poder con las actuales patologías del sistema. En efecto, en el primer capítulo de este trabajo se ha hecho referencia a cómo la jurisprudencia constitucional española conserva dicha calificación para identificar a las áreas exentas de control judicial. Sin embargo, cuando esos reductos no susceptibles de fiscalización jurisdiccional emergen, sin justificación funcional, en un Estado de Derecho como es hoy el imperante, no son propiamente inmunidades de ningún poder ajeno al ordenamiento sino patologías de éste, de ese mismo Estado de Derecho jurídicamente construido.

Asimismo, desde el punto de vista estrictamente material, las contemporáneas patologías, a diferencia de las antiguas inmunidades del poder, no tienen que ver única y exclusivamente con los reductos exentos de la fiscalización jurisdiccional, sino con todas aquellas manifestaciones o elementos que resulten incompatibles con la identidad del ordenamiento. Y ésta, como tendrá ocasión de analizarse en profundidad en las siguientes páginas, no solo tiene que ver con el Estado de Derecho, sino con otros principios estructurales que, sumados al anterior, configuran la identidad sistémica. Por eso, desde el punto de vista de un ordenamiento autorreferencial y positivo, no es solamente

que los reductos no sujetos a control judicial sean, desde esta nueva perspectiva, patologías y no inmunidades del poder, sino que, además, constituyen tan solo una especie dentro de un género mucho más amplio que, en su totalidad, abarca todos los cuerpos que resulten extraños o anómalos para la identidad, sumamente compleja, del sistema en su conjunto.

1.1. Las patologías como ataques hacia la identidad del sistema jurídico.

1.1.1. ¿Qué identidad? El carácter contextual de las patologías.

Las patologías que aquí interesan son las patologías sistémicas, aquéllas que atacan la identidad del ordenamiento jurídico en el que anidan³²². Por tanto, será relevante averiguar cuál es esta identidad y como aparece normativamente configurada, porque de ello dependerá calificar a algo dentro del sistema como

³²² Resulta interesante poner de manifiesto cómo la cuestión de la conservación de la identidad de los sistemas, esencialmente democráticos, ocupa un hueco relevante en las discusiones doctrinales contemporáneas. La deriva regresiva que pueden sufrir y sufren, de hecho, los ordenamientos en lo atinente a su identidad —especialmente en lo que tiene que ver con el Estado de Derecho y el Estado democrático— ha ido ocupando un hueco cada vez más relevante en la iuspublicística comparada. En este sentido, y esencialmente a raíz de la situación política de democracias emergentes como Hungría, Polonia o Turquía, se ha acuñado el término de «democratic backsliding» para hacer alusión, precisamente, al proceso a través del cual los regímenes democráticos van perdiendo los elementos que precisamente justifican su naturaleza democrática, véase la separación de poderes, los derechos fundamentales, etc., aunque en la mayor parte de las ocasiones tal fenómeno se ha analizado desde una perspectiva más politológica que jurídica. Ello, sin embargo, no es óbice para subrayar el interés que tal doctrina reviste y, en último término, para evidenciar la relevancia que indudablemente ostenta la cuestión de la conservación de la identidad de los sistemas en pleno S.XXI. Pueden verse a este respecto, entre muchos otros, los trabajos de BERMEJO, N.: «On democratic backsliding», *Journal of Democracy*, vol. 27, num.1, 2016, pp.5 y ss.; SCHEPPELE, K.L.: «Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 19, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 3 y ss. Este mismo fenómeno regresivo ha sido estudiado también, *lato sensu*, bajo otra gran constelación de denominaciones en tiempos recientes, entre las que cabe destacar «authoritarian constitutionalism» —véase TUSHNET, M.: «Authoritarian Constitutionalism», *Cornell Law Review*, vol.100, num.2, 2015, pp.391 y ss.— «stealth authoritarianism» —véase VAROL, O.: «Stealth Authoritarianism», *Iowa Law Review*, vol. 100, 2015, pp. 1673 y ss.— o «democratic erosion» —véase la obra de GINSBURG, T.; HUQ, A.: *How To Save a Constitutional Democracy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2018, pp. 68-119, entre otros—. Puede consultarse, en esta misma línea, la extensa obra colectiva de GRABER, M., SANFORD LEVINSON, S., TUSHNET, M. (Eds): *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford University Press, Oxford, 2018, donde se analizan estas amenazas en distintos ordenamientos jurídicos.

patológico. Así, donde en unas determinadas coordenadas jurídico-constitucionales hay salud, en otras hay enfermedad (patologías) y a la inversa. Los universales aparecen desterrados: no hay elementos incondicionalmente patológicos o incondicionalmente benignos, en todo tiempo y en todo lugar³²³. Previamente se apuntó, por ejemplo, cómo los instrumentos de defensa de la Constitución resultaban consustanciales a la democracia militante y, en ese sentido, no podían tildarse de patologías en el seno de tal sistema. No así, no obstante, si se previesen en una democracia procedimental. Las patologías son, necesariamente, patologías *con respecto a* un determinado ordenamiento.

Esto permite explicar que, como categoría formal, aquéllas sean potencialmente universalizables –todos los sistemas pueden albergar patologías– y, sin embargo, en términos materiales, devengan profundamente *contextuales o relacionales*. Lo que las identifica es su función, esto es, lo que aquéllas *hacen* (o más bien deshacen) –atacar la identidad del sistema– y no tanto lo que *son* en términos sustantivos. Esto último es, en definitiva, producto de lo anterior y puede adoptar –y en efecto así lo hace– muchas y diversas formas. Por eso el prisma funcional y no el estrictamente material es el adecuado para enfocar la cuestión que ahora nos ocupa. La forma concreta que adopta la patología solo es susceptible de ser correctamente identificada dentro de unas coordenadas jurídico-constitucionales concretas, no al margen de las mismas. No resultan cognoscibles o determinables *a priori*. Para ser abordadas coherentemente desde el punto de vista del Derecho precisan, indiscutiblemente, de una teoría «constitucionalmente adecuada»³²⁴.

³²³ En el ámbito sociológico, DURKHEIM, E.: *Las reglas del método sociológico*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pp. 102 y ss., tratando de explicar cómo debe distinguirse lo normal de lo patológico a nivel social, pone precisamente de manifiesto el carácter relativo de lo segundo, dado que no es predicable por igual de todas las especies, a todas las edades y en todos los ambientes, lo que le lleva justamente a sostener que no existen elementos patológicos en sí mismos, sino tan solo *respecto a algo*.

³²⁴ BÖCKENFORDE, E.W.: *Escritos sobre derechos fundamentales*, ob. cit., pp.67–68.

Situado el debate en estos términos, deviene imprescindible saber, en primer lugar, en qué consiste y dónde se localiza la identidad del sistema pues ésta es, justamente, el foco sobre el que actúan las patologías. Lejos de ser algo etéreo o susceptible de ser deducido de instancias metapositivas o externas al ordenamiento jurídico³²⁵, aquélla debe necesariamente extraerse de su propia normatividad. De lo contrario, estaría incurriéndose, de nuevo, en una peligrosa estructura heterorreferencial. La identidad del ordenamiento sería una suerte de poder inmune capaz de definir y condicionar a éste desde el exterior. Coherentemente en términos jurídico-positivos, no puede haber identidad del sistema fuera del sistema salvo que éste, entonces, deje de ser tal, en el sentido de orden autorreferencial (inmune en sentido negativo).

Aquélla es, así pues, susceptible de ser extraída de unos elementos normativos de rango constitucional muy concretos y singulares que son, justamente, sobre los que se proyectan de forma directa las cualidades inmunitarias de la autorreferencialidad y positividad del ordenamiento: los principios estructurales. Éstos son las normas constitucionales que condicionan más intensa y extensamente la validez de otras normas dado que vertebran el proceso de creación normativa del ordenamiento jurídico en sus niveles superiores y, en ese sentido, estructuran al Estado³²⁶. Ello es precisamente lo

³²⁵ En términos clásicos, y al hilo de las teorías materiales de Constitución, esa identidad del sistema aparecía concentrada en las «decisiones políticas fundamentales», superiores y ajenas a lo que entonces era, tan solo, «ley constitucional», cuyo máximo exponente es SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, ob. cit., pp. 57 y ss. En tiempos mucho más recientes, la cuestión de la identidad del sistema, en términos más politológicos que jurídicos, ha resucitado de la mano de la literatura norteamericana, que trata de hacer de aquélla el resultado de una serie de factores externos al orden positivo, como el pasado de la nación, las aspiraciones políticas, los valores comúnmente aceptados, etc. A este respecto destacan fundamentalmente los trabajos de ROSENFELD, M.: *Identity of the constitutional subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, Routledge, Oxford, 2009; JACOBSON, G.: *Constitutional identity*, Harvard University Press, Massachusetts, 2010; TUSHNET, M.: «How do Constitutions constitute constitutional identity?», *International Journal of Constitutional Law*, vol.8, num.3, 2010, pp.671 y ss.

³²⁶ No en vano se les ha reconocido doctrinalmente como «cláusulas definitorias» del ordenamiento. Así SOLOZÁBAL ECHAVARRIA, J. J.: «Alcance jurídico de las cláusulas definitorias constitucionales (A propósito de la calificación como Cámara de representación territorial)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.15, 1985, pp. 79 y ss.

que permite explicar que la subsistencia del propio sistema jurídico –la conservación de sus cualidades inmunitarias de la autorreferencialidad y positividad– dependa, en gran medida, de la eficacia de esas decisiones programadoras básicas: los principios estructurales³²⁷. Digamos que la autorreferencialidad y positividad (inmunidad) se manifiestan, dentro del ordenamiento, en su identidad, la cual se concreta en sus principios estructurales. De ahí que preservar la identidad del sistema suponga, en definitiva, conservar su inmunidad. Y a la inversa. La inmunidad del ordenamiento depende, en suma, del nivel de inmunidad de que gocen sus propios principios estructurales.

Dependiendo, en primer lugar, de cuáles sean y, en segundo lugar, de cómo estén normativamente configurados en cada ordenamiento particular los principios estructurales, lo observado como patológico variará indefectiblemente. Este último extremo permite explicar que, incluso al amparo del mismo principio estructural, un elemento pueda resultar patológico en un sistema y no en otro, en función de la concreta articulación jurídico-positiva de tal principio. Esto es así porque los principios estructurales no tienen un contenido autónomo e independiente, es decir, no son susceptibles de ser precomprendidos. Carecen de un contenido abstracto susceptible de ser desentrañado *a priori*. Deben ser y son *potencialmente explicitables* en términos jurídicos. De ahí que su contenido deba deducirse de las reglas en las

³²⁷ KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, ob. cit., p.106 ya ponía de manifiesto que la eficacia del orden jurídico no dependía tanto de la eficacia individual de cada una de sus normas sino de la que opera como su fundamento último de validez. Esto explica que esa eficacia generalizada del sistema dependa fundamentalmente de la de la Constitución que, a su vez, pivota sobre la de sus decisiones programadoras básicas: los principios estructurales. De ahí que no resulten relevantes para mantener esa eficacia generalizada del ordenamiento otras normas constitucionales que ostentan una capacidad muchísimo menor, o directamente nula, para condicionar el proceso de producción normativa en sus niveles superiores y, por tanto, para afectar a la propia soberanía de aquél en su conjunto, como las disposiciones relativas a la bandera (art.4 CE) o la capital del país (art.5 CE).

que aquéllos encuentran su manifestación concreta, su desarrollo que, como es lógico, variarán de unos sistemas a otros³²⁸.

Tal contenido autónomo del principio estructural surge, entonces, de la condensación de todas esas explicitaciones normativas en las que aquéllos hallan su materialización y que, *a posteriori*, son las que permiten dotar al principio estructural en cuestión de un contenido propio y autónomo en un sistema jurídico concreto³²⁹. Si se permitiera o abogara por la separación de los principios estructurales de la propia positividad, por su definición *ex ante*, al margen de lo explicitado y concretado en las reglas positivas en los que se manifiestan, se diluiría la autorreferencialidad del sistema (inmunidad en sentido negativo). Aquéllos se erigirían en elementos susceptibles de ser interpretados, no desde la entropía del ordenamiento jurídico, sino desde órdenes distintos al jurídico-positivo, es decir, desde fuera de la normatividad. La identidad del sistema, en suma, se estaría, de nuevo, externalizando (heterorreferencialidad).

No obstante, que el contenido de los principios estructurales deba inferirse del propio sistema normativo no significa que tal cosa pueda hacerse –al menos siempre– de forma directa (*secundum constitutionem*) pues aquél no es absolutamente explícito sino, tan solo, que no debe hacerse desde estándares ajenos a la positividad. En esa labor de dotación de contenido (indirecta) ocupa un papel central la interpretación y, por tanto, la labor fundamentalmente de la jurisprudencia constitucional que, a través de sus pronunciamientos, va interpretando lo que tales principios significan a la luz de su desarrollo en el texto constitucional concreto en cada ordenamiento particular. Lo que sucede es que esa labor de dotación de contenido, dada la

³²⁸ Piénsese, por ejemplo, que, al amparo del Estado democrático, un ordenamiento puede perfectamente configurar tal principio estructural otorgando un mayor peso a la democracia representativa, como el español, y otros a la directa.

³²⁹ DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., p.141. Estudiando en concreto el principio autonómico, véase del mismo autor «Estudios sobre el derecho estatal y autonómico», en *Obras Completas*, ob. cit., p.710.

porosidad que presenta la propia normatividad debido a la apertura internacional y a la adhesión de distintos instrumentos internacionales de los ordenamientos europeos, no se desarrolla únicamente *ad intra*, por el Tribunal Constitucional, sino también *ad extra*, por Tribunales externos³³⁰. En el caso español tal cosa ocurre tanto a través del ya mencionado art.93 CE como del art.10.2 CE, que obliga a que las disposiciones relativas a los derechos fundamentales y las libertades públicas deban de ser interpretadas de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el resto de Tratados sobre esta materia ratificados por nuestro país³³¹, lo que exige, asimismo, tomar

³³⁰ Nos estamos refiriendo aquí, fundamentalmente, a Tribunales externos de carácter internacional. Es cierto, no obstante, que los Tribunales Constitucionales se apoyan también en jurisprudencia emanada de otros homólogos extranjeros a la hora de dictar sus resoluciones. Y es que, en la medida en que los principios estructurales no carecen de un modelo constitucional, formado por una experiencia y cultura jurídica comunes, es relativamente habitual que en esa labor jurisprudencial adquieran cierta presencia las interpretaciones procedentes de jurisdicciones vecinas con las que se comparten similitudes constitucionales. No obstante, esos elementos foráneos son, fundamentalmente, elementos legitimadores de una decisión previamente tomada, no criterios de decisión en sí mismos, dado que pertenecen a otro ordenamiento jurídico. El uso del Derecho y, fundamentalmente, de la jurisprudencia comparada por parte de los Tribunales Constitucionales ha sido estudiado, entre otros, por BOBEK, M.: *Comparative reasoning in European Supreme Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2013 o JACKSON, V.: *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, Oxford, 2010. En España, véanse fundamentalmente los trabajos de TENORIO, P.: «El derecho comparado como argumento de las decisiones del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 108, 2016, pp.275 y ss.; JIMÉNEZ ALEMÁN, A.: «Universalismo y particularismo en el Tribunal Constitucional: sobre su uso (y abuso) de los precedentes extranjeros», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.40, 2017, pp.531 y ss.

³³¹ Este último inciso se ha interpretado, como es bien sabido, en sentido amplio por parte de la jurisprudencia constitucional, de manera que también comprende instrumentos internacionales que, sin versar sobre derechos fundamentales, afecten o incidan sobre los mismos, aun cuando carezcan de fuerza vinculante, tal y como sucede con escritos o recomendaciones de distintos organismos internacionales como la OIT (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre FJ 5º; 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 4º) o el Consejo de Europa (SSTC 15/1982, de 23 de abril, FF.JJ 6º y 7º; 160/1987, de 27 de octubre, FJ 5º; 161/1987, de 27 de octubre, FJ 5º) o, incluso, con el propio Derecho de la Unión Europea, tanto originario como derivado. El Tribunal Constitucional ha venido considerando que, en materia de derechos fundamentales, aquél accede a nuestro ordenamiento por la vía del art.10.2 CE y no por la del art.93 CE, lo que tiene especial relevancia porque despliega efectos diferentes: en el primer caso interpretativos y, en el segundo caso, de aplicación preferente en caso de conflicto con las disposiciones internas en base al principio de primacía. Véanse al respecto las SSTC 28/1991, de 14 de febrero; 64/1991, de 22 de marzo, 26/2014, de 13 de febrero. La bibliografía existente al respecto es ciertamente amplia. Pueden consultarse, entre muchos otros, las obras monográficas de SAIZ ARNÁIZ, A.: *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, CGPJ, Madrid, 1999, y ARZOZ SANTISTEBAN, X.: *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2014.

en consideración la jurisprudencia emanada de sus órganos internacionales de garantía³³².

Que la identidad del sistema se vea moldeada desde ese exterior al que el propio ordenamiento se ha abierto y que, a su vez, vincula a muchos otros ordenamientos, explica, entre otras cosas, la «globalización jurídica en sentido material»³³³, es decir el progresivo proceso de homogeneización jurídica sobre ciertos sectores o materias³³⁴. Tal fenómeno es el que hace, precisamente, que la identidad de los sistemas jurídicos contemporáneos, fundamentalmente los pertenecientes a los mismos ordenamientos supranacionales o internacionales, sea cada vez más similar debido, justamente, a esa integración compartida. Y ello explica, *a sensu contrario*, que las patologías de que estos adolecen sean en muchos casos comunes o, al menos, asimilables. Esto, como es lógico, no

³³² SSTC 116/2016, de 24 de abril (FJ 5º); 198/2012, de 6 de noviembre (FJ 6º).

³³³ ALÁEZ CORRAL, B.: «Globalización jurídica desde la perspectiva del Derecho constitucional español», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.40, 2017, p.247. Esta parece ser la forma más coherente de entender, en términos jurídicos, dicho fenómeno y sus múltiples apelativos. Se ha hablado, entre otras cosas, de «constitucionalismo trasnacional o global» –véanse los trabajos de ACKERMANN, B.: «The rise of world constitutionalism», *Virginia Law Review*, vol.83, 1997, pp.771 y ss.; o KUMM, M.: «The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 20, 2013, pp.629 y ss. También de «ius commune europeo» –véanse BOGDANDY, A.; VILLALÓN, C.; HUBER, P.: *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013– o, en fin, de «constitucionalismo en red», como lo hace BUSTOS GIBERT, R.: *La Constitución en red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, IVAP, Oñati, 2005. No obstante, la globalización jurídica se torna peligrosa cuando se concibe como una suerte de orden democrático de valores global, compuesto por sustancias universales y metapositivas, huérfanas de anclaje normativo pero ampliamente extendidas y compartidas por su relevancia social o política. Así entendida, aquélla podría ser una muestra contemporánea de cómo el viejo Derecho natural (heterorreferencial) se abre paso. Esa es la crítica que a esas concepciones realiza VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: «El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del S.XXI tras 40 años de Constitución Española de 1978», en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L.; PUNSET BLANCO, R. (Coords.): *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018)*, ob. cit., p.47, 50-51.

³³⁴ No abordamos aquí el impacto que la globalización, fundamentalmente económica o financiera, tiene sobre el sistema jurídico, pues dicha cuestión, muy interesante y especialmente compleja, excede nuestro objeto de estudio. Sobre este particular, en clave funcionalista, véanse más extensamente, entre otros, TEUBNER, G.: *Constitutional fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012; PINELLI, C.: «Le teorie del costituzionalismo globale e la sfida dei mercati finanziari», 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, pp. 141 y ss., y del mismo autor «Financial markets and Societal Constitutionalism», *Journal of Law and Society*, vol.45, issue 1, 2018, pp.204 y ss.

significa que aquéllas pierdan su carácter contextual o relacional al que previamente se aludió, sino que tienden a homogeneizarse en términos materiales en la medida en el marco de referencia, el contexto jurídico, también lo hace.

La necesidad de estar a la concreta configuración jurídica que cada ordenamiento hace de sus principios estructurales y, por tanto, a la forma singular en que cada sistema jurídico diseña y articula su identidad, permite poner de relieve otra idea fundamental: que la Constitución no puede contener, en sí misma, patologías. Y es que, si se considerase que una determina prescripción constitucional constituye una patología del sistema, se estarían utilizando como parámetro para realizar tal juicio unos cánones ideales, culturales o académicos, situados por encima del texto constitucional (parámetro heterorreferencial de validez), lo que nos llevaría indefectiblemente a admitir que existen normas constitucionales inconstitucionales³³⁵. Esta posición no resulta asumible desde una perspectiva estrictamente normativista que concibe a la Constitución como Norma Suprema en toda su extensión e independientemente de su contenido. Si de lo que se trata es justamente de preservar las cualidades inmunitarias del ordenamiento (autorreferencialidad y positividad), no resulta coherente valerse de categorías que quiebran los presupuestos metodológicos de los que se parte.

No hay que atender, por tanto, a una identidad ideal, externa a la normatividad, para juzgar la existencia de una patología, sino única y exclusivamente a la que la propia Constitución ha configurado. Cuando se acude a esos cánones externos académicos o culturales para juzgar la acertada o desafortunada existencia de determinados elementos a nivel constitucional, ello sirve, todo lo más, para poner de manifiesto la existencia de un *déficit* de la Constitución en alguno de sus principios estructurales. En cuanto tal, aquél es

³³⁵ Sobre esta cuestión, véase la clásica obra de BACHOFF, O.: *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, ob. cit.

un juicio valorativo porque se hace desde instancias ajenas a la propia positividad, desde el plano de los ideales. El caso paradigmático es, por ejemplo, el de la Monarquía, que constituye un *déficit* respecto al ideal de principio democrático pero no una patología del sistema. Sobre este ejemplo se volverá, de todas formas, más adelante.

No obstante, esto no supone, como es lógico, que tales *déficits* no sean relevantes o que el sistema jurídico deba resignarse eternamente a su tolerancia, sino que, en su caso, adquieren importancia de *Constitutione ferenda*. Los mismos pueden ser valorados a efectos de una eventual reforma de la Constitución, que es el mecanismo correctivo de que ésta dispone para paliarlos si así se considera conveniente³³⁶. Ahí sí ha lugar a que esos ideales democráticos, académicos o culturales adquieran peso, pues constituyen ese horizonte hacia el que puede orientarse el parámetro de validez del sistema para ser, por ejemplo, *más* democrático. Sin embargo, cosa distinta a lo anterior es que los principios estructurales del ordenamiento, tal y como han sido diseñados por la propia Constitución, resulten dañados. Esto es lo que hacen las patologías. A diferencia de los *déficits*, dicha cuestión solo puede juzgarse *ad intra*, desde el propio diseño que el ordenamiento ha hecho de sus principios estructurales, es decir, necesariamente de *Constitutione lata*.

³³⁶ No se está diciendo con ello, no obstante, que la función de la reforma constitucional sea paliar los *déficits* que presenta el sistema. La función de aquélla, como se expuso al inicio de este trabajo, es adaptar el texto constitucional a las expectativas sociales del entorno para evitar que las mismas traten de imponerse al margen del ordenamiento jurídico, que perdería así autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo). Lo que quiere decirse es que la única forma de paliar los posibles *déficits* de que la Constitución adolece es a través de su propio procedimiento de reforma. Como es evidente, si tal cosa quiere llevarse a cabo —y en los términos en que quiera llevarse a cabo— es algo que deben valorar los sujetos políticos legitimados para impulsar la reforma. Precisamente por ello, ésta también es un mecanismo apto para insertar nuevos *déficits* o, sencillamente, perpetuar los existentes al no acometerla.

1.1.2. *Lo esencial de los principios estructurales como identitario: su contenido nuclear.*

La identidad del sistema normativo se concentra en los principios estructurales. En el ordenamiento español, como es bien sabido, son los siguientes: el Estado de Derecho (art.1.1 CE), que impone a todos, poderes públicos y ciudadanos, la sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, limita y condiciona el proceso de creación normativa; el Estado democrático (art.1.1 CE), que determina la participación libre, igual, plural y directa o indirecta de los ciudadanos en tal proceso; el Estado Social (art.1.1 CE)³³⁷, que supedita dicho proceso a la persecución de determinados fines, relativos, en esencia, a la consecución de cotas de igualdad reales y efectivas y, en general, del bienestar social; el Estado Autonómico (art.2 CE), que prevé la descentralización territorial de la creación normativa a través de entes que gozan de autonomía política; y la integración europea o apertura *ad extra* del ordenamiento (art.93 CE)³³⁸, que determina la inserción de nuestro ordenamiento dentro de un subsistema normativo con fuentes y órganos de producción normativa propios y con reglas de articulación normativa autónomas³³⁹.

Al margen de los principios estructurales mencionados, en el art.1.3 CE se contiene también la Monarquía parlamentaria (art.1.3 CE). Lo que sucede es que ésta no determina la forma de Estado, sino la forma de Gobierno. En lo que a la Monarquía se refiere, solo apunta la forma, hereditaria y vitalicia, que

³³⁷ En contra de considerar al Estado Social como un principio estructural, ARAGÓN REYES, M.: *Libertades económicas y Estado Social*, McGraw Hill, Madrid, 1995, pp.126-127.

³³⁸ Sobre la consideración de la posibilidad de apertura *ad extra* como un principio estructural, véase REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1997, p.55.

³³⁹ En relación con los principios estructurales, resulta sugerente la apreciación de ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L.: *La lealtad constitucional en la Constitución Española de 1978*, ob. cit., p.37, quien considera que podríamos hablar de la existencia de un único principio estructural (el democrático) dado que el resto o bien son presupuestos materiales del mismo (Estado de Derecho) o plasmaciones de aquél (Estado Social, Estado Autonómico e integración europea).

adopta un órgano del Estado, la Corona, que no incide en el proceso de creación normativa. Sin embargo, no sucede así en lo que al parlamentarismo respecta. Si bien es cierto que este configura la forma de Gobierno, no lo es menos que, al determinar la distribución de competencias en la producción legislativa (leyes, decretos-leyes, decretos legislativos...), aquél incide de manera indirecta en el proceso de creación normativa. Esta incidencia deviene insoslayable al constatar, por ejemplo, que, gracias a la forma parlamentaria de gobierno, la mayor parte de la legislación es fruto de la iniciativa gubernamental. Además, aquélla no solo configura el establecimiento de la confianza política entre Parlamento y Gobierno, sino también actuaciones combinadas de ambos órganos que afectan a los principios estructurales: la convocatoria de referendos (art.92 CE), la decisión sobre la intervención en una Comunidad Autónoma (art.155 CE) o la misma declaración de los estados de crisis (art.116 CE). Por tanto, el parlamentarismo, aun configurando la forma de gobierno, puede ser tratado como principio estructural del ordenamiento dado que incide sustancialmente sobre el proceso de creación de normas por los órganos superiores del Estado.

La identidad que estos principios estructurales materializan surge, además, por la combinación y realización conjunta de los mismos, brotando así como una identidad común del sistema, no parcelable o disociable o, al menos, no susceptible de tal cosa sin dejar *algo* de ella misma en el intento, ese *algo* que solo surge de la propia interacción de dichos elementos definitorios^{34º}. El total es, a este respecto, algo más que la suma de las partes.

^{34º} Esta concepción armónica y no yuxtapuesta de los principios estructurales —especialmente los del Estado Social, democrático y de Derecho— fue puesta de manifiesto tempranamente por GARCÍA-PELAYO, M.: «Estado Social y democrático de Derecho», en *Obras completas*, vol. II, CEPC, Madrid, 1991, p. 1663-1664. También por DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., p.142 y GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado Social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 201 y ss., entre otros. Siguiendo esta misma lógica, el Tribunal Constitucional ha apuntado que «la Constitución no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos, sino precisamente el orden jurídico fundamental de la comunidad política, regido y orientado a su vez por la proclamación de su art. 1, en su apartado 1, a partir de la cual debe resultar un sistema coherente en el que todos sus contenidos encuentren

Ahora bien, llegado a este punto resulta lícito preguntarse ¿acaso existen en el seno del sistema jurídico elementos que no sean proyección de alguno de los principios estructurales? ¿No hay identidad, al menos «algo de identidad», en todos los elementos normativos que forman parte del ordenamiento? Y, si esto es así, ¿no es una patología todo aquello que ataca a algún elemento del sistema, independientemente de cuál fuera éste, dado que, en todo caso, resultaría subsumible en algún principio estructural? Si bien es cierto que todos los elementos del sistema son susceptibles de ser incardinados en algún principio estructural –y es lógico que así sea dado que, por su condición, aquéllos *estructuran* al propio ordenamiento– no es menos cierto que no todos ellos expresan al mismo nivel o, al menos, con la misma intensidad, su identidad y, por tanto, no todos afectan de la misma manera a las cualidades inmunitarias de la autorreferencialidad y la positividad. Solo lo hacen aquellos elementos que forman parte del *núcleo esencial o definitorio* de tales principios estructurales³⁴¹.

el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles» (SSTC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3º; 12/2008, de 29 de enero, FJ 4º; 52/2017, de 10 de mayo, FJ 2º, entre otras). Asimismo, también ha sostenido que los principios estructurales del ordenamiento son «prescripciones indisociables», de forma que, en muchas ocasiones, la infracción de algunos de ellos conlleva, inevitablemente, la de otros (STC 114/2017, de 17 de octubre, FJ 5º). Esta interrelación de los principios estructurales se pone asimismo de manifiesto en el «principio de unidad de la Constitución» que obliga a interpretar sistemáticamente la Norma Fundamental, de forma que se tengan en cuenta el resto de preceptos y la coherencia interna de la propia Constitución (SSTC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4º; 179/1994, de 16 de junio, FJ 5º; 16/2003, de 30 de enero, FJ 5º; 154/2006, de 22 de mayo, FJ 4º; 13/2014, de 30 de enero, FJ 4º; 52/2017, de 10 de mayo, FJ 2º; 124/2018, de 14 de noviembre, FJ 3º; entre otras).

³⁴¹ DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., p.141. Asimismo, este es el razonamiento que, en términos similares, emplea ALÁEZ CORRAL, B.: *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, ob. cit., pp. 345 y ss., para determinar cuándo deben tramitarse por la vía del art.168 CE las reformas de la Constitución que «afecten» a los principios estructurales del ordenamiento (art.1 CE). La *ratio decidendi* no es otra sino la afectación del núcleo esencial de tales principios, no de cualesquiera manifestaciones que tengan que ver con los mismos. De ser así, resultaría reenviada al art.168 CE prácticamente toda reforma constitucional, ya que cualquier aspecto que pretendiese modificarse guardaría alguna conexión con alguno de aquéllos. Similar razonamiento respecto a la afectación es el que ha seguido la jurisprudencia constitucional a la hora de delimitar las materias que resultan vetadas al decreto-ley (art.86 CE). Ésta ha entendido que la cláusula «no podrán afectar» es sinónima de la prohibición de ordenación general, frontal o directa, pero no de la regulación incidental de las materias vetadas. En consecuencia, lo que le está prohibido al decreto-ley es la regulación del régimen general de los derechos fundamentales –resultando aquí incluido lo relativo al régimen electoral general– (SSTC

Por ejemplo, la independencia judicial (art.117 CE), el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho (art.103 CE) y su control por la jurisdicción (art.106 CE) o los derechos fundamentales que garantizan un ámbito de libertad al ciudadano al someter a normas el ejercicio del poder público, constituyen elementos esenciales del principio estructural del Estado de Derecho de acuerdo con la configuración normativa que este ha adquirido en la Constitución Española. Por el contrario, no condensan la identidad propia del sistema, o lo hacen en menor medida, aquellos elementos que resultan más accesorios dado que si fueran eliminados, el principio estructural al que resultan adscritos prácticamente no «sufriría» –o lo haría muy poco– al no verse directa y sustancialmente afectado³⁴². Por ejemplo, no parece que el derecho a la cultura (art.44 CE) –principio rector de la política social y económica– sea un elemento esencial o definitorio del Estado Social, tal y como aparece jurídicamente configurado en nuestro sistema, mientras que sí lo serían, por ejemplo, las potestades legislativas del Gobierno –legislación de urgencia (art.86 CE) y legislación delegada (art.85 CE)– dado que inciden directa y sustancialmente en la intervención del Estado en la sociedad que es la finalidad perseguida por dicho principio estructural. En consecuencia, no todo lo que resulta subsumible en un principio estructural constituye un elemento definitorio o esencial del mismo.

Así las cosas, el objeto de estudio adquiere entonces unas dimensiones más restringidas. No comprende el análisis de cualquier patología sino de las

182/1997, de 18 de octubre, FJ 6º; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6º, entre otras); la regulación de los aspectos estructurales, esenciales o generales de la organización y funcionamiento de las instituciones estatales básicas (SSTC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 4º; 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 7º, entre otras) y el régimen jurídico-constitucional de las Comunidades Autónomas, incluida la posición que les otorga la Constitución (STC 28/1986, de 20 de noviembre, FJ 2º).

³⁴² Parece más adecuado sostener que eliminar un elemento que no forma parte del contenido esencial del principio estructural afectaría o dañaría muy poco a éste, más que sostener, de forma categórica, que no lo haría. Si el funcionamiento del sistema es gradual y todos los elementos se adscriben a un principio que es, efecto, la abstracción de todos ellos, esa afectación existirá, aunque lo haga a un nivel muy bajo, casi nulo en ocasiones. En otras palabras: no hay afectación vs. no afectación sino más o menos afectación. Este trabajo pone de relieve que la patología sistémica surge cuando la afectación al principio estructural en cuestión es muy alta, dado que se combate un elemento esencial del mismo.

patologías sistémicas, de las que minan y debilitan, de forma directa y sustancial, los aspectos esenciales, nucleares o definatorios de los principios estructurales del ordenamiento tal y como éste los ha jurídicamente configurado. Cada uno de aquéllos constituye una suerte de secuencia de ADN, un auténtico «fragmento de identidad» del sistema en su conjunto. Precisamente porque el ataque se dirige, no hacia cualquier explicitación del principio estructural sino hacia los elementos nucleares del mismo, las patologías son coherentemente patologías *del sistema* como tal –ordenamiento constitucional– y no simplemente de alguna de sus numerosas y variadas normas.

Sin embargo, esto no quiere decir que las patologías ataquen, de forma singularizada y exclusiva, un único elemento esencial de un único principio estructural. Nada impide –en efecto, es bastante común– que una misma patología ataque varios elementos esenciales de uno o varios principios estructurales al mismo tiempo, lo que pone aún más de relieve su peligrosidad y, en consecuencia, las mayores amenazas que sufre la identidad del ordenamiento. Y no solo eso: aun cuando aquéllas ataquen a un solo elemento nuclear del sistema, éste puede resultar comprendido en diversos principios estructurales. Piénsese por ejemplo en la igualdad (art.14 CE), que resulta susceptible de ser incardinada en el Estado de Derecho, en el democrático y también en el Social. Ello es así, como se adelantó previamente, porque al ser la identidad del ordenamiento, no una cuestión compartimentada sino de conjunto, fuertemente entrelazada, no es infrecuente que ciertos elementos de identidad del ordenamiento sean expresión de varios principios estructurales.

Así las cosas, al combatir los elementos nucleares de los principios estructurales (identidad), las patologías contribuyen a reducir, en mayor o menor medida, la inmunidad del sistema, es decir, las cualidades de la autorreferencialidad y la positividad, proyectadas de forma directa sobre tales disposiciones. Lo que sucede es que la cuestión de la conservación de la identidad, y por ende de la autorreferencialidad y positividad del ordenamiento,

no es binaria sino profundamente difusa, de manera que aquella no se conserva plenamente o se pierde de manera indefectible³⁴³. Cuantos más elementos esenciales de los principios estructurales resulten combatidos, más dañada resultará la identidad del ordenamiento en su conjunto y a la inversa, cuanto más preservados (inmunes) resulten aquéllos, más intacta permanecerá ésta y, por ende, más lo harán la autorreferencialidad y positividad de aquél. Entre el combate de todos los elementos esenciales del ordenamiento –lo que sería un peligroso «fallo multiorgánico»– y una preservación total de los mismos, pueden existir, y existen, una serie de gamas grises, que separan a la salud de la enfermedad, donde el propio sistema jurídico vuelca toda su complejidad y demuestra el carácter dinámico y fluctuante de su propia identidad.

Así pues, las patologías son herramientas jurídicas de *diagnóstico*. Ayudan a detectar qué elementos nocivos anidan en el sistema y, al hacerlo, permiten identificar lo que no debe incluirse, lo que debe reformarse, lo que debe eliminarse o, sencillamente, lo que debe permanecer vigilado en el seno del ordenamiento, como se verá posteriormente. Por eso, su utilidad no reside prioritariamente en resolver los problemas sino en apuntarlos. Sin embargo, esa detección es fundamental –sino indispensable– para su solución, especialmente cuando gracias a estas categorías pueden descubrirse elementos que nunca se habían reconocido como tales, pasando en consecuencia desapercibidos. Aun cuando esta labor de detección no sea finalmente correspondida con otra labor de curación, aquella habrá servido, después de todo, como termómetro, esto es, para poner de manifiesto cuánta autodestrucción está soportando el sistema. El diagnóstico es, en suma, un fin en sí mismo.

³⁴³ La cuestión de la gradualidad en el funcionamiento del sistema (democrático) se pone de manifiesto en el trabajo de BASTIDA FREIJEDO, F.: «La soberanía borrosa: la democracia», ob. cit., pp. 381 y ss.

1.2. El diferente origen de las patologías: endógeno u exógeno.

Lo que permite detectar la existencia de una patología –como se ha visto– es el hecho de que sea un elemento que anida en el sistema normativo y que ataca su identidad. Es lo que aquéllas hacen –la función perniciosa que desempeñan, tal vez por ello *disfunción*– la variable que permite identificarlas. No obstante, si bien todas tienen ese mismo cometido, no todas lo llevan a cabo de la misma manera. Las patologías pueden diferenciarse, en términos abstractos, en función de cómo ataquen la identidad del ordenamiento en el que habitan. Lo que distingue a las mismas, en consecuencia, no es el «qué» –pues producen el mismo resultado– sino más bien el «cómo». Ese «cómo» alude básicamente a la forma que tienen de revelarse y atacar las patologías, algo que está directamente relacionado con el origen de las mismas. En este sentido, hay patologías de procedencia *exógena* y otras de procedencia *endógena*.

Las primeras son tales porque constituyen elementos que se introducen en el ordenamiento jurídico, a nivel infraconstitucional, que resultan contrarios –al menos *a priori*– a su identidad, tal y como ésta aparece normativamente configurada en el ordenamiento en cuestión. Su naturaleza exógena alude precisamente al hecho de que son una suerte de «importaciones» que el ordenamiento lleva a cabo que, en cuanto tales –al menos en un primer momento, como se verá posteriormente– contradicen alguno de los elementos nucleares de identidad. No forman parte de la *fisiología* originaria o característica del ordenamiento sino a la inversa. Este tipo de patologías son homologables –por así decirlo– a las que presenta el organismo cuando se ve atacado por determinados virus y bacterias, es decir, por esos agentes externos que no son propios del sistema biológico sino que proceden de ese abstracto y ajeno «exterior».

No obstante, el carácter exógeno que se atribuye a estos elementos nocivos no debe llevar a la confusión de pensar que los mismos resultan ajenos al sistema jurídico. De ser así, se estaría rompiendo su propia

autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo), ya que se estarían incluyendo elementos característicos de otros sistemas (no normativos). El presupuesto base del que parte este estudio es precisamente que el único plano en el que opera el Derecho es el normativo y que ahí solo hay operaciones jurídicas. En consecuencia, al hablar de patologías de origen exógeno, se alude, en todo caso, a elementos positivos y, por tanto, insertos dentro de las fronteras normativas del ordenamiento. El carácter exógeno de las mismas señala la ajenidad que las mismas presentan, no respecto a la normatividad del sistema – dado que se insertan en la misma, no residen en el exterior– sino a la identidad concreta de aquél. Son patologías exógenas porque son ajenas a ésta y, en este sentido, se oponen a alguno de los elementos nucleares en los que ésta se materializa.

Ahora bien, el hecho de que las patologías de origen exógeno sean elementos que resultan contrarios a la identidad del sistema –al menos a primera vista, como posteriormente se analizará– explica que sean, como previamente se adelantó, elementos normativos de rango infraconstitucional. No cabe que normas constitucionales ataquen la identidad del sistema que la propia Constitución configura, al tratarse de normas del mismo rango jerárquico y no existir normas constitucionales inconstitucionales. Las patologías exógenas son, por tanto, elementos necesariamente subordinados a la Norma Suprema.

Pues bien, junto con este tipo de patologías de carácter exógeno conviven en el sistema otras de naturaleza puramente endógena. Si lo que singularizaba a las anteriores era el hecho de que constituían elementos que resultaban contrarios a algún elemento esencial de alguno de los principios estructurales del sistema, lo definitorio de éstas es justamente lo contrario: que surgen a raíz de aquéllos. Son elementos genuinamente «propios», es decir, consustanciales a la forma en la que el sistema ha diseñado su identidad y, por tanto, puestos al servicio de las cualidades inmunitarias de la autorreferencialidad y positividad,

los que en esta ocasión se tornan nocivos. Si las patologías de carácter exógeno se asimilaban a «importaciones» erróneas llevadas a cabo por el sistema, las de origen endógeno responden más bien a «distorsiones» –que pueden tener lugar por diversas razones, como se verá posteriormente– de elementos o mecanismos consustanciales a su identidad. Al igual que sucedía en el supuesto anterior, aunque esta vez a la inversa, el carácter endógeno de estas patologías no tiene que ver con su pertenencia al sistema en términos normativos –que por supuesto es tal– sino con su consustancialidad a la identidad de éste. Las patologías proceden, en este caso, de elementos característicos de la *fisiología* originaria y natural del ordenamiento.

Siendo esto así, lo normal es que las patologías endógenas puedan gestarse también *a partir de* elementos contemplados en la propia Constitución. Sin embargo, tal y como se explicará con mayor detenimiento en el próximo capítulo, eso no significa que elementos de rango constitucional sean en sí mismos patologías sino, tan solo, que éstas pueden gestarse *a partir de* aquéllos, a través de diferentes fuentes (legislativas, jurisprudenciales, de aplicación práctica, etc.). Las patologías endógenas serán, en consecuencia, esas distintas articulaciones y no los elementos de rango constitucional en sí mismos considerados. Precisamente porque la procedencia de los ataques es distinta, las categorías que se creen para abordar la complejidad que la existencia de patologías genera, deben ser también distintas. Se hace necesario, por tanto, diferenciar en términos dogmáticos estas patologías de las anteriores porque su génesis es sustancialmente diferente. Esa divergencia en el origen y, por tanto, en su calificación, no es baladí pues, como se verá posteriormente, afecta también a la forma que tienen de manifestarse, revelarse, incluso comportarse estas patologías. La calificación crea sentido, construye significado.

A este tipo de patologías que surgen cuando los elementos del propio sistema, puestos al servicio de su propia identidad, acaban atacándole se les

denominará singularmente «autoinmunidades»³⁴⁴. No porque no sean propiamente patologías –pues es evidente que lo son al constituir anomalías en el funcionamiento sistémico– sino porque constituyen un tipo muy concreto de ellas. En definitiva, su existencia pone de manifiesto un comportamiento del ordenamiento jurídico que es perfectamente asimilable al del organismo biológico: cómo en determinadas ocasiones su propio sistema de defensa, de forma errónea y obviamente perjudicial para el mismo, se vuelve contra sí mismo. El organismo sufre alteraciones no porque se enfrente a elementos

³⁴⁴ A este respecto, resulta interesante destacar que la lógica autoinmunitaria no ha pasado totalmente desapercibida en el ámbito jurídico pues, por ejemplo, la reciente sentencia del *procès* (STS 459/2019, de 14 de octubre) ha aludido a la misma para explicar cómo la autorización del ordenamiento para violar sus propias normas, en este caso penales, constituiría una suerte de «enfermedad autoinmune» que terminaría por destruir el propio sistema normativo. Al margen de esta reseña, sí conviene poner de relieve que, de la mano del deconstructivismo de Jacques Derrida, la lógica autoinmunitaria se ha insertado en el ámbito sociológico para tratar de describir las aporías que sufren los sistemas modernos: «es ese extraño comportamiento del ser vivo que, de manera casi suicida, se aplica a destruir *él mismo* sus propias protecciones, a inmunizarse contra su *propia* inmunidad» (BORRADORI, G.: *Philosophy in a Time of Terror: Dialogues With Jürgen Habermas And Jacques Derrida*, The University of Chicago Press, Chicago, 2003, p.94). Empezando por la religión y la ciencia (DERRIDA, J.: *Foi et savoir*, Seuil, Paris, 2000), Derrida pronto extendió la lógica autoinmunitaria al funcionamiento del sistema democrático, encontrando precisamente en él el ejemplo paradigmático de esta deriva. Sin embargo, solo la analizó en relación con los desafíos que la democracia sufre como sistema abierto, es decir, usó dicha lógica para abordar el tema ya tratado en el Capítulo II de este trabajo relativo a la liquidación de la democracia por métodos democráticos que inevitablemente conduce a la cuestión de las cláusulas de intangibilidad. Sin embargo, lo que interesa de la autoinmunidad, desde el punto de vista dogmático es, precisamente, la patología que pone de relieve que no es otra sino la existencia de elementos (mecanismos o institutos) característicos del sistema que autodestruyen al sistema, es decir, que se vuelven contra sí mismo. Esa es la abstracción sobre la que pivota el estudio llevado a cabo fundamentalmente en el Capítulo IV de este trabajo, que permite singularizar una clase concreta de patologías (las autoinmunidades). Sobre la lógica autoinmunitaria, véase DERRIDA, J.: *Voyous. Deux essais sur la raison*, Galilée, Paris, 2003, traducido al español por Cristina de Peretti, *Canallas. Dos ensayos sobre la razón*, Trotta, Madrid, 2005; y BORRADORI, G.: *Philosophy in a Time of Terror: Dialogues With Jürgen Habermas And Jacques Derrida*, ob. cit.). La filosofía autoinmunitaria sobre la democracia, propuesta por Jacques Derrida, ha sido objeto de múltiples estudios doctrinales. Véanse, entre otros, REBENTISCH, J.: «Derrida, democracy and America», *Cardozo Law Review*, vol.27, num. 2, 2005, pp.927 y ss.; NAAS, M.: *Derrida from Now On*, Fordham University Press, New York, 2009; JOHNSON, L.: «Terror, torture and democratic autoimmunity», *Philosophy and Social Criticism*, num.38, 2012, pp.105 y ss.; LONG, M.: «Derrida Interviewing Derrida: Autoimmunity and the Laws of the Interview», *Australian Humanities Review*, vol. 54, 2013, pp.113 y ss.; LEWIS, M.: «Of (Auto-)Immune Life: Derrida, Esposito, Agamben», en MEACHAM, D. (Ed.): *Medicine and Society, New Perspectives in Continental Philosophy*, Springer, New York, 2015, pp.213 y ss. Al margen de Derrida, a nivel filosófico también ha reflexionado sobre la autoinmunidad de manera sugerente, entre otros, ESPÓSITO, R.: *Immunitas. Protección y negación de la vida*, ob. cit., pp.225-234.

nocivos que provienen de ese exterior (virus, bacterias) sino porque se enfrenta a otros gestados en su propio interior: es el sistema inmunitario –sus propias células– el que ataca al organismo y lo debilita³⁴⁵. Los elementos característicos del sistema pueden tornarse, en consecuencia, en la mayor amenaza para aquél. El mito del *horror autotoxicus* se hace así presente³⁴⁶.

Sin perjuicio del desarrollo que de esta cuestión se haga en las siguientes páginas, resulta fácil advertir que la nocividad ya no es una cuestión única y exclusivamente relacionada con el origen de los elementos –en esencia, con la ajenidad– que quizá de forma más intuitiva es lo que suele pensarse. La lógica binaria y simplista que reduce hasta hacer coincidir el binomio «propio/ajeno» con el de «benigno/nocivo» respectivamente, se pone a prueba hasta desvanecerse. Los compartimentos estancos y las relaciones directas a los que aquéllos conducen se rompen inevitablemente. Hay determinados elementos exógenos que pueden constituir auténticas patologías y otros genuinamente endógenos que también puede serlo, según qué casos y según qué circunstancias, como se analizará posteriormente. Reparar en que esto es así aumenta de forma exponencial la complejidad del problema pues obliga al sistema a mirar no solo hacia su «propio exterior», sino hacia su «propio interior» para detectar dónde residen sus amenazas e identificar materialmente la forma concreta que adoptan los peligros. Veámoslo con más detalle.

³⁴⁵ Frente a esto, tal vez pudiera decirse que las anteriores patologías de origen exógeno también son autoinmunidades dado que el sistema las incluye normativamente y atacan la propia identidad de éste. Sin embargo, la crítica es superable si se advierte que todas las enfermedades (patologías) atacan al organismo (al sistema). Precisamente por eso son tales. De ahí deriva justamente su peligro. Un virus o una bacteria ataca al sistema de la misma forma que lo hace una enfermedad autoinmune, como la celiaquía. Lo que las diferencia –al menos en lo que aquí interesa– es justamente su origen: que unas enfermedades proceden de la entrada en el organismo de cuerpos extraños (virus bacterias) y otras, sencillamente, de la alteración o disfunción de los elementos propios de aquél (sus mismas células, por ejemplo), esto es, consustanciales a su identidad.

³⁴⁶ La expresión fue tempranamente acuñada por el inmunólogo Paul Ehrlich a inicios del S.XX para expresar de forma vívida la idea del caos que se genera en el organismo cuando los linfocitos de éste organizan un ataque inmunitario contra elementos endógenos de aquél. Véase EHRlich P.: «Horror autotoxicus: the concept of autoimmunity», en SILVERSTEIN A.M.: *A History of Immunology*, Elsevier, London, 2009, pp.153 y ss.

2. LAS PATOLOGÍAS DE ORIGEN EXÓGENO: *PRIMA FACIE* VS. *STRICTO SENSU*.

2.1. El grado de incompatibilidad con la identidad del sistema como criterio de distinción.

Si la calificación de patologías de carácter exógeno alude a la naturaleza de dichos elementos –contrarios a la identidad del sistema jurídico en el que habitan– el calificativo que las acompaña –*stricto sensu* o *prima facie*– servirá para apuntar el grado de incompatibilidad que los mismos presentan respecto a la identidad del sistema y, en ese sentido, su nivel de nocividad. Así, las patologías *prima facie* son elementos que, al oponerse a la identidad del sistema en el que se insertan, ostentan una *presunción de nocividad* la cual, no obstante, resulta destructible (*iuris tantum*)³⁴⁷. *Prima facie* resultan incompatibles con

³⁴⁷ A estos efectos, es preciso poner de manifiesto que el Tribunal Supremo de Estados Unidos en la nota cuarta a la sentencia *United States vs. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), consideró que el ámbito de la presunción de constitucionalidad podía estrecharse hasta invertirse en aquellos casos en que la ley impugnada cayese dentro o afectase a una de las prohibiciones establecidas por la Constitución, como la de las primeras diez enmiendas, donde se sitúan las llamadas «preferred freedoms». En estos casos la presunción de constitucionalidad se debilita, adquiriendo más fuerza la presunción contraria, invirtiéndose la carga de la prueba e intensificándose el escrutinio judicial sobre el objeto de impugnación. Esta inversión de la presunción de constitucionalidad aparece también posteriormente en muchos otros casos, como por ejemplo *New York va. O'Neill*, 359 U.S. 1 (1959); *McDonald vs. Board of Election Comm'rs*, 394 U.S. 802 (1969); *Kramer vs. Union Free School Dist. No. 15*, 395 U.S. 621 (1969); *San Antonio Independent School District vs. Rodríguez*, 411 U.S. 1 (1973); *Nixon vs. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425 (1977); *R. A. V. vs. St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992); *United States vs. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803 (2000). Siguiendo una lógica similar, el mismo Tribunal acuñó a finales del S.XX la expresión «*prima facie* case for discrimination» para aludir a la necesidad, convertida en requisito, de que los denunciantes en un caso de discriminación ofreciesen pruebas indiciarias de que efectivamente tal discriminación se había producido. El calificativo de *prima facie* permite poner de relieve que la discriminación no es aún concluyente pero que cabe sospecharla. Con ello, se traslada la carga de la prueba hacia el denunciado que debe justificar que su acción se apoya en razones legítimas y no discriminatorias, disipando así la presunción de discriminación que, en definitiva, condensa el juicio de *prima facie*. Dicho requisito apareció originariamente vinculado a un supuesto de discriminación laboral por motivos de raza (Title VII of the Civil Rights Act 1964) en el asunto *McDonnell Douglas Corp. vs. Green*, 411 U.S. 792 (1973). Posteriormente, entre muchos otros, también en *Teamsters vs. United States*, 431 U.S. 324 (1977); *Furnco Constr. Corp. vs. Waters*, 438 U.S. 567 (1978); *Texas Department of Community Affairs vs. Burdine*, 450 U.S. 248 (1981); *St. Mary's Honor Center vs. Hicks*, 509 U.S. 502 (1993). Este canon –*prima facie* case for discrimination– ha sido usado, entre otras jurisdicciones, por el TEDH con la misma finalidad. Véanse, por ejemplo, las SSTEDH de 6 de julio de 2005, *Nachova y otros c. Bulgaria*; de 13 de noviembre de 2007, *D.H. and others vs. Czech Republic*; de 13 de

ésta y esa incompatibilidad es la que se asume como punto de partida. Existe *fumus mali iuris*. De ahí, precisamente, la necesidad de demostrar, mediante prueba en contrario, que esa incompatibilidad advertida es susceptible de ser, bien muy reducida, bien temporalmente desactivada, de forma que la patología en cuestión no cause daños en el ordenamiento sino a la inversa, que desempeñe una función beneficiosa que contribuya a la preservación de su inmunidad (autorreferencialidad y positividad)³⁴⁸, como se verá con más detalle en las siguientes páginas. Dicha calificación es una forma –si se quiere– de situar al elemento en cuestión «bajo sospecha»³⁴⁹, haciendo pesar sobre éste esa carga de

marzo de 2006, *Bekos and Koutropoulos c. Grecia*; de 10 de diciembre de 2009, *Danilenkov y otros c. Rusia*; de 29 de abril de 2013, *Sampani y otros c. Greece*. La lógica del calificativo *prima facie* que se utiliza en el texto es justamente la misma: poner de manifiesto que, a primera vista, se detecta una patología y que su identificación conduce o, más bien, obliga a escrutar de forma más estricta dicho elemento para verificar su compatibilidad con la identidad del sistema porque lo que *prima facie* se observa es su incompatibilidad. Se intensifica así la necesidad de vigilancia y justificación, se invierte la carga de la prueba y se pone bajo sospecha lo que, *prima facie*, se concibe como una anomalía, aunque *a posteriori* pueda tener, y así sucede en muchos casos, justificación (destrucción de la presunción de nocividad).

³⁴⁸ Las presunciones desempeñan un papel instrumental en el seno del ordenamiento pues son herramientas que favorecen la fluidez del proceso comunicativo, permitiendo la superación de situaciones de *impasse* a través de la elección transitoria de alguna de las opciones en pugna. Ante la falta de elementos de juicio concluyentes para entender si un determinado supuesto de hecho se ha dado, ofrecen una toma de posición provisional –si son *iuris tantum*–. La presunción favorece una de las dos opciones en liza –que en un supuesto A se presume X– que, en lo que ahora nos ocupa se traduce en privilegiar la opción que considera nocivos, en un primer momento, ciertos elementos y que puede ser destruida *a posteriori*. La presunción es la solución por defecto. Así lo explica ULLMAN-MARGALIT, E.: «On presumptions», *The Journal of Philosophy*, vol.80, num.3, 1983, pp.143 y ss. Lo que sucede, tal y como expone AGUILÓ REGLA, J.: «Las presunciones en el Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm.34, 2018, pp.210-211, es que la regla de presunción presume una determinada cosa –y no otra o la contraria– porque, a la luz de la experiencia, el escenario elegido presenta una *mayor probabilidad* de acertar en la determinación de la verdad material. Por eso quien niegue la consecuencia que se anuda a la regla de presunción, está obligado a probar que se produce otra. Así, la presunción de nocividad de que gozan las patologías *prima facie* es tal –y no la contraria– porque hay una alta sospecha de que el elemento sea nocivo, de forma que si no lo es (porque desempeñe alguna función beneficiosa para el sistema), tal cosa es justamente la que debe probarse.

³⁴⁹ Esta locución es empleada por el Tribunal Constitucional español en la jurisprudencia relativa a las acciones positivas, entendiendo que, como excepciones al principio general de la igualdad de trato, deben permanecer «bajo sospecha». Véase la STC 229/1992, de 14 de diciembre (FJ 5º). Tal expresión aparece previamente, no obstante, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos quien acuña el concepto de categorías o clasificaciones de «constitucionalidad sospechosa» (*constitutionally suspect*), para referirse a todas aquellas disposiciones basadas en algún motivo prototípico de discriminación, como por ejemplo la raza o el poder adquisitivo. Véanse, entre muchos otros, los tempranos casos de *Korematsu vs. United States*, 323 U.S. 214 (1944); *Bolling vs. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954); *McLaughlin vs. Florida*, 379 U.S. 184 (1964);

susplicacia o inevitable recelo que permite —o más bien invita— a extremar la cautela y encender de forma preventiva las alarmas del ordenamiento. Cuando esa prueba en contrario existe, cuando se aportan razones que justifican su existencia, la presunción de nocividad *iuris tantum* logra vencerse. Se demuestra así que el elemento en cuestión es patológico *prima facie*. Precisamente por ello logra insertarse no solo de forma pacífica sino armónica en el seno del ordenamiento, viviendo en simbiosis con éste y coadyuvando al reforzamiento de inmunidad de conjunto (autorreferencialidad y positividad). Sin perjuicio de que se vuelva sobre ello más adelante, ejemplo de lo que ahora nos ocupa sería la llamada discriminación positiva, en tanto elemento que *prima facie* se opone al art.14 CE pero que luego se reputa beneficioso, indispensable, para servir a la consecución de la igualdad material (art.9.2 CE) que el propio Estado Social exige.

Por el contrario, las patologías *stricto sensu* son elementos basalmente incompatibles con la identidad del ordenamiento. No resultan justificables porque no desempeñan ninguna función que pueda cohonestarse con dicha identidad y, por tanto, ponerse al servicio del sistema. No logran destruir la presunción de nocividad que tienen en su contra. Portan una nocividad que no es susceptible de neutralización o que lo es en ínfima medida. En efecto, son patologías *stricto sensu* porque no son indiciarias sino palmarias, irrefutables, evidentes en sí mismas. No existe manera, entonces, de introducir las en el ordenamiento sin que éste vea gravemente afectada su identidad, sin autodestruirse en buena medida. Son prácticamente inintegrables. Precisamente por ello no son elementos que refuercen las cualidades inmunitarias de la autorreferencialidad y la positividad del sistema, sino que las debilitan extraordinariamente. El ejemplo más claro de patología *stricto sensu* sería, quizá, Guantánamo en un Estado de Derecho, en cuanto reducto en el

Harris vs. United States, 390 U.S. 234 (1968); *Washington vs. Seattle School District No. 1*, 458 U.S. 457 (1982); *United States vs. Fordice*, 505 U.S. 717 (1992).

que los llamados combatientes enemigos en él detenidos de manera indefinida carecen de los derechos fundamentales de que son titulares como individuos: a no padecer torturas, tratos inhumanos y degradantes, a un juicio justo, etc. Guantánamo es, en ese sentido, un reducto de no-Derecho, «une relégation in dans no man's land juridique»³⁵⁰ y, en cuanto tal, la expresión más excelsa de la heterorreferencialidad del sistema jurídico.

Lógicamente, las patologías *stricto sensu* del sistema no son reconocidas como tales por éste, sino al contrario. Precisamente por eso acceden y perviven en el mismo. Cuando el ordenamiento las identifica, activa su sistema inmunitario y reacciona contra ellas expulsándolas, pues aquél no conserva elementos cuya altísima nocividad es capaz de detectar. Por tanto, cuando las patologías *stricto sensu* efectivamente emergen, lo que sucede es que o bien el sistema ni siquiera las detecta como patologías (como cuerpos extraños), sino como elementos propios o benignos, o bien considera que desempeñan una función beneficiosa, es decir, que son de alguna forma justificables (patologías *prima facie*), entendiendo que han logrado destruir esa presunción de nocividad que portan.

Siendo esto así, las patologías *stricto sensu* pueden surgir directa o indirectamente. Mientras que lo primero sucede cuando aquéllas se integran de plano en el sistema, lo segundo tiene lugar, por el contrario, cuando lo hacen por derivación, esto es, cuando una patología *prima facie* se aparta de la función beneficiosa que tenía asignada pasando a desempeñar otras basalmente incompatibles con la identidad de aquél, convirtiéndose así en *stricto sensu*. No obstante, esa incompatibilidad, como se señaló previamente, no es percibida como tal por el ordenamiento en ninguno de los dos casos, sino al contrario. Por consiguiente, la contraposición entre las patologías *stricto sensu* y las patologías *prima facie* resulta inadecuada si se usa para configurar dos categorías

³⁵⁰ Así, WECKEL, P.: «Le statut incertain des détenus sur la base américaine de Guantanamo», *Revue General de Droit International Publique*, 2002, p.357.

desconectadas entre sí, articuladas de forma binaria y excluyente. La misma es, tan solo, expresión de una gradación –la de la incompatibilidad– que, como tal, es susceptible de revestir diversas tonalidades³⁵¹.

Esta gradualidad introduce mucha complejidad en el estudio, pero lo hace, justamente, porque el objeto de estudio es en sí mismo complejo. Las categorías jurídicas que traten de abordar aquella tienen, necesariamente, que presentar la complejidad necesaria para poder explicar y absorber la que, como se ha visto, resulta inherente a las mismas. Además, esta concepción gradual del problema resulta más fácil de coherer, por un lado, con la noción de incompatibilidad dado que no es una categoría binaria, sino también difusa. Por otro lado, dicha gradualidad también se compadece mejor con la identidad propia del sistema, que es la cuestión que está en juego detrás de las patologías y que, lejos de responder a la lógica binaria, se alinea con la borrosa. El sistema no tiene o pierde, indefectiblemente, su identidad y, por ende, su autorreferencialidad y positividad, sino que la protege y mantiene en mayor o menor medida³⁵². No se puede –en otras palabras– trazar una línea definida e inquebrantable entre su pérdida y su conservación. En esa densa gradación de matices el sistema jurídico despliega justamente toda su complejidad.

2.2. La destrucción de la presunción de nocividad: la funcionalidad.

2.2.1. *La demostración, positiva y negativa, de funcionalidad.*

Hasta ahora se ha venido sosteniendo que lo que hace que una patología sea *prima facie* es justamente la capacidad que tiene para destruir la presunción

³⁵¹ Esto no significa, no obstante, que las patologías *prima facie* y *stricto sensu* sean dos extremos de una única variable pues lo contrario a una patología *stricto sensu* no es una *prima facie* sino la ausencia misma de patología. En consecuencia, las únicas que coherentemente podrían ser los extremos de un único eje son las *stricto sensu*.

³⁵² Sobre la consideración de la identidad de un sistema –pertenencia a éste– como una cuestión de grado y no binaria, véase de nuevo BASTIDA FREIJEDO, F.: «La soberanía borrosa: la democracia», ob. cit., p.383.

de nocividad que opera en su contra, al ser un elemento que *prima facie* se opone a la identidad del sistema. Tal cosa pasa por probar que aquélla, en último término, resulta *funcional*. Así, la demostración de que desempeña una función compatible o beneficiosa para con la identidad del ordenamiento y, por tanto, coadyuvante de su inmunidad (autorreferencialidad y positividad) cabe hacerla de dos maneras que se complementan entre sí: a través de una demostración positiva y de otra negativa de funcionalidad.

Demostrar la funcionalidad de la patología *prima facie* en positivo supone poner de manifiesto qué es lo que el sistema «gana» con su incorporación. Ello pasa por evidenciar que aquélla desempeña una *función* que no es dañina (incompatible) sino beneficiosa para el ordenamiento en el que se inserta. Así sucede, en efecto, en el ámbito biológico con determinadas bacterias y microorganismos que, a pesar de ser tales, no son nocivos, sino necesarios para preservar el correcto funcionamiento del organismo en el que anidan al desempeñar una labor profiláctica. Si en el sistema se introducen patologías que no desempeñan ninguna función sistémicamente beneficiosa, su nivel de nocividad se dispara de forma exponencial, enquistándose como peligrosas patologías *stricto sensu*.

Este extremo resulta de particular relevancia porque la exigencia de que la patología *prima facie* resulte funcional supone, como es lógico, que aquélla desempeñe, no una función «cualquiera», sino una función *beneficiosa para el sistema* en el que anida. Si para destruir la presunción de nocividad *iuris tantum* fuese suficiente con demostrar el desempeño de una función, eso abarcaría el cumplimiento de funciones claramente negativas o perjudiciales para el ordenamiento, que son precisamente las que desempeñan las patologías *stricto sensu*. Véase el anterior ejemplo de Guantánamo. Eso es justo lo que debe demostrarse que no es así (destrucción de la presunción de nocividad). En caso contrario, debe rechazarse tal elemento para que no se inocule en el sistema como una patología *stricto sensu*.

¿Qué debe entenderse, entonces, por función beneficiosa? Aquélla que se pone al servicio de la identidad del ordenamiento, es decir, que revierte en la mayor eficacia de alguno de sus principios estructurales, reforzando, al hacerlo, las cualidades inmunitarias de la autorreferencialidad y la positividad de aquél. Dicha función retroalimenta al ordenamiento, coadyuva a su funcionamiento, produce una suerte de «efecto retorno». Aquí se aprecia de nuevo el funcionamiento autorreferencial del sistema: incluso los elementos que *prima facie* se oponen a algún elemento esencial de los principios estructurales se tornan sistémicamente tolerables cuando desempeñan una función que, al final, también revierte en una mayor eficacia de aquéllos y, por tanto, del ordenamiento en su conjunto. Éste los reabsorbe, como si de una fuerza centrípeta se tratara, insertándolos dentro de su circularidad y evidenciando así la propia complejidad de su funcionamiento. Lo que *prima facie* parecía resultar incompatible con el sistema puede estar, finalmente, puesto a su servicio y contribuir al fortalecimiento de su propia inmunidad.

No obstante, el desempeño de una función sistémicamente beneficiosa no es algo que habitualmente pueda juzgarse en abstracto, es decir, «despegando» al elemento en cuestión de la propia positividad que le da, no solo existencia, sino una forma jurídica determinada. Lo que permite deshacer la presunción de nocividad no es tanto —o tan solo— la «ontología» de la patología en cuestión —si se permite la expresión— sino su concreta configuración jurídica. No su «ser», sino su concreto «estar». Siendo esto así, la clave consiste en demostrar que un determinado elemento, tal y como aparece jurídicamente configurado en un determinado sistema normativo, puede ser soportado por éste porque contribuye a su retroalimentación. Es ahí donde su inclusión aparece justificada, donde aquél resulta funcional en términos positivos (patología *prima facie*).

Junto con esa demostración en positivo de la funcionalidad, a la hora de destruir la presunción de nocividad *iuris tantum* que llevan asociadas las patologías *prima facie*, debe realizarse otra en negativo. En este sentido, no debe

ponerse de relieve únicamente qué es lo que sistema «gana» con la incorporación de aquella sino qué y cuánto es lo que el sistema «pierde» con su rechazo, a cuánto asciende –si se quiere– el lucro cesante de su expulsión. En el organismo sucede, en efecto, algo muy similar: la forma más sencilla de advertir si ciertas bacterias desarrollan una labor profiláctica en el seno de aquél es comprobando qué es lo que sucede cuando aquéllas no existen o se eliminan. Si su desaparición, por ejemplo, aumenta exponencialmente el riesgo de contraer infecciones, su funcionalidad queda acreditada. Tanto es así que habitualmente es la propia disrupción que se ocasiona la que hace surgir la incorporación de estos elementos en principio anómalos («la función crea el órgano»).

No obstante, la cuestión del lucro cesante no es binaria. Por tanto, la clave no reside tanto en preguntarse si el sistema pierde con el rechazo de la patología sino, más bien, *cuánta* eficacia de sus principios estructurales vería sacrificada en tal escenario y, por ende, cuánta inmunidad (autorreferencialidad y positividad) perdería el ordenamiento en su conjunto. Ese delicado equilibrio debe ser valorado por el sistema. Cuanto menos daño padezca con su expulsión, menor será el coste sistémico de su rechazo. La funcionalidad de la patología será entonces más difícil de justificar y, en consecuencia, la presunción de nocividad *iuris tantum* más difícil de destruir. Por el contrario, cuánto más perjuicio soporte el sistema en ausencia de la misma, cuánto más crezca el lucro cesante de su rechazo, más evidente devendrá su funcionalidad (patología *prima facie*)

Así pues, a través de la demostración de lo que el sistema gana con la incorporación de la patología (funcionalidad positiva) y lo que pierde con su rechazo (funcionalidad negativa), debe decidirse si la presunción de nocividad resulta vencida. Lo que sucede es que esta decisión no es automática sino compleja en sí misma. Cuando se estima que una patología ha logrado destruir la presunción y, en consecuencia, es *prima facie* es porque el promedio de un conjunto de variables ha ido apuntando más hacia la compatibilidad que hacia la

incompatibilidad de dicho elemento con la identidad del sistema. La destrucción de aquélla no es producto, por tanto, de la existencia de razones únicamente positivas para su integración o, al menos, en la mayoría de los casos.

Veamos un ejemplo. La igualdad constituye un elemento nuclear del Estado Social y democrático de Derecho, de forma que resulta taxativamente prohibido todo tipo de discriminación «por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (art.14 CE). Sin embargo, surge un mecanismo –la discriminación positiva– que, *prima facie*, parece resultar contrario a dicho mandato. En aras a destruir la presunción de nocividad a la que surge anudada, dicho elemento opone que el establecimiento de ciertas desigualdades en beneficio de los colectivos tradicionalmente desaventajados cuya discriminación se prohíbe, desempeña una función beneficiosa, muy necesaria más bien, para mantener la identidad del sistema: contribuir a remover los obstáculos para que las condiciones de libertad e igualdad del individuo sean reales y efectivas (art.9.2 CE)³⁵³. En otras palabras: siendo *prima facie* contraria al art.14 CE, la discriminación positiva resulta sistémicamente beneficiosa y necesaria porque, al favorecer a colectivos que tradicionalmente han sido víctimas de discriminación –y, en consecuencia, no colocados en la misma posición que quienes no han sufrido esta última– contribuyen a alcanzar la igualdad material, elemento esencial del Estado Social (art.1.1 CE)³⁵⁴. Esta funcionalidad, demostrada en términos negativos, supone

³⁵³ Véase en este sentido, entre otras las SSTC 128/1987, de 16 de julio (FF.JJ 5º-7º); 229/1992, de 14 de diciembre (FJ 2º); 3/1993, de 14 de enero (FJ 3º); 317/1994, de 28 de noviembre (FJ 2º); 16/1995, de 24 de enero (FF.JJ 3º y 4º); 13/2009, de 19 de enero (FJ 11º); 40/2011, de 31 de marzo (FJ 7º); 3/2018, de 22 de enero (FJ 5º).

³⁵⁴ Véase cómo el propio Tribunal Constitucional ha considerado que «el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material» (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 4), entendiendo que los mandatos constitucionales del art.9.2 CE apuntan a «una política de equilibrio social en sectores que lo necesiten» (STC 33/2014, de 27 de febrero, FJ 4). En consecuencia, «la incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 CE puede implicar que no se repunte como discriminatoria y constitucionalmente prohibida la acción de favorecimiento que los poderes públicos emprendan en beneficio de determinados colectivos, siempre con el fin de hacer efectivo el ejercicio del derecho fundamental de que se trate, garantizando así también la dignidad de la persona y el libre

que, si el ordenamiento decide prescindir de la discriminación positiva, un elemento esencial de su identidad –como es la igualdad material (art.9.2 CE) – se vería mermado, esto es, el sistema vería disminuida la eficacia del propio Estado Social que él mismo configura.

Otro ejemplo podrían ser los llamados «beneficios fiscales» (exenciones o bonificaciones fiscales). Éstos, al resultar *prima facie* contrarios al principio de generalidad que rige en materia tributaria, que impone el deber de que *todos* los ciudadanos contribuyan al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica (art.31.1 CE) –trasunto del principio de igualdad (art.14 CE)– deben ser identificados como patologías *prima facie*. Tales beneficios neutralizan la obligación tributaria que en otro caso surgiría al llevar a cabo una actuación reveladora de capacidad económica. Ahora bien, en aras a destruir la presunción de nocividad que portan, los beneficios fiscales aducen que, en determinadas ocasiones, desempeñan una función beneficiosa para el sistema, pues permiten salvaguardar otros intereses dignos de tutela (demostración positiva de funcionalidad) que quedarían desprotegidos si el principio de generalidad en materia tributaria se aplicase indiscriminadamente (demostración negativa de funcionalidad).

El propio Tribunal Constitucional, en efecto, ha sostenido que la bonificación o exención fiscal solo es «constitucionalmente válida cuando responda a fines de interés general que la justifiquen (...) quedando, en caso contrario, proscrita»³⁵⁵. Se aprecia aquí, por tanto, como el sistema obliga a deshacer la presunción de nocividad de estos elementos exigiendo una

desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE)» (STC 207/2013, de 5 de diciembre, FJ 5º). Sobre esta cuestión puede consultarse en profundidad, entre la extensa bibliografía existente al respecto, la obra de BARRERE UNZUETA, M.: *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997; GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; REY MARTÍNEZ, F.: «Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018», *Revista de Derecho Político*, núm.100, 2017, pp.125 y ss.

³⁵⁵ SSTC 96/2002, de 25 de abril (FJ 7º); 10/2005, de 20 de enero (FJ 7º); 57/2005, de 4 de marzo (FJ 4º); 33/2006, de 13 de febrero (FJ 4º); 19/2012, de 15 de febrero (FJ 4º); 60/2015, de 18 de marzo (FJ 4º); 98/2018, de 19 de septiembre (FJ 5º).

justificación más intensa que avale su existencia la cual sitúa, *lato sensu*, en la persecución de fines de interés general. Por tanto, cuando los beneficios fiscales persiguen tales fines despliegan ese efecto retorno para el sistema, poniéndose así al servicio del mismo y no de otros intereses externos (autorreferencialidad). Quizá el ejemplo más claro, a estos efectos, sea la exención de tributación del llamado «mínimo vital de subsistencia». La quiebra del principio de generalidad que éste supone (art.31 y 14 CE) sirve a los postulados del propio Estado Social pues resulta inasumible que el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art.31 CE) se haga a costa de privar a los ciudadanos de una renta mínima de supervivencia cuando el propio sistema fiscal está llamado a ser justo (art.31 CE) y a redistribuir la renta de los obligados tributarios³⁵⁶ para, en definitiva, alcanzar mayores cotas de esa igualdad material (art.9.2 CE). Por el contrario, en aquellas ocasiones en las que el beneficio fiscal no persiga alguno de esos fines de interés general, se entenderá que no desempeña ninguna función beneficiosa para el sistema. En tal caso, ya no sería una patología *prima facie* (beneficio fiscal), sino una auténtica patología *stricto sensu* (privilegio tributario discriminatorio).

En la misma línea se insertaría el discurso del odio, entendiendo por tal, como lo ha hecho el TEDH, aquél que propaga, alienta, promueva o justifique el odio fundado en la intolerancia³⁵⁷, sin que sea necesario, para apreciar la

³⁵⁶ Véase la STC 19/2012, de 15 de febrero (FJ 4º).

³⁵⁷ SSTEDH de 4 de diciembre de 2003, *Gündüz vs. Turkey*; de 27 de noviembre de 2007, *Nur Radyo Ve Televizyon Yayıncılığı A.Ş. c. Turquie*; de 29 de abril de 2008, *Kutlular c. Turquie*, entre otras. En la misma línea, la Recomendación General nº15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, adoptada el 8 de diciembre de 2015, ha definido como discurso del odio «el uso de una o más formas de expresión específicas –por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones- basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico, al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual». Sobre el discurso del odio en el ámbito europeo, con especial referencia a la jurisprudencia del TEDH, pueden consultarse los estudios de TULKENS, F.: «When to say is to do. Freedom of expression and hate speech in the case law of

conurrencia de este tipo de discurso, que se recurra a la violencia o se lleven a cabo actos delictivos³⁵⁸. En cuanto elemento que limita la libertad de expresión (art.20.1 a CE) y afecta al pluralismo, esencial para la existencia de un proceso comunicativo libre, abierto y plural y, por tanto, para la positividad del sistema democrático, e indirectamente para su autorreferencialidad, debe ponerse necesariamente bajo sospecha, máxime cuando su apreciación conduce a hacer un juicio material sobre el contenido mismo de las expresiones vertidas en base a unos criterios bastante imprecisos³⁵⁹. Ahora bien, en un sistema muy heterogéneo donde cada vez un mayor número de minorías reclaman la tutela jurídica del Estado, dicho discurso vence la presunción de nocividad – demostración positiva de funcionalidad– al justificarse en las exigencias del Estado Social, que obligan a velar por tanto por la igualdad como por la libertad reales y efectivas de los grupos vulnerables (art.9.2 CE)³⁶⁰, las cuales el sistema entiende que se ven mermadas si se admite la difusión de mensajes

the European Court of Human Rights», *European Court of Human Rights-European Judicial Training Network. Seminar on Human Rights*, 2015, pp. 1 y ss., disponible en: <https://bit.ly/2H9d3gz> (última consulta 30 de abril de 2020); WEBER, A.: «Manual on hate speech». Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2009, disponible en: <https://bit.ly/2NTX8TM> (última consulta 30 de abril de 2020). Para su adaptación al ámbito español, véase la obra monográfica de GASCÓN CUENCA, A.: *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2016 y la obra colectiva de ALONSO SANZ, L., VÁZQUEZ ALONSO, V.: *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica Ediciones Universitarias, Sevilla, 2017.

³⁵⁸ SSTEDH de 16 de julio de 2009, *Féret c. Bélgica*; de 9 de febrero de 2012, *Vejdeland c. Suecia* de 3 de octubre de 2017, *Dmitriyevskiy c. Rusia*; de 28 de agosto de 2018, *Ibragim Ibragimov y otros c. Rusia*, entre otras.

³⁵⁹ Así lo apuntan, entre otros, por KISKA, R.: «Hate speech: a comparison between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court jurisprudence», *Regent University Law Review*, num.25, 2012, pp. 111-113; ROLLNERT LIERN, G.: «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 115, 2019, pp. 102-105. Más extensamente al respecto, véase COLEMAN, P. B.: *Censored: how european «hate speech» laws are threatening freedom of speech*, Kairós, Viena, 2012.

³⁶⁰ FISS, O.: *The irony of free speech*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, pp. 5 y ss., ha puesto de manifiesto que la necesidad de prohibir ciertos mensajes estigmatizadores tiene por fin evitar el «efecto silenciador» que los mismos, de permitirse, tendrían sobre determinados colectivos pues tienden a acallar a los sujetos afectados, disuadiendo así su participación en los asuntos públicos y deteriorando con ello la integridad y solidez del debate público.

discriminatorios o estigmatizadores frente a los mismos (demostración negativa de funcionalidad).

2.2.2. *La vigilancia.*

El hecho de que las patologías *prima facie* se inserten de forma relativamente pacífica en el ordenamiento y contribuyan a su funcionamiento no quiere decir que éste haya concluido su labor tras comprobar que la presunción de nocividad está destruida. Al sistema le corresponde vigilar que aquéllas no se apartan de la funcionalidad que ha justificado su acogida pues, si tal cosa sucede, perderían su aval para permanecer en el mismo, convirtiéndose en patologías *stricto sensu*. Y es que siempre que se mantengan en el ordenamiento, las patologías *prima facie* deben ser capaces de demostrar su funcionalidad, lo que es tanto como decir que la presunción de nocividad que portan debe estar –si se permite la expresión– «en constante destrucción».

Cuando aquéllas logran destruir la presunción de nocividad, su potencial incompatibilidad con la identidad del sistema queda en estado de latencia. Esto supone que, aun cuando en unas determinadas coyunturas y bajo una determinada configuración jurídica aquéllas resulten sistémicamente tolerables por funcionales, *podrían dejar de serlo* (nocividad). Esta posibilidad es precisamente lo que reivindica la necesidad de vigilancia sistémica. Precisamente por ello, las patologías *prima facie* deben seguir calificándose como tales, porque tal denominación no persigue únicamente situarlas «bajo sospecha», sino hacerlas *permanecer* «bajo sospecha». El calificativo es, a este respecto, también una señal de alarma para el propio ordenamiento³⁶¹. La

³⁶¹ Esto no quiere decir, como es lógico, que tales elementos no se inserten en el sistema, es decir, que no se integren en el mismo como un elemento más, desempeñando una función. Desde el momento que resultan funcionales, como se explicó con anterioridad, forman parte de su engranaje. No obstante, el prisma estrictamente funcional, al prestarle menos atención a la naturaleza, en sí misma, de los elementos, concediéndosela toda a su función, conduce inevitablemente a rebajar el nivel de vigilancia sobre los mismos. Pasa a un segundo plano absoluto la «ontología», si se permite esta calificación, de aquéllos, lo determinante es, únicamente, su papel. Sin embargo, al menos a efectos de este trabajo, parece necesario no perder de vista la naturaleza en cuestión que revisten estos elementos. De ahí que sean, en efecto, patologías *prima facie* y no,

vigilancia pretende justamente evitar que lo que inicialmente era esa colonia de bacterias que resultaba beneficiosa para el organismo al desempeñar una labor profiláctica (patologías *prima facie*), acabe tornándose o en una grave infección que ponga en jaque su propia subsistencia o bien en una innecesaria colonia de parásitos (patologías *stricto sensu*). El cometido de aquella es, por tanto, asegurar que la patología *prima facie* conserva su funcionalidad y alertar, en caso contrario, de que tal cosa ha dejado de suceder, lo que resulta imprescindible para activar los resortes del sistema que procedan al combate de una patología que habría devenido, peligrosamente, en *stricto sensu*.

Siendo esto así, las patologías *prima facie* pueden caer en esa disfuncionalidad sobrevenida fundamentalmente por dos razones: o bien porque las mismas sigan anidando en el sistema cuando ya no son necesarias (disfuncionalidad pasiva), o bien porque desempeñen funciones distintas a las que inicialmente justificaron su acogida (disfuncionalidad activa). Cuando el sistema no advierte ninguno de los dos escenarios, fallando en el correcto ejercicio de esa labor de vigilancia, es muy posible que albergue en su interior peligrosas patologías *stricto sensu* que, lógicamente, al no reconocerlas como tales, no procede a expulsar sino a mantener dentro del ordenamiento.

En relación con la primera posibilidad, debe tenerse en cuenta que un cambio de las coyunturas podría poner en cuestión la originaria funcionalidad de las patologías *prima facie* que sirvió para destruir su presunción de nocividad. Esto no resulta extraño si se advierte que el dinamismo propio del sistema jurídico moderno hace que la funcionalidad no sea una cuestión estática sino en constante cambio y evolución. Un elemento que logró vencer la presunción de nocividad demostrando su funcionalidad bajo unas determinadas

por el contrario, elementos consustanciales o inherentes al ordenamiento. Precisamente porque dicha condición la mantienen aun cuando desempeñan una labor beneficiosa para el sistema, tiene sentido mantenerla y conservarla siempre que las mismas formen parte de éste. Recurriendo al paralelismo biológico, esta consideración se refleja en que esas bacterias a las que previamente se aludía, que desempeñan funciones profilácticas para el organismo en el que habitan, siguen siendo y llamándose bacterias a pesar de todo.

circunstancias, puede no hacerlo más –o en mucha menor medida– si esas condiciones de partida resultasen alteradas. Esa inicial función beneficiosa, podría dejar de ser tal en otro escenario y, al hacerlo, la inicial patología *prima facie* podría mutar hacia su consideración de *stricto sensu*. Esto sucedería, por ejemplo, si el ordenamiento mantuviera las medidas de discriminación positiva en un momento futuro –ojalá próximo– donde esas desventajosas condiciones de partida sufridas por colectivos tradicionalmente discriminados, por las propias dinámicas sociales y jurídicas, se hayan diluido, de forma que ya no haya una desigualdad en el punto de partida que justifique el elemento correctivo.

La vigilancia, a este respecto, trata de evitar que el sistema se acomode y deje de someter a escrutinio estricto la existencia ciertos elementos que, quizás ya sin desarrollar funciones en su beneficio, pueden persistir o perpetuarse en aquél por la fuerza de la costumbre o, sencillamente, por la inercia conservadora del tiempo; lo cual afectaría negativamente a la capacidad de adaptación del ordenamiento (positividad). Algo, por cierto, que tiene altas posibilidades de suceder teniendo en cuenta la limitación temporal para presentar los recursos de inconstitucionalidad –tres meses (art.33.1 LOTC)– frente a las leyes; lo que obliga a que el ordenamiento, tras cierto tiempo, deba tratar de desprenderse de las patologías *stricto sensu* a través de otros resortes, como la derogación legislativa o el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

No obstante, las patologías *prima facie* pueden perder su originaria función beneficiosa si se apartan de la misma desarrollando otras que no resultan compatibles con la identidad del sistema, convirtiéndose entonces en patologías *stricto sensu*. Así sucede, por seguir con el ejemplo previamente ofrecido, con la mutación de los beneficios fiscales en privilegios abiertamente discriminatorios (patologías *stricto sensu*). Sirva de ejemplo, a estos efectos, la denominada amnistía fiscal, introducida por la DA 1ª del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, la cual permitía la

regularización de ciertas rentas (IRPF, IS, IRNR) a un tipo reducido (10%) y sin la imposición de intereses de demora, recargos por ingresos extemporáneos y sanciones administrativas o penales que hubiera procedido imponer ante el incumplimiento previo del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art.31.1 CE)³⁶². El objetivo de aquélla era, en un delicado escenario de crisis económica, contribuir a reducir el déficit público al incentivar, con las prebendas previamente apuntadas, la regularización de rentas ocultas.

Los beneficios fiscales, como previamente se puso de manifiesto, son tolerables para el sistema porque, al perseguir fines de interés general, revierten en beneficio del mismo. En el caso de la amnistía fiscal lo que sucedió, sin embargo, es que so pretexto de aumentar la recaudación en un contexto económico adverso, contribuyó a legitimar el fraude fiscal, dado que resultaba tributariamente más ventajoso faltar al deber de contribuir que hacerlo como debidamente corresponde. Tal cosa, como resulta evidente, no puede ponerse de forma alguna al servicio del Estado de Derecho, que debe justamente luchar contra tal fraude, no incentivarlo o reforzarlo.

No obstante, el propio ordenamiento advirtió esa peligrosa mutación, detectando en consecuencia la aparición de una patología *stricto sensu* y procediendo a su expulsión. El Tribunal Constitucional consideró que la amnistía fiscal constituía «la abdicación del Estado ante su obligación de hacer efectivo el deber de todos de concurrir al sostenimiento de los gastos públicos (art.31.1 CE)», legitimando «como una opción válida la conducta de quienes, de

³⁶² Sobre esta cuestión y las dudas de constitucionalidad que ya planteaba antes incluso de la sentencia del Tribunal Constitucional, pueden consultarse más extensamente, entre otros, los trabajos de ALONSO GONZÁLEZ, L. M.: «La Declaración tributaria especial: Luces y sombras de la "amnistía fiscal" o el dulce sabor de la zanahoria», *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 111, núm. 3, 2012, pp. 655 y ss.; CAZORLA PRIETO, L. M.: «La inserción de la llamada amnistía fiscal en nuestro ordenamiento jurídico», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm.157, 2013, pp. 73 y ss. y más extensamente en la monografía *La llamada "Amnistía Fiscal" : estudio pormenorizado de la regulación fiscal especial: (Real Decreto-Ley 12/2012 de 30 de marzo)*, Thomson-Reuters, Navarra, 2012; CALVO VÉRGEZ, J.: «Luces y sombras en torno a la nueva declaración tributaria especial: ¿un supuesto de regularización próximo a la amnistía fiscal?», *Crónica tributaria*, núm. 146, 2013, pp. 7 y ss.

forma insolidaria, incumplieron su deber de tributar de acuerdo con su capacidad económica, colocándolos finalmente en una situación más favorable que la de aquéllos que cumplieron voluntariamente y en su plazo su obligación de contribuir»³⁶³. Así pues, la amnistía fiscal dejaba de ser un beneficio fiscal justificado (patología *prima facie*) para convertirse en un privilegio fiscal discriminatorio (patología *stricto sensu*).

El desarrollo de funciones distintas de las que justificaron la acogida de la patología *prima facie* en el sistema (disfunción activa) se aprecia, también, en el caso del discurso del odio. Siendo éste diseñado para evitar o perpetuar la estigmatización de ciertas minorías –función beneficiosa al servicio del Estado Social– puede terminar por conducir a eliminar del ámbito público mensajes disidentes, provocadores, contrarios a los valores democráticos o, en fin, políticamente incorrectos³⁶⁴, que un sistema democrático admite en aras a su mayor positividad (inmunidad en sentido positivo). Quizá el ejemplo más claro sea la consideración de la quema de fotos del anterior Jefe del Estado como discurso del odio cuando aquél, al margen de otras adicionales consideraciones que pudieran hacerse, no forma parte de un colectivo vulnerable, que son los protegidos por dicho discurso (patología *stricto sensu*)³⁶⁵.

³⁶³ STC 73/2017, de 8 de junio (FJ 5º).

³⁶⁴ En efecto, hay quienes consideran que el discurso del odio forma parte del discurso público, pues es también una forma de expresar determinadas posiciones políticas o creencias. Así, en la doctrina estadounidense, SUNSTEIN, C.: *Democracy and the Problem of Free Speech*, The Free Press, 1993, p. 163; POST, R.: «Racist Speech, Democracy, and the First Amendment», *William & Mary Law Review*, num.32, 1991, p. 289. Entre nosotros, ALCÁCER GUIRAO, R.: «Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm18-11, 2016, p.7.

³⁶⁵ STC 177/2015, de 22 de julio. La expansión del concepto de discurso del odio se aprecia cuando el Tribunal sostiene: «Es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado “discurso del odio” son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes» (FJ 4º). La misma se confirma en la posterior STC 112/2016, de 20 de junio (FJ 2º). El asunto de la quema de las fotografías del anterior Rey llegó al TEDH que declaró compatible con el CEDH el acto en cuestión al ser una manifestación de la libertad de expresión (STEDH, 18 de marzo de 2018, *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*). Véase al respecto el comentario más extenso, crítico con la sentencia española, de PRESNO LINERA, M.A.: «Crónica de una condena anunciada: el Asunto

El problema se agrava cuando, bajo esa necesidad de proteger a colectivos jurídicamente vulnerables frente ciertas expresiones que contribuyesen a perpetuar su condición, se aprueban diversas leyes de igualdad que prevén sanciones administrativas para quienes utilicen un lenguaje sexista, discriminatorio o, en fin, poco respetuoso con la identidad de ciertos colectivos³⁶⁶. Estas regulaciones tienen, además de los anteriores ya señalados, el problema añadido de conferir a órganos administrativos la decisión sobre lo que es una manifestación, por ejemplo, «sexista» y, por tanto, de lo que es, o no, un ejercicio lícito de la libertad de expresión. Dicho cometido parece ser más bien propio de la jurisdicción que, en cuanto tal, goza de las pertinentes garantías de independencia y neutralidad y no de la Administración que es juez y parte en el proceso. Su posición parcial aumenta las posibilidades de que la decisión final sea arbitraria, máxime teniendo en cuenta el alto margen de apreciación que aquélla ostenta dada la general, y cuestionable, indeterminación de este tipo de infracciones (art.25. 2 CE). Estos riesgos, unidos a la elevada cuantía que llevan aparejada las sanciones, puede desembocar en un efecto desaliento a la hora de ejercer la libertad de expresión, silenciando a los

Stern Taulats y Roura Capellera c. España sobre la quema de fotos del Rey», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 539-549. Sobre la banalización del discurso del odio ya alertaban los votos particulares a la sentencia española de los Magistrados Asúa Barrita, Xiol Ríos y Valdés Dal-Re. En sede doctrinal, denuncian igualmente esa ampliación del discurso del odio TERUEL LOZANO, G.: «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 114, 2018, pp.25-26, ALCÁCER GUIRAO, R.: «Opiniones constitucionales», *InDret*, 2018, pp. 4 y ss.

³⁶⁶ Véase a este respecto, por ejemplo, el art.76 de la Ley 12/2007 para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, que tipifica como infracción grave (multa de 6.001 a 60.000€) «organizar o desarrollar actos culturales, artísticos o lúdicos que, por su carácter sexista o discriminatorio por razón de sexo, vulneren los derechos previstos en esta ley o justifiquen o inciten a la prostitución o a la violencia de género»; el art.51.3 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid, que contempla como infracción grave (3.001 y 30.000€); «la reiteración en el uso o emisión de expresiones vejatorias por razón de identidad o expresión de género en la prestación de servicios públicos, en cualquier medio de comunicación, en discursos o intervenciones públicas, o en las redes sociales»; o el art.97.3 d) de la 7/2018, de 28 de junio, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Aragón que tipifica como infracción grave (3.001-30.000€) «la utilización sexista del lenguaje en documentos y soportes administrativos».

ciudadanos y erigiendo a los órganos administrativos en tribunales, en definitiva, de corrección política (patología *stricto sensu*)³⁶⁷.

2.3. Las cuestionables demostraciones de funcionalidad: las engañosas funciones beneficiosas.

Hasta ahora se ha puesto de manifiesto que las patologías *prima facie*, para ser precisamente tales y no *stricto sensu* y, por tanto, ser toleradas por el sistema, debían demostrar su funcionalidad. Lo que sucede, sin embargo, es que las patologías son, si se permite la expresión, «inteligentes». Conscientes de que la forma que tienen de incrustarse en el ordenamiento es demostrando que desempeñan una función beneficiosa para el mismo, no suelen presentarse como elementos perniciosos –lo que recortaría sus posibilidades de éxito y supervivencia en el mismo– sino que suelen exhibirse de forma atractiva para aquél. Y ello, o bien buscando no ser siquiera reconocidas como patologías por el propio sistema o bien, si tal pretensión se frustrase, persuadirle de que desempeñan una función positiva (destrucción de la presunción de nocividad), tratando de insertarse en el mismo como supuestas patologías *prima facie*. Tal cosa la hacen muy habitualmente mostrándose como soluciones muy resolutivas o expeditivas para conseguir un determinado fin, contrarrestando la presunción de nocividad que se les asigna con su eficacia para resolver concretos problemas. La patología se integra entonces en el sistema con el engañoso argumento, lógicamente aceptado por éste, de que el fin justifica los medios.

Este tipo de patologías que se presentan como supuestamente beneficiosas lo que hacen muy habitualmente es tratar de enfrentar la complejidad del sistema negándola o erradicándola, e incorporar en su lugar

³⁶⁷ En este sentido se expresa PRESNO LINERA, M.A.: «El discurso del odio contra las minorías sexuales: respuestas penales y administrativas», en MATIA PORTILLA, J., ELVIRA PERALES, A., ARROYO GIL, A.: *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 306-309.

soluciones expeditivas para conseguir ciertos resultados puntualmente deseables. Y el ordenamiento, seducido frecuentemente por estas ventajas, accede más fácilmente a su incorporación sin reparar, lógicamente, en que tal vez está dando cabida a ocultas patologías *stricto sensu*. Sin embargo, como ya se ha señalado, de lo que se trata es de que la patología (*prima facie*) resulte funcional para ser aceptada por el sistema, lo que sucede cuando logra ponerse al servicio de su identidad, extremadamente compleja, dotándola así de eficacia en su conjunto; no de que se prescindiera de dicha complejidad so pretexto de resultar eficaz para la consecución de un objetivo concreto. Suprimir complejidad supone, frecuentemente, suprimir también identidad del ordenamiento; precisamente por eso resulta peligroso. Lo coherente con el ordenamiento no es ignorar dicha complejidad sino crear procedimientos específicos destinados a resolver más eficazmente los problemas concretos que en conjunto dan lugar a esa complejidad.

Ejemplos paradigmáticos de lo que ahora nos ocupa pueden ser todas aquellas medidas que, en aras a proteger, supuestamente, la seguridad exterior o interior del país, terminan por sacrificar el ejercicio de los derechos fundamentales. Podríamos citar a estos efectos, en el caso español, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC)³⁶⁸ que introduce una serie de medidas orientadas, tal y como reza su Exposición de Motivos, «a la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad ciudadana»³⁶⁹. Sirvan a estos efectos, por

³⁶⁸ La LOSC ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional por más de 50 diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia y Grupo Mixto del Congreso de los Diputados (recurso de inconstitucionalidad núm. 2896-2015); y por el Parlamento de Cataluña (recurso de inconstitucionalidad núm. 3848-2015).

³⁶⁹ Un análisis crítico de la LOSC, poniendo de manifiesto las dudas de constitucionalidad que suscita puede consultarse, entre otros, en los trabajos de BILBAO UBILLOS, J.: «La llamada Ley Mordaza: ley orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, pp. 217 y ss.; PRESNO LINERA, M.A.: «Espacios públicos y ejercicio de derechos fundamentales en la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana», en ALÁEZ CORRAL, B. (Coord.): *Conflicto de derechos fundamentales en el espacio público*, Marcial Pons, Barcelona, 2017, pp. 15 y ss. Véase también la obra colectiva de CUERDA ARNAU, M. L.; GARCÍA AMADO, J. A. (Dir.): *Protección jurídica del orden público, la paz pública*

ejemplo, la prohibición que se incluye de «perturbar la seguridad ciudadana en actos públicos, espectáculos deportivos o culturales, solemnidades y oficios religiosos y otras reuniones a las que asistan numerosas personas, cuando no sean constitutivas de infracción penal» (art.36.1 LOPSC) o aquella que se produzca con ocasión de «reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso, el senado y las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, aunque no estuvieran reunidas» (art.36.2 LOPSC) o «del desarrollo de una reunión o manifestación lícita, cuando no constituya infracción penal» (art.36.8 LOPSC); o, en fin, «las faltas de respeto y consideración cuyo destinatario sea un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones de protección de la seguridad, cuando estas conductas no sean constitutivas de infracción penal» (art.37. 4 LOPSC) que es, por cierto, el que más se ha aplicado^{37º}.

Tales medidas, al atacar frontalmente un elemento esencial del Estado democrático de Derecho, como es el ejercicio de determinados derechos fundamentales, debe ponerse necesariamente bajo sospecha y calificarse de patología *prima facie*. Ésta, no obstante, intenta destruir la presunción de nocividad aduciendo que trata de proteger personas y bienes y mantener la tranquilidad ciudadana (función supuestamente beneficiosa), introduciendo medidas que parecen muy expeditivas para lograr dicho cometido. Lo que sucede, sin embargo, no es que tal pretensión sea ilegítima o innecesaria, sino que se torna altamente incompatible con la identidad del sistema democrático

y la seguridad ciudadana, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 y la más reciente de IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (Dir.): *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Aranzadi, Navarra, 2019. Para un estudio sobre el anteproyecto, cuyas dudas de constitucionalidad eran aún superiores, véase en extenso el análisis de PRESNO LINERA, M. A.: «El primer anteproyecto de ley orgánica para la protección de la seguridad ciudadana», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 34, 2014, pp. 269 y ss.

^{37º} En base a dicho precepto se impusieron, en 2016, 19.497 sanciones que ascendieron a 3.006.761€; 21.122 en 2017, que ascendieron a 3.099.743€; y 21.258 en 2018 que ascendieron a 3.154.937€; según consta en las estadísticas sobre seguridad ciudadana elaboradas anualmente por el Ministerio del Interior y disponibles aquí: <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/seguridad-ciudadana-ley-organica-4-2015-1> (última consulta 30 de abril de 2020).

y, por tanto, con el mantenimiento de su inmunidad (autorreferencialidad y positividad) si se lleva a cabo sacrificando el ejercicio de los derechos fundamentales. Éstos están en la base de esa protección que se trata de dispensar y, por supuesto, constituyen el sustrato básico de lo que, en todo caso, ha de entenderse por «tranquilidad ciudadana» en el seno de un ordenamiento democrático. Ésta nada tiene que ver con la concepción autoritaria del viejo orden público que perseguía la quietud o el silencio en las calles (orden político heterorreferencial)³⁷¹, sino con la garantía del disfrute de los derechos fundamentales del individuo en condiciones de libertad e igualdad, es decir, con la salvaguarda del orden jurídico (autorreferencial)³⁷².

No parece tampoco casualidad, en efecto, que la LOSC hable de «seguridad o tranquilidad ciudadana» en vez de orden público. Con ello se pretende deliberadamente camuflar esas innegables connotaciones negativas que la segunda noción ostenta³⁷³ respecto de las primeras, lo que contribuye a aumentar la receptividad del sistema. A esto, por cierto, también contribuye el hecho de que se transfieran a la legislación administrativa infracciones y sanciones que otrora revestían carácter penal, exhibiéndose dicha despenalización como un supuesto beneficio que no hace sino aumentar, de nuevo, la nocividad de este tipo de patologías toda vez que la exclusión del

³⁷¹ Véase al respecto BASTIDA FREIJEDO, F.: *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura*, Ariel Derecho, Barcelona, 1986, pp.127 y ss.; MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S.: *La cláusula de orden público como límite –impreciso y creciente– del ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid, 1975, pp. 19 y ss.; DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C.: *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, CEPC, Madrid, 2002, pp.153 y ss.

³⁷² No en vano el Tribunal Constitucional ha señalado que «el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público» (STC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 1º) así como que aquéllos «son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política» (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4º).

³⁷³ No en vano MARTÍN RETORTILLO, L.: «El orden público como límite al derecho de libertad religiosa», *Bajo el signo de la Constitución*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1983, p. 298., califica al orden público como «expresión odiosa» por las connotaciones represoras que posee a nivel histórico.

ámbito penal supone la pérdida de las garantías sustantivas y procesales vigentes en dicho orden jurisdiccional aun cuando la carga reprobatoria de las sanciones administrativas puede ser, y en efecto muchas veces es, notablemente superior³⁷⁴. A pesar de, o más bien, debido a esa benevolencia que las enmascara, ese tipo de medidas tienen altas posibilidades de enquistarse en el ordenamiento como patologías *stricto sensu*.

Las pretensiones finalistas de eficacia pueden observarse, aún con más claridad, en el ámbito procesal. Existe un conjunto de mecanismos procesales muy expeditivos —llamados de «condena sin debate»³⁷⁵— que, en pro de esa abstracta eficacia, desalientan el acceso a la jurisdicción (art.24.1 CE) y recortan o, al menos, limitan notablemente los derechos de defensa del acusado y las garantías del propio proceso judicial (art.24.2 CE) en el bien entendido sentido de que es el acusado quien renuncia a los mismos a cambio de las ventajas ofrecidas por el sistema³⁷⁶. Véanse, por ejemplo, las sentencias de conformidad

³⁷⁴ Doctrinalmente ya habían denunciado el uso del Derecho administrativo sancionador para eludir la observancia de las garantías propias del Derecho penal, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch Editor, Barcelona, 1992, pp.292-293; ARROYO ZAPATERO, L.: «Derecho penal económico y Constitución», *Revista Penal*, vol. I, 1998, pp. 9-11. Para un análisis crítico más reciente de este fenómeno, poniendo de relieve los costes —a nivel de garantías procesales y materiales— que dicho trasvase tiene para el administrado, SALAT PAISAL, M.: «El Derecho penal como prima ratio: la inadecuación del procedimiento administrativo sancionador y la necesidad de buscar soluciones en el Derecho penal», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm.51, 2019, pp. 1 y ss. En un sentido distinto, RANDO CASERMEIRO, P.: *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 431-446 entiende que ese recorte de garantías se hace en pro de la eficacia de la Administración y que la derivación de lo penal a lo administrativo puede concebirse así como beneficiosa para el sujeto que la padece.

³⁷⁵ KLEINKNECHT, T.: «La procedure sommaire comme élément de la répression d'actes illicites dans la République Fédérale d'Allemagne», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1962, pp.393 y ss.

³⁷⁶ La jurisprudencia constitucional ha puesto de manifiesto que es posible renunciar al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (renuncia de acciones) cuando ello redunde en interés del interesado y siempre que tal renuncia se haga de forma explícita, clara e inequívoca. Véanse, entre otras, las SSTC 76/1990, de 26 de abril (FJ 7º); 51/2003, de 17 de marzo (FF. JJ 6º y 7º); 65/2009, de 9 de marzo (FF. JJ 4º y 5º), entre otras; y las SSTEDH de 25 de noviembre de 1997, *Zana c. Turquía* (§ 70); de 22 de abril de 1998, *Richard c. Francia* (§ 49); de 13 de febrero de 2001, *Schöps c. Alemania* (§ 48), entre otras. De la cuestión de la renunciabilidad de los derechos fundamentales se han ocupado, en extenso, VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.; FRUMMER, P.: *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, quienes en efecto identifican en el caso de la tutela judicial un

(art.787 LECrim)³⁷⁷ o también los llamados «juicios rápidos» (art.800 LECrim)³⁷⁸. Dado que tiene lugar antes de la práctica de la prueba, la conformidad penal evita la celebración del juicio oral y, con ello, sacrifica el acceso a la jurisdicción (art.24.1 CE). También, por tanto, el ejercicio de los derechos de defensa del acusado y la existencia de un proceso con todas las garantías en el que rijan los principios de publicidad, inmediación, contradicción, etc. (art.24.2 CE) máxime si se toma en consideración que las sentencias de conformidad no son susceptibles de ulterior recurso por cuestiones de fondo. El derecho fundamental a la presunción de inocencia (art.24.2 CE) resulta igualmente comprometido, dado que ésta no se desvirtúa porque «exista una mínima actividad probatoria producida con las debidas garantías procesales y que pueda estimarse de cargo, de forma que apreciando en conciencia esa actividad probatoria unida a otros elementos de juicio el Juez pueda dictar sentencia»³⁷⁹, sino porque aquél decide asumir los hechos que se le imputan y las consecuencias jurídicas que a éstos se anudan, renunciando con ello a demostrar la existencia de otro posible escenario, fáctico y jurídico³⁸⁰. Incluso los fines resocializadores de la pena (art.25.2 CE) y su necesaria

ejemplo de renuncia de derechos fundamentales por cuanto el titular renuncia a la garantía objetiva de organización o procedimiento o al derecho prestacional que la norma iusfundamental le otorga.

³⁷⁷ En éstas, el acusado, antes de la práctica de la prueba, acepta la pena más grave de las solicitadas por la acusación siempre que no excediere de los seis años de prisión, a cambio, generalmente, de una rebaja de la pena previamente pactada con aquélla. El recurso a la conformidad penal es, por cierto, increíblemente frecuente: en 2016, el 49,31% de las sentencias por delito lo han sido por conformidad del acusado, porcentaje que se sitúa en el 46,21 % en el 2017. Estos datos han sido extraídos de las Memorias de la Fiscalía General del Estado de 2016 y 2017, disponibles en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS16.pdf https://www.fiscal.es/memorias/memoria2017/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS17.pdf (última consulta el 30 de abril de 2020).

³⁷⁸ En estas diligencias urgentes ante el Juzgado de Guardia, si el acusado se conforma con la acusación del Ministerio Fiscal, ve su pena rebajada en un tercio, renunciando con ello a ejercer posteriores acciones.

³⁷⁹ SSTC 17/1984, de 7 de febrero (FJ 3º); 17/2002, de 28 de enero (FJ 2º); 185/2014, de 6 de noviembre, (FJ 3º).

³⁸⁰ Véase más en profundidad el trabajo de DE LA OLIVA SANTOS, A.: «Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad», *Revista de Derecho Procesal*, núm.1, 2007, pp.701 y ss.

individualización resultan alterados, pues no parece que ésta pueda desplegar correctamente sus efectos si se aplica a quien merecía una distinta o mayor o, aún peor, a quien no merecía directamente pena alguna porque es inocente³⁸¹.

Susceptible de ser calificado de patología *prima facie* dado que, a primera vista, ataca al art.24 CE, el instituto de la conformidad penal trata de destruir la presunción de nocividad aduciendo que aumenta la agilidad procesal, ahorra costes y descongestiona el funcionamiento de la Justicia, por no mencionar las ventajas que le reporta al acusado, que puede hacerse con una pena inferior a la que podría serle impuesta tras un eventual juicio. Esos fines, muy loables y atractivos, empañan, o directamente ocultan, el coste que la patología *prima facie* conlleva para la identidad del Estado de Derecho en su conjunto, cifrado en el «efecto desaliento»³⁸² para acceder a la jurisdicción (art.24.1 CE) y disfrutar de las garantías que rodean al proceso penal (art.24.2 CE)³⁸³.

³⁸¹ Sobre las razones que pueden hacer que un inocente se conforme en la vía penal, consúltese más extensamente el interesantísimo trabajo de LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., GASCÓN INCHAUSTI, F.: «¿Por qué se conforman los inocentes?», *InDret*, núm.3, 2018, pp. 1 y ss.

³⁸² El efecto desaliento («chilling effect») es una construcción jurisprudencial, nacida inicialmente en Estados Unidos [*Wieman vs. Updegraff*, 344 U.S. 183, 195 (1952)], para aludir al efecto disuasor o inhibitorio que puede tener sobre el ejercicio de los derechos fundamentales – originariamente la libertad de expresión– la imposición de sanciones desproporcionadas, de excesivos límites al ejercicio de aquéllos o las regulaciones vagas o inciertas que no permitan saber con certeza cuándo se produce la infracción. Sobre su recepción en Europa, pueden verse, entre muchas otras, las SSTEDH de 22 de febrero de 1989, *Barfod c. Noruega*; de 13 de julio de 1995, *Tolstoy Milovslasky c. Reino Unido*; 29 de febrero de 2000, *Fuentes Bobo c. España*. También las SSTC 136/1999, de 20 de julio (FJ 20º); 110/2000, de 5 de mayo (FJ 5º); 88/2003, de 19 de mayo (FJ 8º); 62/2019, de 7 de mayo (FJ 7º). No obstante, la doctrina estadounidense ya ha apuntado que ese *chilling effect* puede ejercerse en relación con otros derechos, aunque inicialmente haya surgido al hilo de la libertad de expresión. Véase SCHAUER, F.: «Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect», *Boston University Law Review*, vol.58, 1978, p.692; MASSARO, T.: «Chilling Effects», *University of Colorado Law Review*, vol.88, issue 1, 2016, pp.33 y ss.; CANES-WRONE, B.; DORF, M.: «Measuring the chilling effect», *New York University Law Review*, vol. 90, 2015, pp.1095 y ss., quienes lo analizan en relación con el aborto; o la reciente nota, VV.AA.: «The Stablishment Clause and the Chilling Effect», *Harvard Law Review*, vol.133, 2020, pp. 1338 y ss., donde se estudia respecto a la libertad religiosa.

³⁸³ Así, entre otros, MARTÍN PALLÍN, J. A.: «¿Es constitucional la conformidad?», *Revista del Poder Judicial*, núm.19, 2006, pp.218-219; DEL MORAL GARCÍA, A.: «La conformidad en el proceso penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)», *Revista Auctoritas Prudentium*, núm.1, 2008, pp. 7-11.

Si bien es cierto que es el propio acusado quien *decide* si conformarse o no y, por tanto, quien libremente renuncia a sus derechos de defensa³⁸⁴, no lo es menos que la conformidad penal sí alienta extraordinariamente esta opción pues los incentivos para que el acusado desista del procedimiento –rebajas de la pena– son generalmente muy superiores a los que conlleva persistir en su pretensión. La inteligencia de este mecanismo reside justamente en mostrar que no es el ordenamiento el que orilla sus propias garantías, reduciendo con ello su autorreferencialidad, sino que voluntariamente lo hace el individuo. Aquél exhibe en forma de *beneficio* –al que libremente opta el sujeto interesado– lo que podría considerarse, al menos en ciertos casos, una *coacción* implícita del propio sistema que resulta tal, o al menos más coactiva –valga la redundancia– cuanto más provechosa resulte para el acusado, es decir, cuanto mayor sea la rebaja penal que se ofrece y, por tanto, cuanto más benevolente se muestre la conformidad³⁸⁵. Tal es así que termina por ser más rentable conformarse con un determinado relato de los hechos y las consecuencias jurídicas que de él se derivan que esforzarse por demostrar otro relato alternativo que, si bien podría llevar a la absolución, también podría conducir a la imposición de una pena más

³⁸⁴ En sede doctrinal así lo subrayan, entre otros, DE DIEGO DÍEZ, L.: *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp.188 y ss.; BUTRÓN BALIÑA, P.M.: *La conformidad del acusado en el proceso penal*, McGraw Hill, Madrid, 1998, pp. 197 y ss.;

³⁸⁵ La STEDH de 27 de febrero de 1980, *Deweert c. Bélgica*, declaró que resultan compatibles con el derecho de acceso a los Tribunales (art.6 CEDH) los mecanismos orientados a renunciar al ejercicio de la tutela judicial efectiva siempre que no supongan coacción alguna por parte del Estado para ejercer dicha renuncia. Como pone de relieve ORTEGA ÁLVAREZ, L.: «La coacción institucional para desistir del acceso al juez», *Revista de la Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, p.1444, queda sin resolver si esa vulneración se produce cuando existe coacción –que puede existir implícitamente siempre que se ofrezcan ventajas a cambio de no recurrir a la jurisdicción– o si es necesario que aquélla presente cierta entidad, de forma que habría que diferenciar entre la presión standard de un incentivo y la cualificada de un mecanismo coactivo. En otro orden de consideraciones, la jurisprudencia constitucional española (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 7º), por su parte, al hilo de las actas de conformidad en materia tributaria, ha puesto de relieve que la aceptación de los beneficios que reporta la conformidad no puede significar que la disconformidad suponga una agravación de la sanción, pues ello «conllevaría un injustificable efecto intimidatorio que menoscabaría el derecho de defensa de los interesados dentro de un procedimiento sancionador de carácter contradictorio».

grave. El juicio se convierte así «en un lujo para quien esté dispuesto a enfrentar sus costes y sus riesgos»³⁸⁶.

Esta misma lógica también puede hallarse en el ámbito administrativo sancionador donde, a partir del 2015, se ha hecho extensivo a todos los procedimientos administrativos las reducciones de hasta el 20% de la sanción pecuniaria propuesta, acumulables entre sí y susceptibles de ser aumentadas por vía reglamentaria, si iniciado un procedimiento sancionador, el infractor reconoce su responsabilidad o paga voluntariamente en cualquier momento anterior a la resolución (art.85 LPACAP)³⁸⁷. Con las reducciones de las sanciones, la Administración trata de descongestionarse burocráticamente y, también, de aumentar su recaudación³⁸⁸. Lo que sucede es que lo hace a costar de obligar la renuncia a formular alegaciones y/o interponer recursos en vía administrativa y, con ello, a ofrecer la posibilidad de que los administrados se defiendan frente a una actuación administrativa potencialmente arbitraria en dicha sede.

Es cierto que la vía jurisdiccional se mantiene expedita³⁸⁹, pero no lo es menos que la no muy elevada cuantía que presentan el común de las sanciones

³⁸⁶ FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 748.

³⁸⁷ Previamente, eran distintas leyes sectoriales –en materia de tráfico, de Hacienda y de Seguridad Social, fundamentalmente– las que contemplaban reducciones de la cuantía de la sanción (pecuniaria) a cambio del pago voluntario de la misma o del reconocimiento de su comisión, y de la renuncia a interponer posteriormente recurso en vía administrativa. Véase el art. 94 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial; el art.188 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; el art.34.4 de la Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y el art.40.3 de la Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

³⁸⁸ Sobre las razones para incluir este tipo de medidas en el ordenamiento, a nivel administrativo, cifradas en el «principio de eficiencia de la Administración» y un estudio detallado acerca de las mismas, puede consultarse el trabajo de LOZANO, B.: «Procedimientos abreviados para la represión de las infracciones administrativas: el pago voluntario en cuantía reducida», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 66, 1990, pp.221 y ss.

³⁸⁹ El Tribunal Constitucional, al hilo de las reducciones de cuantía por actas de conformidad en materia tributaria, puso de manifiesto que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, no se vulnera si la ley no excluye la posibilidad de impugnar la sanción ante los Tribunales de Justicia (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 7º).

administrativas hacen poco rentable acudir, en último término, a los Tribunales porque los costes que lleva aparejada tal opción superan, en muchas ocasiones con holgura, los escasos beneficios de un eventual éxito. De ahí que la eficacia del derecho de acceso a la jurisdicción (art.24.1 CE) y de los derechos de defensa del ciudadano (art.24.2 CE) se vea minorada; al igual que el control de la legalidad de la actuación administrativa (art.103.1 y 106.1 CE), dado que la arbitrariedad tiene altas posibilidades de saldarse a coste cero (art.9.3 CE). Este puede ser, en definitiva, el subterfugio contemporáneo a través de la cual, en numerosos casos, la Administración logra clausurar, *de facto*, el procedimiento comunicativo al dificultar extraordinariamente el control jurisdiccional de sus decisiones. Y ello, haciéndole creer al administrado que es él precisamente quien gana.

Con esto, lógicamente, no se trata de demonizar estos mecanismos procesales a los que se ha aludido sino de utilizarlos de ejemplo para poner de manifiesto cómo la consecución expeditiva de determinados objetivos (ahorro de costes, economía procesal, etc.) es frecuentemente una exitosa prueba en contrario que las patologías aducen para destruir la presunción de nocividad, ante la cual el sistema, seducido por sus ventajas, suele ceder más fácilmente. Persiguiendo un fin –dotar de eficacia al entramado burocrático de la Administración de Justicia– pasa a un segundo plano la función de dotar de eficacia a la identidad del sistema en su conjunto, más concretamente en este caso, a los derechos fundamentales que están en el corazón del Estado de Derecho y su tutela³⁹⁰. El sistema pierde así autorreferencialidad (inmunidad en sentido negativo) pues la observancia de sus propios medios se orilla ante la necesidad imperiosa de descongestionar burocráticamente el aparato del Estado.

³⁹⁰ En este sentido, poniendo de manifiesto que la eficacia –en términos administrativos– es un valor que no puede perseguirse a cualquier precio, MARTÍN REBOLLO, L.: «La Administración de garantías: vigencia y limitaciones», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm.13, 1992, p. 32.

Lo que sucede en estos casos es que el éxito a corto plazo de la patología –que es lo que fundamentalmente observa el sistema– oculta los nocivos efectos secundarios que su aceptación tiene para la identidad del aquél en su conjunto y a largo plazo. Lo determinante para la subsistencia del ordenamiento no es el *finalismo* sino el *funcionalismo*. No es la consecución eficaz de determinados fines al margen de los medios –algo más propio de una lógica heterorreferencial– sino la preservación de la eficacia de los propios medios, esto es, la conservación de un funcionamiento sistémico permeado por un concreto código genético. Prescindir de ellos en aras de la eficacia es destruir el ordenamiento. Éste morirá de éxito y se convertirá en un ordenamiento distinto, heterorreferencial, que dependerá para sobrevivir de la inmediatez en obtener resultados y del difícil consenso en que esos sean los deseados por todos. Además, a la larga morirá sin éxito, porque en una sociedad tan compleja y heterogénea es imposible mantener estable ese consenso pues lo que genera legitimidad y consenso no son los fines, sino la confianza en los procedimientos³⁹¹, lo que implicaría, en suma, la vuelta a un sistema autorreferencial.

La cuestión, entonces, no reside en elegir entre eficacia o identidad pues la única eficacia posible –o, al menos, la deseable– es la que trata de preservar y/o maximizar la identidad del sistema a cuyo servicio se pliega, es decir, la de sus propios principios estructurales y, así, la de su autorreferencialidad y positividad en su conjunto. Otra eficacia distinta a esta, al servicio de otras variables, se convierte, a la larga, en una peligrosa herramienta teleológica que puede terminar por atropellar el sistema al que supuestamente pretende proteger. Deviene en una justificación tendente hacia la heterorreferencialidad pues, en último término, conduce a desatender el propio ordenamiento en pro de la consecución de ciertos objetivos aislados. De ahí precisamente que la

³⁹¹ LUHMANN, N.: *La légitimation par la procédure*, ob. cit., pp.20 y ss.

forma de destruir la presunción de nocividad que llevan aparejada las patologías *prima facie* no sea demostrando que son eficaces para lograr un *fin* loable –lo que hace buena parte de las patologías *stricto sensu*– sino que desempeñan una *función* beneficiosa para el ordenamiento en su conjunto y, en ese sentido, que contribuye a reforzar su inmunidad global (autorreferencialidad y postividad).

2.4. Los límites a la funcionalidad: las presunciones *iuris et de iure* de nocividad.

Si bien la demostración de funcionalidad de un elemento aparentemente contrario a la identidad del sistema es lo que permite su integración como una patología *prima facie* (destrucción de la presunción de nocividad), resulta ilustrativo advertir cómo el propio ordenamiento, en ocasiones, establece determinados límites a esa funcionalidad. Tal cosa la hace excluyendo taxativamente la posibilidad de incorporación de ciertos elementos, bien a través de cláusulas de intangibilidad o de prohibiciones constitucionales o convencionales –entendidas éstas como reglas no sujetas a excepción–. El sistema considera que hay determinados elementos cuya nocividad es tan elevada, esto es, cuya posibilidad de dañarle irreversiblemente es tan sumamente alta que directamente cierra la puerta a la posibilidad de su integración, tanto a nivel constitucional como infraconstitucional.

Al prohibirlos taxativamente, el ordenamiento excluye la posibilidad de que se ofrezcan pruebas en contrario que pudieran llegar, en algún momento, a justificar su existencia pues los considera, de todo punto, radicalmente contrarios a su identidad. No son susceptibles de desempeñar función beneficiosa alguna y, en ese sentido, si se permite la expresión, son elementos «infuncionalizables». En efecto, buena parte de esas prohibiciones constitucionales lo que tienen en común es que vetan la entrada de elementos que presentan altas posibilidades de tratar de ser justificados so pretexto de

resultar especialmente expeditivos para la resolución de determinados problemas, en relación con lo explicado en el epígrafe anterior. Con su frontal exclusión, el ordenamiento lo que pone precisamente de manifiesto es que no existe forma alguna de ponerlos al servicio de su identidad, cualquiera que sea el pretendido fin que persigan y por muy loable que éste sea. Esas prohibiciones operan, en suma, como presunciones de nocividad *iuris et de iure*³⁹².

Por ejemplo, cuando el art.15 CE establece la prohibición de la tortura y de la sumisión a penas o tratos inhumanos o degradantes, el ordenamiento está detectando tal elemento como absolutamente nocivo, previendo de forma expresa y categórica –«en ningún caso»– su rechazo. El Tribunal Constitucional, en efecto, ha sostenido que aquéllos están sujetos a una prohibición absoluta, «sean cuales fueren los fines»³⁹³, esto es, resultando irrelevante «la mayor o menor bondad o legitimidad de la finalidad pretendida»³⁹⁴. En consecuencia, la tortura «queda proscrita para todo tipo de supuestos y con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas, por una parte y, por otra, no admite

³⁹² La imposibilidad de ofrecer pruebas en contrario es lo que ha llevado a un sector de la doctrina a considerar que las presunciones *iuris et de iure* no son auténticas normas de presunción sino, sencillamente, reglas de derecho sustantivo. No obligan a presumir nada –se aduce– sino a aplicar determinadas consecuencias jurídicas cuando se dé un determinado supuesto de hecho. No siendo este el lugar para entrar en el debate profundo y complejo de dicha cuestión, sí es pertinente poner de manifiesto que cuando aquí sostenemos que determinadas reglas constitucionales o convencionales –las prohibiciones y cláusulas de intangibilidad– pueden ser tratadas como presunciones de nocividad *iuris et de iure* estamos haciéndolo en un sentido muy preciso: considerando que, en tales casos, *el sistema ha presumido que* determinados elementos no resultan compatibles con la identidad que él mismo ha configurado. De esta forma, no es que de *Constitutione lata* deba presumirse nada, sino que es el propio sistema el que ha presumido algo con carácter indestructible. Al hacerlo, veta la entrada a las potenciales pruebas en contrario que tratasen de destruir esa presunción de nocividad que él ha efectuado y que materializa a través del establecimiento de una prohibición. Poniendo de manifiesto estos extremos, AGUILÓ REGLA, J.: «Presunciones, verdad y normas procesales», *Isegoría*, núm.35, 2006, pp. 25-31.

³⁹³ SSTC 120/1990, de 27 de junio (FJ 9º); 137/1990, de 19 de julio (FJ 7º); 196/2006, de 3 de julio (FJ 4º); 56/2019, de 6 de mayo (FJ 5º).

³⁹⁴ ATC 333/1997, de 13 de octubre (FJ 5º); 56/2019, de 6 de mayo (FJ 5º).

ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales»³⁹⁵.

Con la misma rotundidad se expresa el TEDH que no admite, bajo ninguna circunstancia, la tortura, «ni siquiera de suceder una emergencia pública que amenace la subsistencia de la nación»³⁹⁶, pues «incluso en las circunstancias más difíciles, como la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura (...) sea cual fuere el comportamiento de la persona en cuestión»³⁹⁷. El art.3 CEDH «no contempla ninguna excepción, ningún factor justificativo y ninguna puesta en equilibrio de intereses, sean cuales fueren los actos de la persona en cuestión y la naturaleza del delito que pudiera serle imputado»³⁹⁸. Así, no cabe justificar, por ejemplo, que se tortura para coadyuvar a la investigación de determinados delitos o para evitar la comisión de otros. No hay margen para la prueba en contrario (presunción de nocividad *iuris et de iure*), para la demostración de funcionalidad. Torturar o proporcionar ese tipo de tratos nunca puede desempeñar una función al servicio del Estado de Derecho.

Lo mismo sucede, también en el ámbito de los derechos fundamentales, con la prohibición de toda clase de discriminación (art.14 CE), la abolición de la pena de muerte para tiempos de paz (art.15 CE)³⁹⁹, la exclusión taxativa de la

³⁹⁵ STC 34/2008, de 25 de febrero (FJ 5º); 199/2009, de 28 de septiembre (FJ 2º). Véase más extensamente la minuciosa y actualizada recopilación jurisprudencial sobre el precepto realizada por PÉREZ MANZANO, M., TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: «Artículo 15», en CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Tomo I, Wolters Kluwers, Madrid, 2018, pp. 375 y ss.

³⁹⁶ STEDH de 28 de julio de 1999, *Selmouni c. Francia*.

³⁹⁷ STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*.

³⁹⁸ STEDH de 1 de junio de 2010, *Gafgën c. Alemania*. Sobre la prohibición de tortura en el CEDH (art.3) pueden consultarse más ampliamente, entre otros, el trabajo de SANTAMARÍA ARINAS, R. J.: «Artículo 3. Prohibición de tortura», en LASAGABASTER HERRARTE, I. (Coord.): *Convenio europeo de derechos humanos: comentario sistemático*, Civitas, Madrid, 2009, pp. 46 y ss.

³⁹⁹ En el caso de la pena de muerte se aprecia con claridad cómo la presunción *iuris et de iure* de nocividad afecta únicamente al tiempo de paz, dado que el art.15 CE deja abierta la posibilidad de que se incorpore en tiempo de guerra de acuerdo con lo que dispongan las leyes penales militares. La Constitución asume así, de forma muy excepcional, que dicho elemento podría resultar compatible con la identidad del sistema en circunstancias muy señaladas (tiempo de

censura previa (art.20.2 CE) o con el rechazo de los trabajos forzados (art.25.2 CE). Asimismo, la prohibición absoluta de obtener pruebas con vulneración de derechos fundamentales (arts.24.2 y 14 CE)⁴⁰⁰, también constituye otra de esas presunciones de nocividad *iuris et de iure*, de cuño jurisprudencial en este caso. La lesión de los derechos fundamentales –entiende el sistema– independientemente del fin loable que se persiga con ello –reunir pruebas para destruir la presunción de inocencia del acusado, por ejemplo– nunca puede entenderse que es susceptible de ponerse al servicio de su identidad democrática sino todo lo contrario. No hay efecto retorno posible. La autorreferencialidad propia de aquél (inmunidad en sentido negativo) padecería gravemente.

Esta misma lógica también se aprecia, en otro orden de cosas, en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art.9.3 CE), el rechazo de los Tribunales de Honor (art.26 CE) o del carácter confiscatorio del sistema tributario (art.30 CE). Incluso la prohibición de suspensión de ciertos derechos fundamentales durante los estados de crisis (art.55.1 CE), como por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art.15 CE), la libertad ideológica y religiosa (art.16 CE), el derecho de participación en los asuntos públicos (art.23 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (art.24 CE) o el derecho a la educación (art.27 CE), demuestra cómo el sistema democrático considera que es tan alta la probabilidad de que la misma, incluso en circunstancias muy

guerra), por eso no clausura, sino que deja abierta la posibilidad de su positivación. Lo que sucede es que el propio sistema, a nivel infraconstitucional, cerró dicha apertura a través de la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra, al considerar que eso era más coherente con la vigencia de un Estado democrático de Derecho. Sin embargo, precisamente porque no existe una prohibición constitucional al efecto (presunción *iuris et de iure* de nocividad), la derogación de dicha ley sería jurídicamente posible. Ahora bien, al haber suscrito España el CEDH, cuyo Protocolo núm.13 ha declarado abolida la pena de muerte en cualquier circunstancia, también en tiempo de guerra, si España derogase prohibición de la pena de muerte en tiempo de guerra, en la práctica tal derogación no operaría, dado que se aplicaría con carácter preferente el Tratado Internacional (CEDH), previo a la ley de derogación.

⁴⁰⁰ Véanse, entre muchas otras, las SSTC 114/1984, de 29 de noviembre (FFJ.JJ 3º-5º); 107/1985, de 7 de octubre (FJ 2º); 64/1986, de 21 de mayo (FJ 2º); 181/1995, de 11 de diciembre (FJ 6º); 81/1998, de 2 de abril (FJ 2º); 49/1999, de 5 de abril (FJ 14º); 111/2011, de 4 de julio (FJ 4º); 161/2016, de 3 de octubre (FJ 3º).

excepcionales, cause un daño prácticamente irreparable en su identidad y, por tanto, en el mantenimiento de su autorreferencialidad y positividad (inmunidad) que clausura taxativamente la posibilidad de que tal cosa suceda (presunción de nocividad *iuris et de iure*).

Debido al fenómeno de globalización jurídica previamente apuntado, en nuestro caso intensificado por la integración en la Unión Europea, esas presunciones de nocividad *iuris et de iure* establecidas directamente por el sistema han tendido a homogeneizarse, fundamentalmente porque las mismas se recogen, en muchos casos, en los propios instrumentos internacionales. Estos rechazan de plano ciertos elementos al entender que, en general y aun asumiendo las características propias de cada ordenamiento particular, los mismos presentan un nivel altísimo de incompatibilidad con todo aquél que se reputa, habitualmente, un Estado democrático o un Estado de Derecho.

Así sucede, por ejemplo, cuando el CEDH establece la prohibición taxativa de ser sometido a torturas o a penas o tratos inhumanos o degradantes (art.3), a la esclavitud o trabajos forzados (art.4) o declara abolida la pena de muerte en toda circunstancia (Protocolo núm.13 al CEDH relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia)⁴⁰¹. También cuando admite la derogación de ciertas disposiciones del CEDH en supuestos de excepción, excluyendo de esta posibilidad, en todo caso, el derecho a la vida (art.2), la prohibición de la tortura (art.3), la prohibición de esclavitud o servidumbre (art.4.1) y el principio de legalidad en materia penal (art.7). Lo mismo puede decirse de la imposibilidad de formular reservas por parte de los Estados miembros a ciertas disposiciones del CEDH como se establece, por ejemplo, en relación el Protocolo núm.13 previamente mencionado (art.3).

⁴⁰¹ Previamente, el 28 de abril de 1983, los Estados miembros habían ratificado el Protocolo núm.6 al CEDH relativo a la abolición de la pena de muerte que permitía, sin embargo, que aquéllos la previesen en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra. A través del Protocolo núm.13 se declara abolida ésta en todo momento entendiendo que el derecho a la vida es un esencial en una sociedad democrática en cualquier circunstancia.

Así las cosas, tales elementos no son patologías *stricto sensu* del ordenamiento en tanto que son elementos que habitan fuera del mismo y que éste deliberadamente excluye. No puede haber patologías del sistema fuera del sistema. Constituyen, tan solo, *potenciales* amenazas o nocividades que el propio ordenamiento identifica en abstracto y trata de neutralizar. El problema emerge cuando a pesar de esta rotunda exclusión, aquéllos logran insertarse y permanecer dentro del mismo. Entonces sí se convertirían en peligrosas patologías *stricto sensu del sistema*. Cuando tal cosa sucede se debe a que éste, nuevamente, no las ha reconocido como tales. En otras palabras: el ordenamiento entiende que no está incluyendo alguno de esos elementos absolutamente nocivos identificados por él mismo, sino a la inversa. Precisamente por eso la nocividad de estas patologías es tan elevada, porque pasa desapercibida para aquél. Siendo esto así ¿cómo logra insertarse en el sistema un elemento cuya exclusión taxativa éste ha previsto?

Tal cosa se explica, en algunos casos, porque esos elementos nocivos, conscientes de su condición, no intentan insertarse en el sistema proclamándose tales, sino al revés. Tratan de rehusar dicha calificación y situarse fuera del ámbito de la prohibición, es decir, de la presunción de nocividad *iuris et de iure*, lo que hacen generalmente camuflándose a través de un interesado fraude de etiquetas. Tratan, de esta manera, de mostrarle al sistema que no son elementos nocivos que caen dentro de las exclusiones taxativas que él ha marcado, sino que se sitúan fuera de las mismas. Lo que buscan así es tener margen para demostrar su funcionalidad, esto es, que se les conceda la oportunidad de demostrar que pueden ser útiles o beneficiosos para el funcionamiento sistémico. En la medida en que el ordenamiento confíe en su ropaje y no detecte su nocividad, lograrán insertarse en aquél; no así cuando suceda lo contrario. Este extremo resulta de particular relevancia porque en esa tarea de detectar y combatir las patologías *stricto sensu*, el sistema, fundamentalmente a través de la jurisdicción, está

inevitablemente llamada a «levantar el velo» que de forma habitual aquéllas deliberadamente portan para evitar ser descubiertas.

Tal cosa será lo que deba llevar a cabo el Tribunal Constitucional español, por ejemplo, respecto de la llamada «prisión permanente revisable»⁴⁰² en aras a determinar si la misma no es más que una especie del género de la cadena perpetua –contraria a la prohibición de dispensar tratos inhumanos o degradantes (art.15 CEDH)⁴⁰³– la cual pretende esquivarse cambiando «la etiqueta» e insertando el elemento de la revisión. Será el Tribunal Constitucional el que decida si la mera posibilidad de que la prisión pueda no ser siempre permanente –lo que significa que en otras ocasiones podrá serlo– es suficiente para entender que la misma no es susceptible de «causar sufrimientos de una especial intensidad o que provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y

⁴⁰² La misma ha sido introducida en España por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y en 2015 fue recurrida en constitucionalidad por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista, Convergencia i Unió, IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia, Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y Mixto.

⁴⁰³ El Tribunal Constitucional ha considerado que el carácter inhumano o degradante de la pena puede venir dado si su ejecución consiste en «un riguroso encarcelamiento indefinido, sin posibilidades de atenuación y flexibilización» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9º) y aunque ha reconocido que «la imposición de una pena de cadena perpetua puede vulnerar la prohibición de penas inhumanas o degradantes del art. 15 CE (...) resulta suficiente garantía (...) que en caso de imponerse dicha pena, su ejecución no sea indefectiblemente de por vida» (SSTC 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 9º; 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 16º), de donde se deduce, *sensu contrario*, que el art.15 CE resulta vulnerado si tal ejecución es efectivamente de por vida. No obstante, estos pronunciamientos han sido vertidos al analizar resoluciones judiciales que acordaban la extradición reclamada por otro país, de forma que, en estos casos no rige el estándar pleno de protección de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, sino aquél relativo a su núcleo absoluto (SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8º; 32/2003, de 13 de febrero, FJ 2º; 26/2014, de 13 de febrero, FJ 4º). Por tanto, a la hora de analizar la constitucionalidad de la prisión permanente revisable el Tribunal debe elevar el nivel de exigencia para analizar la compatibilidad con el art.15 CE (estándar pleno de protección de los derechos fundamentales). Por su parte, el TEDH ha estimado, lo que aquí interesa, que la incompatibilidad entre la cadena perpetua y el art.3 CEDH sobreviene cuando ésta es, *de iure* o *de facto*, irredimible. Por tanto, la existencia de la expectativa de ser puesto en libertad –para lo cual se precisan mecanismos de revisión que deberían activarse a los 25 años de cumplimiento– es suficiente para estimar que aquélla no es contraria al CEDH (STEDH de 9 de julio de 2013, *Vinter y otros c. Reino Unido*; de 26 de abril de 2016, *Murray c. Holanda*; de 17 de enero de 2017, *Hutchinson c. Reino Unido*). En España, sin embargo, los arts. 78.bis 2.b y 78.3 CP prevén 28, 30 y 35 años antes de la primera revisión de la pena impuesta.

superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena»⁴⁰⁴, que es justamente lo que proscribe el art.15 CE⁴⁰⁵.

Así, en la determinación de lo que entra dentro o queda fuera del ámbito de las prohibiciones juega un papel fundamental la jurisprudencia constitucional y la de los Tribunales internacionales. A través de su labor interpretativa, aquélla se encarga de determinar qué conductas o actuaciones quedan cubiertas por la misma y qué otras caen fuera de su ámbito de aplicación. Esto suele hacerse tratando de identificar los elementos fundamentales que caracterizan dicha prohibición, los cuales actúan como mecanismos de filtrado («marcadores») que permiten la detección de esas patologías⁴⁰⁶. Precisamente por ello, el alcance de dichas presunciones *iuris et de iure* de nocividad es elástico pues se ve modulado por la interpretación jurisprudencial que se haga de las mismas.

Esto permite explicar que elementos que parecían vetados constitucionalmente terminen finalmente insertándose en el sistema merced a una interpretación flexible de tales prohibiciones. Véase, por ejemplo, la

⁴⁰⁴ STC 65/1986, de 22 de mayo (FJ 4º)

⁴⁰⁵ La constitucionalidad de la medida también se pone en duda en relación con los arts.17.1, 25.1 y 25.2 CE. En el texto nos centramos en el art.15.1 CE al analizarla solo desde la perspectiva del trato inhumano y degradante que es el que veta taxativamente el citado precepto. Las dudas razonables de constitucionalidad que esta medida suscita han sido puestas de manifiesto por la doctrina, tanto penal como constitucional. En este sentido, pueden consultarse los trabajos, entre otros, de JUANATEY DORADO, C.: «Una moderna barbarie: la prisión permanente revisable», *Revista General de Derecho Penal*, núm.20, 2013, pp.1 y ss.; GARCÍA RIVAS, N.: «Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», *Revista General de Derecho Penal*, núm.28, 2017, pp.1 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Contra la prisión permanente revisable», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 71, 2018, pp. 491 y ss.; PRESNO LINERA, M.: «¿Es constitucional la pena de prisión permanente revisable?», en ROCA DE AGAPITO, L.: *Un sistema de sanciones penales para el S.XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 251 y ss. También el LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; PÉREZ MANZANO, M.; ALCÁCER GUIRAO, R.; ARROYO ZAPATERO, L.; LEÓN VILLALBA, J.; MARTÍNEZ GARAY, L.: «Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.): *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp.17 y ss.

⁴⁰⁶ Véase, por ejemplo, cómo el Tribunal Constitucional español ha ido identificando los elementos que deben concurrir para estimar que un trato es «degradante» (art.15 CE), exigiendo a tales efectos la existencia de una conducta deliberada o de una relación de causalidad entre la misma y el resultado lesivo (elemento intención), la causación de padecimientos físicos, psíquicos o morales o la exposición al riesgo grave de sufrirlos (elemento menoscabo) y la finalidad de vejjar, humillar o envilecer o la idoneidad de la medida para hacerlo (elemento vejación). Así han sido sintéticamente puestos de manifiesto en la reciente STC 56/2019, de 6 de mayo (FJ 5º).

prohibición de detenciones preventivas por tiempo superior a 72h (art.17.2 CE). A pesar de que en sus inicios el Tribunal consideró que no había espacios intermedios entre la detención y la libertad⁴⁰⁷ –de forma que toda detención debía sujetarse a las garantías del art.17.2 y 3 CE– posteriormente entendió que había detenciones que no eran preventivas (penales) que, aunque debían disfrutar de tales garantías, no se aplicaban con la misma intensidad pues era suficiente con que respetasen «los criterios que inspiran» las anteriores⁴⁰⁸. Así, esa prohibición de detención superior a las 72h no rige, por ejemplo, para el desplazamiento a diligencias policiales con fines de identificación⁴⁰⁹, para los extranjeros en la zona de rechazos de los aeropuertos cuando exista una orden de expulsión o devolución⁴¹⁰ o para los peticionarios de asilo que se hallen en la zona de tránsito de los mismos⁴¹¹. En tales casos se entiende que es suficiente

⁴⁰⁷ STC 98/1986, de 10 de julio (FJ 4º). A este respecto, el Tribunal entendió por detención «cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad y que siendo admisible teóricamente la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona».

⁴⁰⁸ STC 341/1993, de 18 de noviembre (FJ 6º). Una recapitulación sobre la casuística al respecto puede encontrarse en COLOMINA CEREZO, P.: «Art.17.2. Detención preventiva», en CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Tomo I, Wolters Kluwers, Madrid, 2018, pp. 464 y ss. Más en extenso sobre la detención véase REBATO PEÑA, E.: *La detención desde la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

⁴⁰⁹ STC 341/1993, de 18 de noviembre (FF. JJ 4º-6º). El problema de constitucionalidad se planteó en relación con el antiguo art.20.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (hoy derogada), que establecía dicho desplazamiento en el caso de que no se pudiera identificar o realizar las correspondientes comprobaciones a un determinado sujeto en la vía pública, cuando ello fuere necesario para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción. Una previsión análoga se prevé actualmente en el art.16.2 LOSC que, estableciendo que dicha detención con fines de identificación debe durar el tiempo estrictamente necesario, introduce un límite máximo de seis horas, antes inexistente.

⁴¹⁰ STC 174/1999, de 27 de septiembre. El Tribunal entiende que, si practicada una detención preventiva se dicta y notifica una «orden de devolución», no existe aquélla sino un procedimiento de ejecución forzosa de una resolución administrativa de devolución, que debe practicarse sin dilaciones pero sin necesidad de sujetarse al plazo máximo de 72h (aun cuando admite que existe un estado de compulsión en la «zona de rechazados» de un aeropuerto). Sin embargo, si esa situación no va precedida de una orden de devolución o expulsión, entonces sí rige el plazo de las 72h al constituir una detención preventiva.

⁴¹¹ Véase al respecto la STC 179/2000, de 26 de junio. Solo se exige, a este respecto, que la situación de privación de libertad no dure más del tiempo estrictamente necesario para proceder a la devolución del extranjero a su país de procedencia, ni tampoco tener una duración muy superior

con que aquélla sea temporalmente limitada (criterio inspirador del art.17.2 CE). Las zonas grises entre la libertad y la detención se han insertado, por vía jurisprudencial, aun cuando inicialmente el sistema parecía rechazarlas. El papel de la jurisprudencia tiene, a estos efectos, un claro impacto en el dinamismo del sistema jurídico. Lo que en un momento dado podía considerarse una patología *stricto sensu*, al entenderse que caía de lleno dentro del ámbito de una determinada prohibición constitucional, en otro momento puede entenderse que cae fuera de aquél. Y a la inversa.

En otras ocasiones, sin embargo, los elementos absolutamente nocivos logran acceder al sistema porque consiguen hacerle creer que, a pesar de que éste haya previsto su exclusión taxativa (prohibición) y entienda que se insertan dentro de la misma, pueden resultar en determinados casos «excepcionalmente justificables». Inasequibles al desaliento, tratan de deslizar hacia el terreno de lo justificable lo que el sistema ha considerado de todo punto injustificable (presunciones *iuris et de iure*)⁴¹². Y lo hacen, justamente, haciéndole creer que

a la que en condiciones normales conllevaría la ejecución del acto administrativo (denegación de la petición de asilo). Asimismo, la STC 53/2002, de 27 de febrero consideró que la obligación de los peticionarios de asilo de permanecer en «dependencias adecuadas» hasta cuatro días y, en caso de que se pida el reexamen de una solicitud inadmitida a trámite hasta dos días más, previsto en el antiguo art. 5.7.3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (hoy derogada por la ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo la protección subsidiaria), no era contrario al art.17.2 CE pues era suficiente con que esa detención fuese temporalmente limitada. En términos similares, el TEDH ha entendido que la duración de las detenciones del art.5.1f) CEDH (de personas para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra las que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición) no debe exceder de lo *razonable* para lograr el fin pretendido (SSTEDH de 29 de enero de 2008, *Saadi c. Reino Unido* de 19 de febrero de 2009, *A. y otros c. Reino Unido*; de 13 de marzo de 2011, *Kanagarantnam y otros c. Bélgica*; de 27 de marzo de 2013, *Suso Musa c. Malta*, entre otras).

⁴¹² Esta es la posición clásica de BRUGGER, W.: «May Government Ever Use Torture? Two Responses From German Law», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 48, issue 4, 2000, pp. 661 y ss.; DERSHOWITZ, A. M.: «Tortured reasoning», en LEVISON, S. (Ed.): *Torture. A Collection*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 257 y ss., y del mismo autor, «Torture should be legalized and regulated», en *Is Torture Ever Justified?*, Greenhaven Press, USA, 2005, pp.22 y ss. Entre nosotros, pueden consultarse distintos trabajos que reflexionan, desde distintas perspectivas, sobre esa posibilidad como por ejemplo los de MOLINA FERNÁNDEZ, F.: «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿Es justificable la tortura?», en CUERDA RIEZU, A. (Dir.): *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos*, Madrid, 2006, pp.265 y ss.; LLOBET ANGLÍ, M.: «¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?», *InDret*, núm.3, 2010, pp. 1 y ss.; GARCÍA AMADO, J. A.: «¿Puede estar la tortura moralmente justificada en algún caso?», *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 12, núm. 86, 2016, pp. 13 y ss.

esa taxatividad no es tal pues existen situaciones que permiten reconsiderar o relativizar la prohibición o, lo que es lo mismo, circunstancias extraordinarias en las que ese elemento puede desempeñar una función beneficiosa para el sistema (patología *prima facie*).

Esto es, por seguir con el ejemplo de la tortura, lo sucedido en Alemania en el «caso Daschner» en el que, ante el secuestro de un menor, un policía de Frankfurt obligó a infligir cierta coacción física sobre el detenido a fin de obtener el paradero de aquél y, con ello, salvar su vida (tortura de rescate)⁴¹³. La lógica entonces es que, aunque la tortura esté totalmente prohibida, en ese particular caso el propio sistema asume que cabe admitirla, pensando que, al hacerlo, lógicamente introduce un elemento puntualmente beneficioso cuando en realidad está integrando una patología *stricto sensu*. El TEDH en este caso consideró, no obstante, que se había producido una violación del art.3 CEDH, poniendo de manifiesto de nuevo que la prohibición de tortura es absoluta, no admitiendo ningún tipo de justificación (expulsión de la patología *stricto sensu*)⁴¹⁴.

Relativizar las prohibiciones en este tipo de supuestos supone abrir la puerta a un amplio abanico de justificaciones que conducirían a borrar las líneas rojas en que esas prohibiciones constitucionales o convencionales consisten y que delimitan las fronteras de su propia identidad. Así, se daría cabida a una infinidad de patologías *stricto sensu* que siempre lograrían dar con una finalidad supuestamente legítima o ampararse en dudosas «cláusulas de comunidad»⁴¹⁵

⁴¹³ Más extensamente sobre el particular, entre nosotros, véase CANO PAÑOS, M. A.: «Análisis ético-jurídico de la denominada “tortura de rescate” ¿Quebrantamiento de un tabú?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm.12, 2014, pp.13 y ss.; ROIG TORRES, M.: «Revisión del delito de torturas tras la reciente STEDH de 7 de octubre de 2014 de condena a España. El debate sobre la tortura de rescate (*Rettungsfolter*)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm.11, 2014, pp. 295 y ss.; o GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: «La dignidad quebrada», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.14, 2004, pp.331 y ss., quien reflexiona sobre la misma al hilo de la dignidad humana fundamentalmente en el ordenamiento alemán.

⁴¹⁴ STEDH, de 1 de junio de 2010, *Gafgën c. Alemania*.

⁴¹⁵ A ellas se refiere, al hilo de los derechos fundamentales, DE OTTO, I.: «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en RETORTILLO-BAQUER, M.; DE OTTO, I.: *Derechos fundamentales y*

para insertarse en el sistema, pues fuera de lo que el propio Derecho permite, las justificaciones tienden a infinito y devienen peligrosamente incontrolables⁴¹⁶.

Lo relevante dejaría de ser el acomodo a las prescripciones normativas – formuladas en este caso en forma de prohibiciones– para atender a esas pretensiones externas extraordinarias (heterorreferenciales) que pasarían a ser, indefectiblemente, el parámetro último de lo jurídicamente lícito⁴¹⁷. La autorreferencialidad del sistema (inmunidad en sentido negativo) palidece ostensiblemente. El reto, a este respecto, pasa por evitar que esas tentaciones externas –que generalmente vienen de la mano de atractivas pretensiones finalistas– conviertan en *iuris tantum* lo que el propio ordenamiento ha clausurado como *iuris et de iure*. Es justamente en esos escenarios más difíciles, en los *hard cases*, donde aquél debe mostrar y preservar, con contundencia, su identidad, el carácter autorreferencial de su propio funcionamiento⁴¹⁸.

Un ejemplo reciente de esa peligrosa deriva es la STEDH de la Gran Sala, de 13 de febrero de 2020, *N.D. and N.T. c. España*, que conocía sobre las llamadas «devoluciones en caliente», entendiéndose por tales aquéllas

Constitución, ob. cit., p.112, entendiendo por tales aquéllas que impiden hacer valer los derechos fundamentales cuando con ello se pongan en peligro bienes necesarios para el mantenimiento de la comunidad, como si los derechos fundamentales fuesen algo ajeno a esa suerte de bien común que aquéllas persiguen. Admitir dichas cláusulas, como admite el autor, supone hacer disponibles para el poder público los derechos fundamentales y, fuera del ámbito estrictamente dogmático de la Norma Fundamental conduce, en definitiva, a relativizar la obligatoriedad de las normas constitucionales, que es lo que trata de explicarse en el texto.

⁴¹⁶ En términos similares, LATORRE, M.: «La teoría del derecho a la tortura», *Derechos y Libertades*, núm.17, época II, 2007, p.83.

⁴¹⁷ A estos efectos, resultan muy sugerentes las reflexiones de GUARESCHI, M.; RAHOLA, F.: «Il sublime dell'eccezione», en PRESNO LINERA, M. (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, Oviedo, 2014, p.364 quienes sostiene que la excepción ha dejado de ocupar un papel residual para devenir en una suerte de *passé-partout* teórico privilegiado en los Estados modernos a través del cual terminan por justificarse múltiples violaciones del Estado democrático.

⁴¹⁸ GRECO, L.: «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs», trad. E. Riggi, *InDret*, núm. 4, 2007, p. 161 pone de relieve esta idea al sostener, precisamente, que para analizar si la prohibición de la tortura es absoluta es necesario ver si resiste ante los casos más adversos.

actuaciones orientadas, en España, a devolver al país de origen, sin seguir para ello el procedimiento administrativo de devolución legalmente establecido al efecto⁴¹⁹, a «los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera»⁴²⁰. La cuestión radicaba en determinar si tal práctica –enmascarada de nuevo, por cierto, bajo el nombre de «rechazos en frontera»– constituía una de las «expulsiones colectivas de extranjeros» absolutamente prohibidas por el art.4 del Protocolo núm.4 CEDH y el art.19.1 CDFUE, tal y como previamente el propio TEDH había considerado⁴²¹.

El TEDH, admitiendo que existe una «expulsión» –por cuanto hay una remoción forzosa de un extranjero del Estado de un territorio, en este caso España– y que aquélla es «colectiva» –dado que no existe un examen razonable

⁴¹⁹ El art.58.3 b) LOEX prevé el procedimiento de devolución de extranjeros para aquéllos que pretendan entrar ilegalmente en el país, considerándose por tales a aquéllos «que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones», tal y como dispone el art.23.1b) Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

⁴²⁰ Esta medida fue introducida en España por la DF 1º de la LOSC, estando actualmente incluida en la DA 10º LOEX. Un análisis crítico de la misma puede encontrarse, entre otros, en los trabajos de GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: «Expulsiones “en caliente”, devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla», *Revista de Administración Pública*, núm.196, 2015, pp. 309 y ss.; MELERO ALONSO, E.: «El retorno en frontera en Ceuta y Melilla (o las “expulsiones en caliente”): un supuesto de Derecho Administrativo del enemigo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 174, 2015, pp. 401 y ss.; ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: «Crítica al régimen especial de los rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.16, núm.2, 2016, pp. 321 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: «Fronteras sin derechos. Las “devoluciones en caliente”», en LÓPEZ SALA, A.M.; GODENEAU, D. (Coords.): *Estados de contención, estados de detención: el control de la inmigración irregular en España*, Anthropos, Barcelona, 2017, pp.54 y ss.; PRESNO LINERA, M.A.: «Espacios públicos y ejercicio de derechos fundamentales en la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana», en ALÁEZ CORRAL, B. (Coord.): *Conflicto de derechos fundamentales en el espacio público*, Marcial Pons, Barcelona, 2017, pp. 31-33.

⁴²¹ España fue condenada por esta cuestión en la STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D y N.T. c. España*. Más extensamente sobre la misma, véase SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: «Las “devoluciones en caliente” en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs. España, de 03-10-2017)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm.65, 2018, pp.101 y ss.; SOLER GARCÍA, C.: «La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España», *Revista General de Derecho Europeo*, núm.45, 2018, pp. 107 y ss.

y objetivo sobre el caso particular de cada uno de los integrantes del grupo—⁴²² ha entendido que la prohibición del art.4 del citado Protocolo no entra en juego si son los propios sujetos los que deciden acceder ilegalmente al territorio del Estado, no utilizando las vías legales previstas al efecto si fuera posible recurrir a las mismas de manera efectiva. La prohibición deja entonces de ser incondicionada para hacerse depender de la propia conducta de los individuos, convirtiéndose en justificable lo que el propio CEDH excluye con carácter taxativo.

Si uno mismo se arriesga a colocarse en la ilegalidad, el recurso a la fuerza bruta, a la simple y llana vía de hecho —la expulsión sin el previo procedimiento administrativo de devolución— adquiere carta de naturaleza. Cabe prueba en contrario donde el ordenamiento la había excluido y, en consecuencia, la rotundidad de la prohibición se diluye. La heterorreferencialidad se abre peligrosamente camino si se acepta, como parece hacerse, que fuera de la legalidad, el Estado de Derecho y todo su arsenal normativo se relativiza, es decir, que para el infractor no hay norma ni garantía, solo carta blanca para actuar contra el mismo. Las presunciones de nocividad *iuris et de iure* irían dejando de ser tales para convertirse en fútiles argumentos para una ponderación incontrolable.

⁴²² La interpretación sobre ambos conceptos, además de en la sentencia que ahora nos ocupa, se había puesto de manifiesto previamente en las SSTEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*; de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*; de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*; de 3 de octubre de 2017, *N.D y N.T. c. España*.

IV
LAS PATOLOGÍAS ENDÓGENAS:
LAS AUTOINMUNIDADES.

1. EL PUNTO DE PARTIDA: LOS ELEMENTOS ENDÓGENOS.

Junto con las patologías de carácter exógeno conviven otras de naturaleza puramente endógena. En este caso, son los elementos consustanciales a la identidad del sistema normativo, tal y como ésta ha sido constitucionalmente configurada, los que se tornan nocivos. De ahí que, aun siendo patologías, se les asigne también el nombre singular y diferenciador de «autoinmidades» dado que son elementos característicos de la fisiología originaria del ordenamiento y de raigambre generalmente constitucional los que se vuelven contra el mismo. El diferente origen que estas patologías presentan respecto de las anteriores – las exógenas– marcará una diferencia en su propio *modus operandi*. Y es que el hecho de que éstas se gesten a raíz de elementos endógenos del ordenamiento hará que éstas revistan unas cualidades concretas y, en buena medida, diferentes a las que portaban las anteriores. La forma que tienen, por tanto, de revelarse y actuar difiere. De ahí, precisamente, la necesidad de su singularización.

1.1. La presunción de benignidad.

Lo primero que debe ponerse de relieve a la hora de abordar las patologías de origen endógeno es que sobre las mismas no pesa esa presunción de nocividad que obligaba a los elementos –de rango infraconstitucional– que se oponían a algún elemento de identidad del sistema (patologías *prima facie*) a derrotarla demostrando su funcionalidad. Resultaría tremendamente confuso, además de erróneo, anudar la presunción de nocividad a elementos que ostentan rango constitucional⁴²³ y de los que, además, se está predicando su inherencia al ADN del ordenamiento jurídico. Lo que sucede en estos casos es justamente lo contrario.

Al ser los propios elementos consustanciales a la identidad del sistema, tal y como ésta ha sido constitucionalmente configurada, los que posteriormente se tornan nocivos, llevan aparejada una *presunción de benignidad*, si bien reforzada, en la medida en que se centralice en un órgano (el Tribunal Constitucional) la decisión de romper la presunción con la eventual declaración de inconstitucionalidad. A diferencia de lo que ocurría con las patologías de origen exógeno, ahora lo que *prima facie* se observa es la consustancialidad a la identidad sistémica, la compatibilidad. El propio ordenamiento tiene convicción y confianza acerca de la necesidad, conveniencia e inocuidad de estos elementos. El punto de partida es, por tanto, una suerte de *fumus boni iuris*.

Lo que sucede, no obstante, es que esa presunción de benignidad deviene en un peligroso artilugio del que hábilmente se sirven las patologías endógenas para surgir y consolidarse. Con ello quiere decirse que, dado que sobre estos elementos no existe sospecha, tampoco suele existir sobre las patologías que surgen, por diferentes causas, a partir de los mismos. Eso es justamente lo que resulta peligroso. En estos casos las alarmas del ordenamiento suelen

⁴²³ Tal cosa supondría mantener que existen normas constitucionales presuntamente inconstitucionales lo cual, como se explicó en páginas precedentes, no encaja con la concepción de la Constitución como Norma Suprema del ordenamiento.

permanecer apagadas. La naturaleza endógena de estos elementos hace precisamente que el ordenamiento tienda a relajarse y que él mismo considere que no es necesario vigilar aquello que forma parte de su propio ADN y que coadyuva al mantenimiento de su propia inmunidad. El recelo se sustituye habitualmente por la credulidad y la confianza, en muchas ocasiones ingenuas y, en otras, excesivamente despreocupadas.

Esa presunción de benignidad es, así pues, aprovechada por las patologías para emerger y desarrollarse. Aquéllas se sirven justamente de esa bajada de defensas del sistema para incrustarse en él, desplegarse y perpetuarse sin tener que sortear demasiados escollos, sin llamar la atención acerca de su misma existencia y, por tanto, tampoco acerca de su nocividad. Al surgir al calor de ciertos elementos que resultan inherentes a la identidad sistémica y que, por tanto, coadyuvan al mantenimiento de la autorreferencialidad y positividad global del ordenamiento, esa consustancialidad opera en la práctica como una suerte de sofisticado camuflaje que arropa a las patologías endógenas, haciéndolas pasar más desapercibidas o incluso profundamente ignoradas. Esa inteligente mimetización aumenta su peligro o potencial agresividad al dificultar o entorpecer, en no pocas ocasiones, su detección como tales y, por tanto, también su combate.

Así las cosas, el sistema triunfa cuando es capaz de encender las alarmas frente a lo que resulta consustancial a su identidad. En otras palabras: la cuestión fundamentalmente reside en que el propio ordenamiento advierta que esa presunción de benignidad que se anuda a los elementos endógenos es sencillamente *iuris tantum* y, por tanto, que debe estar alerta ante su eventual destrucción. El carácter benigno de este tipo de elementos es tal mientras no se demuestre lo contrario, esto es, mientras no exista prueba en contra que acredite que aquéllos originariamente puestos al servicio del ordenamiento en el que surgen y habitan, han terminado por volverse en su contra. Cuando tal prueba en contrario exista, aquéllos habrán dejado de ser tales para convertirse en

peligrosas patologías endógenas del sistema que deben ser combatidas para que éste pueda conservar su identidad y, en consecuencia, su inmunidad de conjunto (autorreferencialidad y positividad).

Si se advierte, en estos casos sucede justamente lo contrario de lo que sucedía con las patologías *prima facie*. Mientras que éstas tenían que demostrar que eran de alguna forma beneficiosas, pues lo que se presumía era su nocividad, en este caso lo que debe demostrarse es precisamente lo contrario, pues lo que se presume es la benignidad. Al invertirse el punto de partida, que viene dado por el tipo de presunción, también varía, como resulta evidente, el objeto de la prueba. Como es lógico, que esa presunción de benignidad pueda vencerse (*iuris tantum*) y, por tanto, que pueda llegar a demostrarse la nocividad de estos elementos no significa que siempre suceda sino, tan solo, que es una posibilidad que el ordenamiento debe tener presente, que debe asumir esa potencial eventualidad, ese indeseable margen de error. Se trata de evitar que lo endógeno se asocie, inevitablemente, a la ausencia absoluta de peligro, que es a lo que conduce un pensamiento estrictamente binario que traslada el foco de atención a lo puramente exógeno. Lo propio no está libre de convertirse, también, en una amenaza⁴²⁴. Y eso es algo que el sistema debe tener presente para hacer frente a los riesgos a los que se enfrenta su propia identidad.

⁴²⁴ En efecto, uno de los factores que contribuyó en el ámbito biológico a desterrar esa concepción de que la inmunidad era la ciencia del «self/nonsel self discrimination» –tal y como se explicó en el Capítulo I– fue justamente la existencia de enfermedades autoinmunes. Junto a muchas otras variables, la existencia de estas distorsiones que en ocasiones sufría el organismo permitió demostrar que «lo propio» (el *self*) ya no era inexcusablemente sinónimo de beneficioso pues también podía convertirse en nocivo. Las amenazas ya no residían solo en ese siempre temido «afuera» sino también dentro de los límites de lo endógeno. Véase al respecto muy ampliamente el trabajo de TAUBER, A.: *Immunity: The Evolution of an Idea*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

1.2. La disfuncionalidad como causa de las patologías endógenas.

1.2.1. *Concepto de disfuncionalidad.*

Sabiendo que los elementos endógenos del sistema también pueden convertirse en patologías, resulta lógico preguntarse de dónde proviene la nocividad de lo que resulta consustancial a la identidad del ordenamiento. ¿Cómo puede ser tal un elemento que, como se ha venido sosteniendo, resulta inherente a su código genético y, generalmente, está previsto constitucionalmente? ¿Acaso no es una *contradictio in terminis*? Quizá pueda parecerlo a primera vista, pero no es así. Lo primero, quizá, que ha de subrayarse es que los elementos endógenos del sistema no son *en sí mismos* nocivos y, por tanto, patologías endógenas. Esto sería una auténtica paradoja. Tan solo apuntan a que aquéllos pueden *devenir* nocivos y solo cuando lo hacen y en la medida en que lo hacen, se trasmutan en patologías.

En este orden de cosas, ¿cuándo y cómo se convierten en nocivos tales elementos? Como se explicó previamente, la clave para destruir la presunción de nocividad que llevaban anudada las patologías *prima facie* consistía en demostrar que las mismas desempeñaban una función al servicio de la identidad del sistema. Por tanto, si es la funcionalidad lo que permite desactivar la nocividad de un elemento, la *disfuncionalidad* será el componente que la active y que, por tanto, permita destruir la presunción de benignidad que los elementos endógenos llevan aparejada. Así, las patologías endógenas surgen cuando los elementos consustanciales a la identidad del sistema se tornan disfuncionales, volviéndose nocivos para la identidad que precisamente están llamados a expresar y mantener.

¿En qué consiste, entonces, dicha disfuncionalidad? En la falta de desempeño o de correcto desempeño, por parte de los elementos endógenos, de

la función que tienen sistémicamente asignada⁴²⁵ que es, en cuanto tal, una *función ejecutiva de la identidad del sistema*, pues es expresión genuina de sus principios estructurales. Por eso coadyuva al mantenimiento de la inmunidad global del mismo (autorreferencialidad y positividad). En la medida en que un elemento consustancial a la identidad del ordenamiento no puede desempeñar o desempeña mal la función que le caracteriza, que es la que sirve a la eficacia de sus principios estructurales y, con ello, a la del sistema en su conjunto, aquélla no es tal sino, más bien, una *disfunción*⁴²⁶ que, como tal, resulta lesiva para el ordenamiento en el que se aloja.

Lo expuesto hasta el momento puede apreciarse, por ejemplo, en la configuración de la prisión provisional (art.17.4 CE): esta medida cautelar es un elemento del sistema que, como ha declarado el Tribunal Constitucional, permite conjurar «ciertos riesgos relevantes para el desarrollo normal del

⁴²⁵ La disfuncionalidad, aunque doctrinalmente no haya merecido este nombre, no resulta de todo ajena al Derecho Público, especialmente al administrativo, donde surgió la «desviación de poder». De acuerdo con el art.70 LJCA se entiende por tal «el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico», configurándose como uno de los vicios de los actos de la Administración que dan lugar a su anulabilidad (art. 48.1 LPACAP). La disfuncionalidad se hace presente cuando la Administración utiliza sus potestades y competencias legalmente atribuidas para satisfacer unos fines distintos de los que motivaron dicha atribución (fines de interés público) y que precisamente por ello, resultan lesivas (arts.103.1, 106.1 y 9.3 CE). No en vano la jurisprudencia ha aludido a la «finalidad torcida», «desviada» o «espuria» que se persigue con la desviación de poder (SSTS 1415/2004, de 2 de febrero, FJ 1º; 5393/2015, de 4 de diciembre, FJ 7º; 269/2016, de 2 de febrero, FJ 5º; 5612/2016, de 21 de diciembre, FJ 4º;), tildándose a ésta, en consecuencia, de «patología» cuya prueba le corresponde a quien la alega (STS 4255/2016, de 29 de septiembre, FJ 10º; 3148/2019, de 8 de octubre, FJ 9º).

⁴²⁶ Resulta ilustrador advertir cómo el Tribunal Constitucional ha calificado de «supuesto patológico» a aquél que, entrando dentro del ámbito de aplicación de una determinada norma, no es en el que el legislador estaba pensando a la hora de establecer la concreta regulación. Véanse, por ejemplo, las SSTC 111/2006, de 5 de abril (FJ 8º); 113/2006, de 5 de abril (FJ 9º); 19/2012, de 15 de febrero (FJ 5º); 26/2017, de 16 de febrero (FJ 4º); 37/2017, de 1 de marzo (FJ 4º). La jurisprudencia constitucional hace estas consideraciones para poner de manifiesto que la constitucionalidad de una norma debe juzgarse atendiendo al caso normal y no a las excepciones a la regla previstas en aquélla – ya desde las SSTC 70/1991, de 8 de abril (FJ 7º); 308/1994, de 21 de noviembre (FJ 5º); 289/2000, de 30 de noviembre (FJ 6º), entre otras—. No obstante, en lo que aquí interesa, resulta curioso advertir cómo el Tribunal califica de «patológico» el hecho de que una determinada regulación pueda dar lugar a resultados distorsionados o disfuncionales. Éstos resultan superfluos cuando son aislados, pero devienen determinantes cuando condensan la generalidad de los efectos de la norma. Aquí se aprecia de nuevo la gradualidad del problema y, en lo que ahora nos ocupa, se evidencia que lo problemático no es que un elemento del ordenamiento se torne disfuncional aisladamente, sino que lo haga en términos sistémicos.

proceso o para la ejecución del fallo que parten del imputado: su sustracción a la acción de la Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto, aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva»⁴²⁷. Dicho elemento, sin embargo, se torna disfuncional si se convierte, como ha señalado el Alto Tribunal, en un mecanismo con fines punitivos, de anticipación de la pena o de impulso de la instrucción sumarial –orientado a obtener determinadas pruebas como la declaración de los imputados⁴²⁸– o, en fin, en una herramienta dirigida a mitigar la alarma social que pueda desencadenar la comisión de un determinado delito⁴²⁹. Estas funciones no resultan ejecutivas de la identidad de sistema sino a la inversa, se apartan de ésta y, precisamente por ello, terminan por atacar elementos esenciales del Estado de Derecho.

Por un lado, los fines punitivos o de anticipación de la pena (retributivos) son inasumibles para una medida cautelar que, en cuanto tal, se impone cuando aún no se ha celebrado un juicio, rodeado de las oportunas garantías procesales, donde quepa demostrar la culpabilidad del todavía presunto inocente (art.24.2 CE). Por otro, la pretensión de obtener pruebas no cabe hacerla a costa de laminar el derecho fundamental a la libertad ambulatoria (art.17.1 CE) y, en fin, apaciguar la alarma social es un cometido exclusivo de la pena –de prevención general–⁴³⁰, no de una medida cautelar, la cual –de nuevo– se impone por el

⁴²⁷ SSTC 41, de 26 de julio (FJ 2º); 333/2006, de 20 de noviembre (FJ 3º); 27/2008, de 11 de febrero (FJ 4º), entre otras.

⁴²⁸ Así lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia constitucional. Véanse, entre otras, las SSTC 128/1995, de 26 de julio (FJ 3º); 47/2000, de 17 de febrero (FJ 3º); 98/2002, de 29 de abril (FJ 3º); 140/2012, de 2 de julio (FJ 2º); 29/2019, de 28 de febrero (FJ 3º); 62/2019, de 7 de mayo (FJ 7º); 5/2020, de 15 de enero (FJ 11º).

⁴²⁹ Véanse, entre otras, las SSTC 66/1997, de 7 de abril (FJ 6º); 98/1997, de 20 de mayo (FJ 9º); 156/1997, de 29 de septiembre (FJ 5º); 14/2000, de 17 de enero (FJ 6º); 47/2000, de 17 de febrero (FJ 5º); 23/2002, de 28 de enero (FJ 4º); 191/2004, de 2 de noviembre (FJ 4º); 29/2019, de 28 de febrero (FJ 3º); 30/2019, de 28 de febrero (FJ 3º); 5/2020, de 15 de enero (FJ 11º).

⁴³⁰ El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto de forma reiterada que el fin de reeducación y resocialización de las penas (art.25.2 CE) no es el único, sino que debe armonizarse con otros fines, como el de prevención general que tiene, fundamentalmente, dos vertientes: la disuasoria para la comisión de futuros delitos y la reafirmadora de la confianza ciudadana en las normas penales. Véase, entre otras, la STC 160/2012, de 20 de septiembre (FF. JJ 4º y 5º) donde el Alto Tribunal sintetiza su doctrina.

órgano jurisdiccional competente tras un procedimiento judicial dotado de las correspondientes garantías de imparcialidad y defensa. De ahí que, si la prisión provisional se aparta de su cometido originario, pase a convertirse en una patología que termina por atacar elementos esenciales del Estado de Derecho.

Quizás ahora se comprenda mejor por qué previamente se decía que lo nocivo no eran los elementos endógenos del sistema en sí mismos considerados, sino su disfuncionalidad. Es precisamente esa falta de desempeño o de correcto desempeño de su función sistémica la que vence la presunción de benignidad de la que inicialmente gozan y la que, por tanto, hace surgir la patología. Este extremo resulta particularmente relevante. No solo en términos de coherencia interna, pues resulta impropio –como ya se adelantó– calificar de patología a un elemento endógeno, sino en términos prácticos. Tal identificación puede conducir a juzgar, erróneamente, la parte por el todo y, por tanto, invitar a combatir elementos propios del ordenamiento cuando lo nocivo es simplemente su disfuncionalidad. Extremar las precauciones en el diagnóstico es, así pues, especialmente relevante porque éste es la antesala de la propia lucha.

Frente a esto puede decirse que, si se elimina el elemento en cuestión –generalmente a través de una reforma constitucional– se erradica la nocividad que ha desencadenado o puede llegar a desencadenar, reduciéndose «a cero» el riesgo de su potencial disfuncionalidad. Tal opción, no obstante, además de resultar peligrosamente simplista, también es profundamente inconveniente. Eliminar el elemento endógeno en cuestión supone prescindir de un mecanismo que expresa la identidad del ordenamiento, es decir, supone sacrificar identidad y, con ello, autorreferencialidad y positividad de aquél en su conjunto. De ahí que su eventual supresión no sea una ganancia sino una pérdida que debilita al ordenamiento, creando un problema adicional o incluso mayor del que pretende solucionarse.

Y es que las respuestas que la complejidad del sistema plantea deben ser también complejas, tratando de huir en la medida de lo posible de soluciones

que erradican de plano aquella en vez de gestionarla adecuadamente. Y eso, en lo que ahora nos ocupa, pasa por saber conservar lo que resulta sistémicamente beneficioso y necesario (elemento endógeno) combatiendo o, en su caso, regenerando lo que no lo es (patología). Esto se aprecia con claridad, por ejemplo, al hilo del activismo judicial, ocasionado cuando la jurisdicción, en vez de aplicar las normas interpretándolas conforme a las reglas pertinentes de la argumentación jurídica, lo hace con fines políticos cuya persecución no le corresponde a ella su sino, singularmente, a los órganos representativos. Lo patológico no es entonces la jurisdicción, sino la distorsión que sufre cuando, en vez de ejercer funciones propiamente jurisdiccionales, pasa a desempeñar funciones de cuño político que no le pertenecen y empañan su labor.

Lo que sucede, no obstante, en muchas ocasiones es que lo que separa a un elemento endógeno de una patología no es una línea nítida, sino también borrosa. En este sentido, la cuestión no es tanto que un elemento del sistema se convierta en una patología *si* se torna disfuncional sino, más bien, *en la medida en que se torne disfuncional*. Esto ya no es un problema binario sino, de nuevo, profundamente gradual, justamente porque la funcionalidad y, por tanto, su reverso –la disfuncionalidad– son cuestiones de grado. Y es que un elemento endógeno, frecuentemente, no «deja», de forma tajante, de ponerse al servicio de la identidad del ordenamiento, sino que lo hace en menor o mucha menor medida. Así, la patología endógena comienza a gestarse en la medida en que un elemento del ordenamiento comience a separarse de esa función ejecutiva de su identidad. Conforme *vaya dejando de ponerse* al servicio de los principios estructurales, así va tornándose en patología, aumentando su nocividad según aumente, a su vez, este divorcio respecto a su cometido identitario. Por eso, las autoinmunidades no *rompen* habitualmente con la identidad del sistema, sino que la *diluyen*, en mayor o en menor medida. Como tal cosa rara vez sucede en término de «todo o nada» resulta inevitable asumir que lo que separa, o incluso

diferencia, a un elemento endógeno de una patología, más que una frontera es, de nuevo, una distancia más o menos larga entre dos puntos.

Llegados a este punto, solo resta por analizar cómo pueden gestarse las patologías endógenas, es decir, a través de que vías pueden surgir. Lo primero que debe ponerse de relieve es que esa disfuncionalidad que pueden sufrir los elementos consustanciales a la identidad del sistema no acontece de forma fortuita, sino que es provocada, es decir, que son los propios recursos del ordenamiento los que la gestan y apuntalan. En este sentido, los elementos endógenos no se tornan disfuncionales sino que, si se permite la expresión, «son disfuncionalizados». Aquéllas surgen a raíz de elementos consustanciales a la identidad del ordenamiento jurídico debido al propio comportamiento de éste.

Esa disfuncionalidad, así pues, se perpetra necesariamente de la mano de los poderes constituidos, tanto en el plano de la creación como en el plano de la aplicación de normas⁴³¹. En consecuencia, puede gestarse a través de funciones del ordenamiento jurídico cuyo componente creativo es superior –la legislativa, fundamentalmente– como a través de otras donde el componente aplicativo es el predominante al pertenecer a fases más finales del proceso de creación normativa –como la ejecutiva o la jurisdiccional–⁴³². Las fuentes de donde pueden surgir las patologías endógenas son, así, muy diversas. Lo que sucede, no obstante, es que, aunque se singularizan a efectos expositivos, no es infrecuente que, en la práctica, aquéllas se superpongan, concurriendo varias de ellas de forma simultánea. Que esto sea así explica, entre otras cosas, que habitualmente la disfuncionalidad sea sistémica pues se produce porque el

⁴³¹ La clásica diferenciación entre creación y aplicación normativa, no como dos planos inconexos, sino como extremos de una única variable, dado que todo acto de aplicación también lo es de creación normativa proviene de KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, ob. cit., pp. 353 y ss.

⁴³² Esta progresiva reducción del recurso al material extrasistémico conforme se desciende en la jerarquía normativa, dado que los márgenes de creación jurídica se van estrechando a medida que las fases finales del proceso se aproximan, se explica con claridad en REQUEJO PAGÉS, J. L.: *Jurisdicción e independencia judicial*, ob. cit., pp.110-11.

propio ordenamiento, a través de varios de sus resortes, va haciendo posible esa disfuncionalidad.

1.2.2. *Dos tipos de disfuncionalidad: activa y pasiva.*

Si bien es cierto que la disfuncionalidad es lo que convierte a los elementos endógenos en patologías del sistema, no lo es menos que esa disfuncionalidad en la que aquellos pueden eventualmente caer no se produce siempre de la misma manera. En efecto, ya previamente se apuntó que la misma podía gestarse, bien porque los elementos endógenos desempeñasen incorrectamente su función, bien porque, sencillamente, no pudieran o hubieran dejado de llevarla a cabo⁴³³. Así, es posible hablar de dos tipos de disfuncionalidad, activa y pasiva respectivamente, que serán, a su vez, los que permitan categorizar las patologías endógenas del sistema.

En unos casos –y este es, quizá, el escenario más evidente– los elementos endógenos del ordenamiento pasan a desempeñar funciones que son incompatibles con la identidad del mismo. En este supuesto, el punto de partida es, como resulta lógico, la función ejecutiva de la identidad del sistema que tiene asignada un determinado elemento endógeno y, el punto de llegada, la función anómala (disfunción) que aquél pasa eventualmente a desempeñar. En estas ocasiones es posible hablar de una disfuncionalidad activa por cuanto los propios elementos del sistema amplían (*vis expansiva*) o mutan (distorsión) sus cometidos definitorios y, en la medida en que lo hacen, abandonando su función

⁴³³ En el Capítulo III de este trabajo, donde se abordó el estudio de las patologías exógenas, se puso de relieve, al hilo del necesario deber de vigilancia que debe ejercerse sobre las *prima facie*, que éstas podían devenir en *stricto sensu* o bien porque dejaran de desempeñar una labor a su servicio, deviniendo innecesarias; o bien porque hubieran pasado a desempeñar otras distintas a las que justificaron su acogida en el sistema. Ya entonces el primer caso se identificó como una disfuncionalidad pasiva y lo segundo como una disfuncionalidad activa. Ahora, respecto a las patologías endógenas, se sigue la misma argumentación pues serán, en efecto, esos dos tipos de disfuncionalidad los que también puedan sufrir los elementos endógenos. Sirvan entonces estas consideraciones para complementar las realizadas previamente.

original característica, terminan por resultar lesivos para la identidad del ordenamiento que están llamados a expresar y mantener.

Esta disfuncionalidad activa da así lugar a patologías endógenas que afectan, fundamentalmente, a la autorreferencialidad del sistema jurídico (inmunidad en sentido negativo). Los elementos endógenos están diseñados para ponerse al servicio de los principios estructurales del sistema que los crea, de su propia identidad, manteniéndose así dentro de su funcionamiento recursivo. Cuando lo hacen, el círculo se mantiene cerrado y en continuo movimiento, conservándose así dicha cualidad. Sin embargo, en la medida en que los elementos endógenos pasan a desempeñar, porque se expandan o se distorsionen, otras funciones distintas de las que sistémicamente tienen asignadas, que son las que redundan en beneficio de sus principios estructurales, esa circularidad se diluye y, con ello, la autorreferencialidad del sistema padece. El elemento endógeno no se pone al servicio de la identidad del ordenamiento, sino que se vuelve peligrosamente en su contra. Ya no retroalimenta a los principios estructurales y, por tanto, a su identidad, sino que opera de espaldas a los mismos, funcionando como una suerte de fuerza centrífuga orientada a «salir» del ordenamiento donde está llamado a permanecer.

Sin embargo, los elementos endógenos no solamente devienen en patologías del sistema porque desempeñen funciones anómalas, que quizás son más sencillas de detectar, sino por la causa contraria, es decir, porque se queden obsoletos o desactualizados al no amoldarse al dinamismo que reviste su propia identidad. En estos casos, el punto de llegada ya no es la distorsión o expansión de los elementos endógenos sino el inverso, esto es, la falta de evolución o adaptación de los mismos a las demandas que derivan de su propia y progresiva complejidad y su carácter dinámico. Este tipo de disfuncionalidad es, entonces, una disfuncionalidad pasiva, en la medida en que mantiene invariables elementos que, viendo los inevitables cambios que se producen en los principios estructurales del ordenamiento, como consecuencia, a su vez, de los del medio

social, necesitan readaptarse para seguir siendo funcionales y, por tanto, para seguir poniéndose al servicio de su propia identidad. El desajuste proviene justamente de mantener estáticos elementos que se insertan en un sistema cuya identidad es profundamente dinámica. Y ello sucede, o bien porque el ordenamiento no repara en esa necesidad de regeneración o bien porque entiende que la misma es perniciosa y, por tanto, renuncia a adaptarse; o sea, que donde se advierte actividad de adaptación el sistema ve, en ocasiones, defensa frente a una amenaza.

Si las anteriores patologías, causadas por la disfuncionalidad activa, operaban como fuerzas centrífugas, estas lo hacen, en todo caso, como fuerzas centrípetas, en la medida en que mantienen incrustados en el sistema elementos que, tal y como están configurados (regulados, interpretados, etc.), debieran dejar de estar en el mismo, regenerándose o readaptándose para que puedan desarrollar una función en consonancia con su identidad de conjunto, inevitablemente dinámica⁴³⁴. Mientras que la disfuncionalidad activa afectaba, fundamentalmente, a la autorreferencialidad del sistema (inmunidad en sentido negativo) la disfuncionalidad pasiva afecta, prioritariamente, a la positividad de aquél (inmunidad en sentido positivo), por cuanto impide o dificulta su acomodo al cambio. Lo que sucede es que, estas patologías, al afectar a la positividad –como se explicó en el primer capítulo de este trabajo– también afectan, a la postre, a la autorreferencialidad del ordenamiento. En la medida en que se enquistan en el sistema elementos que no se adaptan al dinamismo de su

⁴³⁴ Es ilustrador poner de manifiesto que la propia jurisprudencia constitucional ha sido, a lo largo de los años, plenamente consciente de este riesgo que ha tildado de «petrificación o congelación del ordenamiento jurídico», generalmente al hilo de recursos que entendían vulnerados el principio de seguridad jurídica (art.9.3 CE) o el principio de igualdad (art.14) por llevarse a cabo ciertas modificaciones legislativas o nuevas interpretaciones de ciertas regulaciones o derechos. Así, ha puesto reiteradamente de relieve que esa petrificación contribuye a estrechar el margen de maniobra del legislador democrático, oponiéndose igualmente al dinamismo del ordenamiento jurídico moderno y al carácter evolutivo del Derecho. Véanse, entre muchas otras, las SSTC 73/2000, de 14 de marzo (FJ 7º); 141/2014, de 11 de septiembre (FJ 9º); 233/2015, de 5 de noviembre (FJ 2º); 117/2017, de 19 de octubre (FJ 4º). Las patologías gestadas por disfuncionalidad pasiva lo que hacen, precisamente, es petrificar (estatismo/falta de adaptación) lo que debe ser objeto de necesaria reforma (dinamismo/readaptación).

propia identidad, ven reducida su propia funcionalidad y, con ello, aquél pierde eficacia.

2. PATOLOGÍAS GESTADAS POR DISFUNCIONALIDAD ACTIVA.

Sabiendo que las patologías endógenas causadas por disfuncionalidad activa se generan cuando los elementos propios del sistema pasan a desempeñar funciones incompatibles con la identidad del mismo, resulta posible distinguir dos escenarios. Esa disfuncionalidad activa puede ocasionar o bien que los elementos endógenos del ordenamiento se expandan (*vis expansiva*) o bien, sencillamente, que se distorsionen. En el primer caso, aquéllos amplían de forma exorbitante sus cometidos y, en el segundo, sin ser víctimas de esa expansión, transfiguran su función originaria, como analizaremos posteriormente. En ambos supuestos estamos, no obstante, en presencia de una disfuncionalidad activa por cuanto se produce «por acción», esto es, debido a la actividad (incorrecta) de dichos elementos, que deja de ponerse al servicio de la identidad del sistema en el que se desarrolla.

2.1. Disfuncionalidad por *vis expansiva*.

2.1.1. *Vis expansiva de los elementos excepcionales.*

La disfuncionalidad activa, producida por la expansión o ampliación de determinados elementos endógenos, se aprecia, de forma paradigmática, en aquéllos que aparecen configurados como excepciones del sistema. Por tales deben entenderse aquellos elementos de rango constitucional, no necesariamente pertenecientes al clásico Derecho de excepción, que suponen una excepción directa y sustancial de uno o varios de los elementos esenciales

de los principios estructurales del ordenamiento⁴³⁵. Los ejemplos clásicos a este respecto son las prerrogativas parlamentarias (art.71 CE) o regias (art.56.3 CE) en cuanto excepciones al principio de igualdad (art.14 CE) y, en algunos casos, al deber de sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento (art.9.1 CE)⁴³⁶, aunque existen muchos otros.

Desde el momento en que la Constitución las contempla, estas «excepciones» son elementos endógenos del ordenamiento⁴³⁷. ¿Qué papel desempeñan en términos sistémicos? ¿Por qué son constitucionalmente previstas? Habitualmente son necesarias o, al menos, coadyuvan a armonizar la propia y densa complejidad que ostenta el ordenamiento. El sistema crea así mecanismos que, excepcionando ciertos elementos esenciales de un principio

⁴³⁵ Poner este extremo de manifiesto resulta relevante dado que, interpretadas las excepciones *lato sensu*, podría llegar a considerarse que todos los elementos del sistema excepcionan a otros, en el sentido de que colisionan con otros, debido a la complejidad que presenta éste. No es a esto, sin embargo, a lo que nos referimos. Lo relevante en este punto son aquellos elementos del ordenamiento que suponen una excepción muy singular: aquella que opera de manera directa sobre algún elemento esencial de sus principios estructurales y que, precisamente por ello, tiene una mayor capacidad para afectar de manera conjunta al sistema.

⁴³⁶ La jurisprudencia constitucional –SSTC 51/1985, de 10 de abril (FJ 5º); 22/1997, de 11 de febrero (FJ 5º); 123/2017, de 2 de noviembre (FJ 2º) – considera que son «sustracciones al Derecho común».

⁴³⁷ Podría pensarse que los elementos excepcionales podrían ser patologías *prima facie*, al oponerse, a primera vista, a algún elemento de identidad del sistema pues, en efecto, los excepcionan. Sin embargo –como ya se adelantó– calificar a tales elementos, creados *ex Constitutione*, como patologías *prima facie* resultaría confuso y erróneo. Supondría admitir que la Constitución puede contener patologías, aunque fuesen *prima facie* y, como consecuencia de ello, que existen normas constitucionales (presuntamente) inconstitucionales –algo incongruente con su propia naturaleza de Norma Suprema–. No resulta posible anudar la presunción de nocividad a elementos que ostentan rango constitucional pues no necesitan demostrar su compatibilidad con el sistema al gozar ya del máximo rango en la jerarquía normativa. Resulta, por tanto, coherente sostener que el origen constitucional de tales elementos les dota de naturaleza propiamente endógena, pues forman parte de la identidad que la propia Norma Fundamental ha querido crear de la forma que ha estimado más conveniente. Resulta ilustrador advertir cómo el Tribunal Constitucional, al hilo de las prerrogativas parlamentarias –a las que considera excepciones a uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, la sumisión de todos a la ley (art.9.1 CE)– hace una observación que, como él mismo expone «no por obvia acaso es menos necesaria, la de que, desde una perspectiva material, los preceptos que integran la Constitución son todos ellos constitucionales y, como tales, gozan del contenido y de la eficacia normativa que de su respectiva dicción resulta. La inmunidad, como prerrogativa de los miembros de las Cortes Generales, forma parte de nuestro Texto constitucional, con idéntica legitimidad a la del resto de los institutos constitucionales» (STC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3º).

estructural, consiguen dotar de eficacia a otro diferente⁴³⁸, como si se tratara de válvulas de escape que aquél precisa para mantener viva su identidad y eficacia de conjunto. Se «despegan» –si se permite la expresión– de un principio estructural pero no para sustraerse a la identidad del sistema sino para retornar a la misma, es decir, para ponerse de nuevo al servicio de otro principio estructural, para regresar, nuevamente, al parámetro identitario del ordenamiento. Aquéllos permanecen dentro de la autorreferencialidad de éste.

Los elementos excepcionales están así habitualmente *funcionalizados*⁴³⁹. Su existencia y funcionamiento está en íntima relación con el «principio de unidad de la Constitución» que obliga a concebir e interpretar el texto fundamental como un conjunto de prescripciones indisociables de forma que unas encuentran su pleno sentido y justificación, no aisladamente, sino en relación con las demás⁴⁴⁰. Esta funcionalización se aprecia con claridad en el caso de la inviolabilidad de la que gozan diputados y senadores «por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones» (art.71 CE),

⁴³⁸ LUHMANN, N.: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, ob. cit., p.65, pone de relieve, precisamente, que el binomio regla/excepción sirve para manejar la complejidad del sistema jurídico dado que permite salvar las consecuencias indeseables o negativas que podría tener la aplicación estricta de una determinada regla. El Derecho admite así desviaciones frente a sus pautas generales de actuación. Lo que sucede es que, para que tal cosa pueda darse, es decir, para que la excepción pueda nacer debe existir una singularidad relevante que aconseje, en ciertos casos, separarse de la regla. En otro orden de consideraciones, el valor de las «desviaciones» fue reivindicado, en el ámbito estrictamente sociológico por DURKHEIM, E.: *Las reglas del método sociológico*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001 y *La división del trabajo social*, Schapire Editor, Buenos Aires, 1967, quien entendía que aquellos comportamientos sociales que se apartaban de las pautas generales de conducta podían resultar funcionales en el seno de la sociedad.

⁴³⁹ REQUEJO PAGÉS, J. L.: «Apuntes para una interpretación constitucionalmente conforme de la prerrogativa de gracia», *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, núm.15, 2003 p.100 sostiene que la excepción es admisible en el ordenamiento si está «funcionalmente justificada».

⁴⁴⁰ Así lo explican, a partir de la jurisprudencia del BVerfGE, donde tal principio surge, entre otros, HESSE, K.: *Escritos de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 67; y, entre nosotros LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F.: «La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina alemana: parámetros de admisibilidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.34, 1992, pp.112-113. Resulta ilustrador advertir, en efecto, cómo la jurisprudencia constitucional se ha referido, en varias ocasiones, a las «contradicciones lógicas» que aparentemente, en algún punto, puede parecer que la Constitución contiene para establecer que aquéllas desaparecen si ésta se interpreta conforme al «principio de unidad de la Constitución». Véanse las SSTC 168/1993, de 27 de mayo (FJ 4º); 278/1993, de 23 de septiembre (FJ 2º); 113/2004, de 12 de julio (FJ 6º); 5/2012, de 17 de enero (FJ 5º); 118/2016, de 23 de junio (FJ 3º).

prerrogativa que afecta tanto la igualdad de los ciudadanos ante la ley (art.14 CE), como la sujeción a Derecho de los poderes públicos (art.9.1CE), dado que aquélla constituye un límite absoluto a la jurisdicción⁴⁴¹, lo que a su vez colisiona con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los afectados (art.24.1 CE)– elementos todos ellos esenciales del Estado de Derecho. Sin embargo, aquélla «preserva un ámbito cualificado de libertad en la crítica y en la decisión sin el cual el ejercicio de las funciones parlamentarias podría resultar mediatizado y frustrado, por ello, el proceso de libre formación de la voluntad del órgano»⁴⁴², garantizando con ello el *ius in officium* de los parlamentarios (art.23.2 CE) y poniéndose así aquélla al servicio del principio democrático⁴⁴³.

Poniendo un ejemplo menos evidente, podría decirse que incluso el indulto (art.62 i CE) es susceptible de ser entendido en esta clave. Éste supone una excepción a los principios de exclusividad e independencia de la jurisdicción (art.117.1 y 3 CE), pues el Gobierno exime del cumplimiento de una pena impuesta por el Poder Judicial, afectando con ello al deber de sumisión al ordenamiento jurídico (art.9.1 CE), al principio de igualdad (art.14 CE) y, en último término, hasta a la tutela judicial efectiva (art.24.1 CE) si la ejecución de las sentencias forma parte de éste⁴⁴⁴, elementos basales del Estado de Derecho.

⁴⁴¹ Según la STC 30/1997, de 24 de febrero (FJ 6º), la inviolabilidad es una prerrogativa de naturaleza sustantiva, no procesal, que impide abrir cualquier procedimiento contra los parlamentarios por las expresiones vertidas en el ejercicio de sus funciones.

⁴⁴² STC 51/1985, de 10 de abril (FJ 6º). En este mismo sentido, entre otras, también las SSTC 243/1988, de 19 de diciembre (FJ 3º); 30/1997, de 24 de febrero (FJ 5º). Esta es también la posición de las SSTEDH de 17 de diciembre de 2002, *A. c. Reino Unido*; de 30 de enero de 2003, *Cordova c. Italia* (No.1); de 30 de enero de 2003, *Cordova c. Italia* (No.2); de 3 de junio de 2004, *De Jorio c. Italia*; de 20 de abril de 2006, *Patrono, Cascini et Stefanelli c. Italia*; de 24 de febrero de 2009, *C.G.I.L et Coffèrati c. Italia*; de 3 de diciembre de 2009, *Kart c. Turquía*, entre otras.

⁴⁴³ En sede doctrinal tempranamente se puso de manifiesto que «como sustracciones al derecho común, [las prerrogativas] deben estar conectadas con una función». Véase PUNSET BLANCO, R.: «Sobre la extensión del ámbito personal de las prerrogativas parlamentarias», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol.1, núm.3, 1981, p.107. Asumiendo dicha consideración, el Tribunal Constitucional ha subrayado la necesidad de vincular las prerrogativas con el ejercicio de funciones (representativas) –véase la jurisprudencia de la nota anterior– siguiendo así la emanada de la Corte Costituzionale italiana en su sentenza nº81/1975, 21 marzo.

⁴⁴⁴ El Alto Tribunal ha considerado que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva solo se ve satisfecho cuando las sentencias alcanzan la efectividad otorgada por el ordenamiento, cuando

Sin embargo, parece posible funcionalizar este elemento, hallándole así una tarea que entronque con la lógica global del sistema. Y es que puede servir para corregir las desviaciones que la ejecución de las sentencias –en ese tránsito, siempre difícil, de lo abstracto a lo concreto– pueda producir, en último término, sobre el fin de reeducación y reinserción social de las penas (art.25.2 CE)⁴⁴⁵, objetivo propio de un Estado intervencionista como es el Estado Social⁴⁴⁶.

Así, no resulta difícil advertir como la existencia de este tipo de elementos excepcionales contribuye a preservar la autorreferencialidad del propio ordenamiento (inmunidad en sentido negativo). A través de aquéllos, el sistema evita, por un lado, que las necesidades reales que surgen de la complejidad que genera la propia coexistencia de los diversos principios estructurales traten de satisfacerse *extra ordinem*. Aquél advierte los puntos de fricción que produce su densa complejidad y crea elementos que permiten armonizarla sin necesidad obviar sus prescripciones⁴⁴⁷. Tales tensiones se resuelven así *ad intra*,

se ejecutan en sus propios términos. Así, las SSTC 92/2009, de 20 de abril (FJ 3º); 20/2010, de 27 de abril (FJ 4º); 211/2013, de 16 de diciembre (FJ 3º); 50/2015, de 5 de marzo (FJ 8º).

⁴⁴⁵ En este sentido, entre otros, LINDE PANIAGUA, E.: «Amnistía e indulto en la Constitución Española de 1978», *Revista de Derecho Político*, núm.2, 1979, p.66; TOMÁS Y VALIENTE, F.: *A orillas del Estado*, Madrid, Taurus, 1996, p.36; REQUEJO PAGÉS, J. L.: «Apuntes para una interpretación constitucionalmente conforme de la prerrogativa de gracia», ob. cit., p. 99; GARCÍA MAHAMUT, R.: *El indulto. Un análisis jurídico-constitucional*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, pp-237-239. El indulto, sin embargo, se torna problemático cuando opera como una fórmula de corrección de errores judiciales –pues para eso existe el sistema de recursos– o como una herramienta para aplacar la dureza de la legislación penal, pues ello es competencia del legislador. En este sentido, VILLARINO MARZO, J.: «El indulto en España», *Revista de las Cortes Generales*, núm.66, 2005, p.69. Tales funciones no resultan reconducibles a la identidad del sistema, sino que la diluyen. Igualmente, también resulta problemático sostener que el indulto trata de perseguir la justicia material y no simplemente la formal, tal y como puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en su ATC 360/1990, de 5 de octubre (FJ 5º). Esa función tampoco resulta reconducible a los principios estructurales del ordenamiento sino que está orientada a garantizar o salvaguardar un elemento (la justicia) situado fuera del sistema. La que mejor parece conciliarse con la identidad del ordenamiento es aquélla que trata de salvaguardar el art.25.2 CE.

⁴⁴⁶ Así lo explican, entre otros, MIR PUIG, C.: *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, Librería Bosch, Barcelona, 1986, p. 262; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 32, núm.3, 1979, p. 676.

⁴⁴⁷ En efecto, MILLER, L.: «Rules and exceptions», *Ethics*, num.66, 1956, p. 269 pone de relieve ese efecto *liberador* de la excepción, dado que permite aligerar la carga que portan las reglas, eliminando o reduciendo sus consecuencias negativas, sin necesidad de incumplirlas, de forma que

reduciendo las posibilidades de que dicha descompresión tuviera lugar fuera de la normatividad. Por otro, el ordenamiento evita que dichas necesidades queden sin atenderse, padeciendo los principios estructurales en su eficacia y viéndose mermada, entonces, su inmunidad de conjunto.

Quizá ahora se aprecie mejor cómo este tipo de elementos endógenos constituyen excepciones, no en el sentido de «no-reglas» sino, sencillamente, de reglas «extraordinarias» que difieren de las comunes o generales de actuación del sistema pero que no por eso dejan de ser propiamente reglas⁴⁴⁸. No solo en el sentido evidente de elementos positivizados, sino coherentes con su identidad y funcionamiento, no ajenos o extraños a la misma. Éste es, en suma, el último eslabón que suelda la complejidad del ordenamiento: ya no es que las excepciones se desenvuelvan dentro, y no fuera, del Derecho positivo sino que, al hacerlo y resultar funcionalmente justificadas, dejan de ser tales para ser también reglas propias del funcionamiento sistémico⁴⁴⁹.

lejos de debilitarlas, aquéllas fortalecen a éstas. En términos similares, LUHMANN, N.: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, ob. cit., p.63 pone de manifiesto que las excepciones sirven para absorber esa dosis de «ilegalidad necesaria» que, en ocasiones, el sistema jurídico complejo precisa para su funcionamiento eficaz, haciendo que lo, en otro caso, prohibido pase a estar permitido (excepción) sin traicionar la primacía de la regla y su cumplimiento.

⁴⁴⁸ Sosteniendo que, en un sistema complejo, la excepción no confirma la regla sino que también es regla, BASTIDA FREIJEDO, F.J.: «La soberanía borrosa: la democracia», ob. cit., p. 385. En un sentido muy similar, POSNER, R.: «Jurisprudence of Skepticism», *Michigan Law Review*, núm.86, 1987-1988, p.833. La discusión doctrinal sobre el tradicional binomio regla/excepción es amplia. Partidarios de considerar que las excepciones son continuaciones a las reglas a las que exceptúan son, entre otros, SCHAUER, F.: «Exceptions», *The University of Chicago Law Review*, vol.58, num.3, 1991, p.893 o DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1989, p.75. En sentido contrario, reivindicando el papel de la excepción como algo distinto a la regla a la que exceptúa, se manifiesta, entre otros, FINKELSTEIN, C.O.: «When the Rule Swallows the Exception», *Quinnipiac Law Review Association*, vol.19, num.3, 2000, pp.505 y ss.

⁴⁴⁹ Así, no parece posible sostener que las normas excepcionales sean aquéllas que no resultan reconducibles a los principios estructurales del ordenamiento sino las que entran en profunda contradicción con ellos, como sostienen, entre otros, GUASTINI, R.: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. M. Gascón, M. Carbonell, Porrúa, UNAM, México, 2001, p.104; IRTI, N.: *La edad de la descodificación*, trad. Rojo Ajura, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992, p.47 o GIANNINI, M. S.: «L'analogia giuridica», *Ius. Rivista di Scienze Giuridiche*, 1942, p.65. Estos elementos excepcionales del sistema se ponen justamente al servicio de los propios principios estructurales. La excepción, por tanto, no nos conduce fuera de la identidad del ordenamiento (de sus principios estructurales) sino que nos reconduce a la misma.

Ahora bien, aun cuando este tipo de elementos desempeñen una función al servicio de la identidad del sistema, no puede perderse de vista que excepcionan algún elemento esencial de sus principios estructurales. Esa singularidad es justamente la que explica que aquéllos deban mantenerse, en cierto modo, «bajo sospecha», guiándose, tanto su regulación como, fundamentalmente, su interpretación, por la restricción⁴⁵⁰. Que esto deba ser así evidencia algo apuntado con carácter previo: que la presunción de benignidad de la que gozan los elementos endógenos, singularmente los excepcionales, es vencible (*iuris tantum*). La restricción disciplina las cautelas necesarias para que aquél no se convierta en una patología endógena del sistema al expandirse (disfuncionalidad)⁴⁵¹.

Esta restricción se pone claramente de manifiesto, por ejemplo, al hilo de la objeción de conciencia (art.30.2 CE). Su calificación como elemento excepcional ya la puso de relieve tempranamente el Tribunal Constitucional, al sostener que «la permisión de una conducta que se separa de la norma general e igual para todos ha de considerarse como *excepcional*(...) porque de lo que se trata –el derecho del objetor– es de obtener la exención del cumplimiento de una norma, convirtiendo esa conducta en lícita, legítima o legal»⁴⁵². Consciente de que el reconocimiento de una objeción de conciencia generalizada conduciría

⁴⁵⁰ REQUEJO PAGÉS, J. L.: «Apuntes para una interpretación constitucionalmente conforme de la prerrogativa de gracia», ob, cit., p.100, 104, pone de relieve esta idea cuando sostiene que es necesario «reducir a sus justos términos el carácter y extensión de lo excepcional», de manera que es necesario guiarse por «el principio de minimización de las excepciones».

⁴⁵¹ No obstante, no se trata de que el sistema imponga, de forma indiscriminada, las mayores o más intensas cautelas posibles sino de que lo haga de forma «constitucionalmente adecuada», en los clásicos términos de BÖCKENFORDE, E.W.: *Escritos sobre derechos fundamentales*, ob. cit., pp.67-68. Debe tomarse en consideración la singular función que el elemento endógeno excepcional está llamado a desempeñar dentro del entramado constitucional y establecer, en consecuencia, las restricciones (por vía legislativa, interpretativa, etc.) que, asegurando dicho desempeño, excluyan otros; lo que, como resulta evidente, es algo sensiblemente más difícil que lo anterior pues exige tener en cuenta y gestionar la complejidad del sistema. De no ser así, la restricción corre el riesgo de convertirse en mera asfixia. Ya DE OTTO, I.: «El mando supremo de las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 23, 1988, p.14, alertaba sobre el peligro de «reducir el poder a la impotencia», llamando a interpretar en términos incluyentes y no excluyentes la actuación de los poderes que la Constitución establece.

⁴⁵² STC 160/1987, de 27 de octubre (FJ 4º).

—en palabras del propio Tribunal— a «relativizar los mandatos jurídicos»⁴⁵³ o, aún con mayor contundencia y no menos razón, a «la negación misma de la idea de Estado»⁴⁵⁴, aquél ha tratado, en su jurisprudencia mayoritaria, de reconducirla a sus coordenadas excepcionales.

Así, la ha desvinculado del art.16 CE entendiendo que aquélla no es una manifestación del derecho fundamental a la libertad de conciencia sino un derecho autónomo de configuración legal⁴⁵⁵, rechazando la existencia de una suerte de «derecho fundamental a objetar»⁴⁵⁶ que, de existir, pondría sencillamente en jaque la autorreferencialidad del propio sistema al hacer depender el cumplimiento de las normas de los dictados de la conciencia de cada sujeto. Por tanto, la objeción de conciencia solo cabe en el ordenamiento de manera puntual y restringida, respecto a un deber concreto y no de manera generalizada, previa *interpositio legislatoris*⁴⁵⁷. No obstante, a pesar de la consolidada y pacífica jurisprudencia constitucional al respecto, el Tribunal consideró *obiter dicta* en la sentencia sobre la interrupción voluntaria del

⁴⁵³ STC 160/1987, de 27 de octubre (FJ 3º).

⁴⁵⁴ STC 161/1987, de 27 de octubre (FJ 3º).

⁴⁵⁵ SSTC 160/1987, de 27 de octubre (FF. JJ 3º y 4º); 161/1987, de 27 de octubre (FJ 3º); 321/1994, de 28 de noviembre (FJ 4º); 55/1996, de 28 de marzo (FJ 5º). En una línea muy similar, el TEDH, en la Decisión de 2 de octubre de 2001, *Pichon y Sajous c. Francia*, puso de manifiesto que el art.9 CEDH (libertad religiosa y de conciencia) no salvaguardaba el derecho a comportarse en público según el dictado de la conciencia de cada cual y que, respecto al caso particular, tal cosa implicaba que los farmacéuticos no podían anteponer sus particulares convicciones religiosas a la venta, obviamente legal, de píldoras anticonceptivas. Así, el TEDH la única objeción de conciencia de la que ha venido conociendo ha sido la militar, entendiendo que el art.9 CEDH se vulnera cuando la falta de medidas alternativas a la prestación del servicio militar lesiona la libertad religiosa del sujeto. Así lo estimo desde la STEDH de 7 de julio de 2011, *Bayatyan c. Armenia*.

⁴⁵⁶ En este sentido, BARRERO ORTEGA, A.: *La libertad religiosa en España*, CEC, Madrid, 2006, pp.410 y ss.; Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, 4ª ed., Civitas, Madrid, pp. 246-249; GÓMEZ ABEJA, L.: *Las objeciones de conciencia*, CEPC, Madrid, 2016, pp. 233 y ss. En sentido contrario, GASCÓN ABELLÁN, M.: *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, CEPC, Madrid, 1990, pp.255 y ss.; PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp.153 y ss.; ESCOBAR ROCA, G.: *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, CEC, Madrid, 1993, pp. 167 y ss., entre otros.

⁴⁵⁷ Véanse, entre otras, las SSTC 15/1982, de 23 de abril (FF. JJ 6º y 7º); 160/1987, de 27 de octubre (FJ 4º); 55/1996, de 18 de marzo (FJ 5º). En el caso de la objeción de conciencia de carácter militar (art.30.2 CE) esa *interpositio legislatoris* no fue necesaria debido a la eficacia directa de la Constitución, no porque aquélla fuera expresión del art.16 CE.

embarazo⁴⁵⁸ y, años después, en la relativa a la dispensa de la llamada «píldora del día después»⁴⁵⁹, que la objeción de conciencia era una manifestación del art.16 CE, abriendo así la puerta a que la interpretación restrictiva de un elemento absolutamente excepcional en el seno de un Estado de Derecho, ceda en favor de otra expansiva que, si pro futuro se consolidase, elevaría exponencialmente las posibilidades de que la objeción de conciencia deviniese en una patología del sistema.

Y es que, en efecto, las patologías endógenas emergen cuando el propio ordenamiento, al tratarse de elementos (excepcionales) consustanciales a su identidad, no advierte en ellos potenciales peligros y, precisamente por ello, tampoco detecta como nociva su expansión, sino al contrario. Así, el sistema les va dotando de una *vis expansiva* que hace que aquéllos vean ostensiblemente ampliados sus cometidos, desbordando así su campo de actuación originario y convirtiéndose, entonces, en perniciosas patologías. Esa *vis expansiva* hace que tales elementos excepcionales vayan excluyéndose de la autorreferencialidad sistémica en la que deben insertarse, contribuyendo a que desarrollen funciones que no desembocan en su parámetro de identidad –sus principios estructurales– sino fuera de éste. En la medida en que lo hacen, dejan de ponerse al servicio de la propia identidad del ordenamiento para desempeñar funciones que satisfacen, mas bien, pretensiones ajenas a la misma, diluyéndose con ello la autorreferencialidad de aquél.

Un ejemplo de disfuncionalidad provocada por esta *vis expansiva*, vía legislativa, podría ser la extensión de la inviolabilidad parlamentaria (art.71.1 CE), a los Magistrados del Tribunal Constitucional (art.22 LOTC), al Defensor del Pueblo (art.6.2 LODP), a los Defensores del Pueblo autonómicos (art.1 LDPCA) y sus respectivos adjuntos (art.8.4 LODP). Si la función, al

⁴⁵⁸ STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 14º). Tal objeción se encuentra en el art.19.2 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

⁴⁵⁹ STC 145/2015, de 25 de junio (FJ 4º).

menos clásica, de aquélla no es sino velar por la libre formación de la voluntad de la Cámara, resulta poco comprensible que se aplique a sujetos ajenos al desempeño de funciones representativas –no así a los parlamentarios autonómicos⁴⁶⁰–. Podría decirse que esta inviolabilidad extraparlamentaria trata de proteger las respectivas funciones públicas de los sujetos que gozan de la misma. Sin embargo, no parece que el desempeño de sus tareas se vea ostensiblemente mermado de no resultar aquéllos inviolables cuando, además, carecen de ese componente extraordinario de discusión y crítica presente en la función representativa⁴⁶¹; salvo que se admita que toda función pública es susceptible de ser mejor desempeñada si sus titulares ostentan dicha prerrogativa, algo que desnaturalizaría la excepcionalidad de este elemento.

Otro ejemplo, de gran actualidad, es la *vis expansiva* de que se ha dotado a la inviolabilidad del Rey (art.56.3 CE). Dicha prerrogativa le exonera de toda responsabilidad por cualquiera de sus actos, sean o no llevados a cabo en el ejercicio de sus funciones, puesto que la prerrogativa está subjetivizada⁴⁶². Lejos de explicarse desde el instituto del refrendo (arts.56. 3 y 64.1 CE) –tal cosa convertiría en «violables» los actos privados no sometidos a aquél, lo que no se

⁴⁶⁰ Más extensamente sobre esta cuestión, entre otros, PUNSET BLANCO, R.: «Sobre la extensión del ámbito personal de las prerrogativas parlamentarias», ob. cit., pp.93 y ss.; e «Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios de las Comunidades Autónomas», *Revista de las Cortes Generales*, núm.3, 1984, pp. 111 y ss.; LAVILLA RUBIRA, J.L.: «Diversas cuestiones relativas a las prerrogativas de los parlamentarios autonómicos», *Revista de las Cortes Generales*, núm.25, 1992, pp. 219 y ss.

⁴⁶¹ Críticos con esta expansión, PIZZORUSSO, A.: «Las inmunidades parlamentarias. Un enfoque comparativista», trad. J. Ballarín, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 2, 1984, pp.30-31; SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: «Encuesta sobre determinados status privilegiados por la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 2000, pp.19-20; TORRES DEL MORAL, A.: «Libertad de comunicación pública de los parlamentarios: inviolabilidad y secreto», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm.28, 2013, p.43.

⁴⁶² Ello explica que durante el reinado de Don Juan Carlos, hubieran sido inadmitidas a trámite, por ejemplo, demandas de paternidad (Autos del Juzgado de Primera Instancia núm.19 de Madrid, 13/2012 y 12/2012, de 9 de octubre), de rectificación por las declaraciones del Monarca al hilo de su discurso de Navidad (ATS 5620/2006, de 28 de febrero) o que se hayan archivado las denuncias presentadas por la presunta comisión de delitos contra la Hacienda Pública (ATS 9060/2014, de 22 de octubre), de lesa humanidad (ATS 18221/2005, de 28 de noviembre) o por no haber sido el querellante, según expresa éste, recibido en audiencia por S.M. para poderle exponer presuntos delitos cometidos por Tribunales Médicos Militares (ATS 1580/1992, de 17 de febrero).

compadece con el aserto de «la que persona del Rey es inviolable»— dicha prerrogativa se explica desde la función que la Constitución asigna al Monarca de ser «símbolo de la unidad y permanencia del Estado» (art.56.1 CE) que lo es siempre y en toda circunstancia. La inviolabilidad se coloca así al servicio de dicha función dado que resultaría difícil garantizar la permanencia y estabilidad de la Jefatura del Estado si el Rey pudiera ser sometido a procesos judiciales, estuvieran motivados por actos institucionales o meramente privados⁴⁶³.

En cuanto excepción, resulta claro que la misma debiera interpretarse restrictivamente. Tal cosa no sucede, sin embargo, cuando se entiende, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional, que la crítica política desencadenada en sede parlamentaria a raíz de la utilización de distintos mecanismos de control parlamentario supone la atribución de una responsabilidad al Rey de la cual está exento en virtud de su inviolabilidad (art.56.3 CE). Aquél ha considerado, al hilo de una resolución del Parlamento de Cataluña en la que se reprobaba al Rey⁴⁶⁴, aprobada tras la celebración de un debate general sobre la acción política y de gobierno en el seno del Parlamento catalán (arts. 154 y 155 RPC), que la emisión de un juicio de contradicción u oposición hacia éste y su conducta suponen la imputación de una responsabilidad política y la atribución de una sanción del

⁴⁶³ En este sentido se manifiestan, entre otros, GARCÍA CANALES, M.: «El referendo en las Monarquías», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 212, 1977, pp.121-124; BIGLINO CAMPOS, P.: «La inviolabilidad de la persona del Rey y el referendo de sus actos», en AA.VV.: *La Monarquía parlamentaria, VII Jornadas de Derecho Parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001, pp.206 y ss.; BASTIDA FREIJEDO, F.: «La Corona y la República», ob. cit., pp.369. No obstante, hay otros autores que no comparten la idea de que la inviolabilidad cubra actos de naturaleza privada, defendiendo su limitación a los netamente institucionales. En este sentido, entre otros, SERRA CRISTÓBAL, R.: «Las responsabilidades de un Jefe de Estado», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 115, 2002, pp.171-173; MARTÍN PALLÍN, J. A.: «La inviolabilidad del Rey», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.854, 2012; BELDA, E.: «La evaluación y el control de los actos del Rey como presupuesto para mejorar la racionalización democrática de la Corona», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 51, 2015, pp.160-161.

⁴⁶⁴ Resolución 92/XII, de 11 de octubre de 2018, sobre la «priorización de la agenda social y la recuperación de la convivencia» (*BOPC*, núm.177, de 18 de octubre de 2018), en la que se rechazaba y condenaba el posicionamiento de Felipe VI, su intervención en el conflicto catalán y su justificación de la violencia ejercida por los policías en octubre de 2017; y se reafirmaba el compromiso con los valores republicanos y la apuesta por la abolición de la Monarquía; declarada inconstitucional por la STC 98/2019, de 17 de julio, estimándose posteriormente dos incidentes de ejecución de sentencia (AATC 184/2019, de 18 de diciembre; 11/2020, de 28 de enero).

mismo tipo, lo que no resulta posible *ex art.56.3 CE*. Sin embargo, la presentación de este tipo de propuestas de resolución no tiene únicamente por fin activar la función de impulso político y control gubernamental, sino promover la deliberación y la toma de posición de la Cámara, operando como un vehículo de expresión de opiniones o juicios sobre asuntos de interés para los representados, constituyendo, en ese sentido, una manifestación relevante del *ius in officium* de los parlamentarios (art.23.2 CE)⁴⁶⁵. Además, de dicha resolución no se deriva ninguna consecuencia jurídica ni política (sustitución, inhabilitación, etc.) para el Monarca⁴⁶⁶.

Algo similar sucede en el caso de la Comisión de Investigación⁴⁶⁷ cuya creación se solicitó para investigar actividades del Rey. Si éstas pueden crearse para investigar «cualquier asunto de interés público» (art.76 CE), parece que aquél y su conducta podrían ser, perfectamente, objeto de las mismas. Se trata simplemente de una herramienta al servicio de la información de la Cámara que busca sacar a la luz y discutir informaciones de relevancia pública a las cuales no cabe anudar responsabilidad jurídica alguna (art.76 CE, art.53 RC, art. 60 RS) ni tampoco política, en los términos anteriormente mencionados.

⁴⁶⁵ SSTC 40/2003, de 27 de febrero (FJ 3º); 78/2006, de 13 de marzo (FJ 3º); 200/2014, de 15 de diciembre (FJ 5º), entre otras. Este mismo argumento serviría para permitir la admisión a trámite de la proposición de ley «para el fomento de la transparencia económico-presupuestaria del Rey y de la Casa Real» presentada por el grupo parlamentario mixto e inadmitida por la Mesa del Congreso entre otras cosas, por resultar incompatible con el art.56.3 CE. Dicha inadmisión fue recurrida en amparo, aunque el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre el fondo del asunto entendiendo que faltaba la legitimación para presentar el recurso (STC 24/2020 de 13 de febrero).

⁴⁶⁶ Así, el Dictamen del Consejo de Estado 892/2018, de 25 de octubre de 2018.

⁴⁶⁷ Resolución del Parlamento de Cataluña 298/XII, de 7 de marzo, de 2019, de creación de la Comisión de Investigación sobre la Monarquía (*BOPC*, núm. 282, de 11 de marzo de 2019), declarada inconstitucional por la STC 111/2019, de 2 de octubre. Además del caso anteriormente señalado, en la XIV Legislatura se ha paralizado la creación de distintas Comisiones de Investigación cuyo objetivo era investigar al Rey emérito y su actividad, fundamentalmente económica. Estos datos han sido extraídos del siguiente enlace web: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/Indice%20de%20Iniciativas?_piref73_1335503_73_1335500_1335500.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VE RLST&BASE=IW14&FMT=INITXLUS.fmt&DOCORDER=FIFO&OPDEF=Y&QUER Y=\(I\).ACIN1.+%26+\(156\).SINI.&DOCS=1-25](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/Indice%20de%20Iniciativas?_piref73_1335503_73_1335500_1335500.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VE RLST&BASE=IW14&FMT=INITXLUS.fmt&DOCORDER=FIFO&OPDEF=Y&QUER Y=(I).ACIN1.+%26+(156).SINI.&DOCS=1-25) (última consulta el 30 de abril de 2020).

Podría decirse, no obstante, que la activación de esos mecanismos supone la atribución de una «responsabilidad política difusa»⁴⁶⁸ al Monarca. No obstante, el riesgo de esa interpretación no es otro sino asemejar cualquier tipo de crítica o manifestación, en este caso institucional, de descontento con la atribución indirecta de responsabilidades, lo que se aproxima peligrosamente a la vis expansiva de la que, tratándose de una prerrogativa, debe de huirse. Esa responsabilidad difusa adquiere virtualidad práctica, además, cuando se proyecta sobre un órgano al que democráticamente le puede «pasar factura», al estar sujeto a la posibilidad de ser destituido o de no ser reelegido electoralmente. Sin embargo, pierde fuerza tratándose del Jefe del Estado, dado que ni existen mecanismos para su remoción política ni su continuidad se hace depender de unos comicios, pues es vitalicia.

Aquella no tendría otra forma de materializarse –dejando al margen a la propia abdicación, ejercida en todo caso *motu proprio* por el Rey– más que a través de la propia reforma constitucional que aboliese la Monarquía. Y desde el momento en que es la propia Constitución la que habilita a los Parlamentos autonómicos (art.166.1 CE) a impulsar reformas de la Carta Magna –también en clave republicana– no tiene demasiado sentido entender que la inviolabilidad del Rey le exonera de una responsabilidad difusa que solo puede hacerse efectiva a través de un mecanismo que la propia Constitución contempla. Tal cosa llevaría al absurdo de entender que el propio intento por impulsar una reforma constitucional republicana sería una censura política incompatible con la inviolabilidad del Rey. Más allá de estas consideraciones, si la función de la prerrogativa, en definitiva, es asegurar la estabilidad y permanencia de la Jefatura del Estado, el soporte de críticas políticas en sede parlamentaria –vertidas a raíz de la activación de distintos mecanismos parlamentarios–no impiden el desempeño de tal función, sino que son consustanciales a la actividad deliberativa de las Cámaras y al propio pluralismo del sistema democrático.

⁴⁶⁸ RESCIGNO, U: *La responsabilidad política*, Giuffrè, Milán, 1967, pp.122 y ss.

La *vis expansiva* también se manifiesta en la extensión de la prerrogativa a quién fuera Rey cuando se produjeron los supuestos hechos que trataban de investigarse con la Comisión de Investigación. La interpretación restrictiva debería haber llevado a plantear el dilema, en todo caso, respecto al actual Jefe del Estado, pues la inviolabilidad decae cuando el Rey deja de ser tal⁴⁶⁹. Así, los hechos cometidos antes de su reinado, durante el mismo –que no hayan sido refrendados– y, por supuesto, los llevados a cabo con posterioridad, dejan de ser inviolables una vez producida la abdicación, siempre que no hubieran prescrito⁴⁷⁰. De lo contrario, los segundos estarían blindados *ad eternum*, produciendo así la inviolabilidad unos injustificables efectos *ultra vires* (patología), pues tras la abdicación ya no está en riesgo la función simbólica de unidad y permanencia del Estado, encarnada en la persona de su sucesor⁴⁷¹.

Llegados a este punto y, por último, resulta lícito preguntarse si todos los elementos excepcionales constitucionalmente previstos tienen o conservan efectivamente una determinada función. Aunque en la gran parte de las ocasiones sea así, hay algunos elementos que, a pesar de excepcionar componentes esenciales de los principios estructurales del ordenamiento, no

⁴⁶⁹ En sentido contrario, ARAGÓN REYES, M.: «La monarquía parlamentaria», en PENDÁS, B. (Dir.): *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, ob. cit., p.648, entiende que, al predicarse la inviolabilidad a la persona del Rey, mientras exista tal persona, la prerrogativa acompaña a quien ostentó la Corona aunque ahora ya no lo haga. La prerrogativa sería vitalicia.

⁴⁷⁰ Tras la abdicación de D. Juan Carlos, el Tribunal Supremo inadmitió varias demandas de paternidad, no en virtud de la inviolabilidad sino por cuestiones procesales –por falta de un principio de prueba (AATS 152/2015, de 28 de enero, FJ 4º; 163/2015, de 4 de febrero, FJ 2º)–. No obstante, permanece la duda de si el hecho de que la inviolabilidad no haya entrado en juego en estos casos es porque el Tribunal ha entendido que ésta desaparece cuando deja de ostentarse la condición de Monarca o porque los hechos de los que debía conocer eran anteriores a su reinado, pues el nacimiento de los sujetos que reclamaban la filiación era anterior a 1978.

⁴⁷¹ En este sentido, BASTIDA FREIJEDO, F.J.: «La Corona y la República», ob. cit., pp.369-370. En sentido contrario, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: «Sucesión a la Corona, abdicación y proclamación», en PENDÁS, B. (Dir.): *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, vol. IV, ob. cit., p.3011, considera que los actos del reinado no pueden ser fiscalizados jurisdiccionalmente *a posteriori* en base al principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras (art.9.3 CE). No obstante, si la ley que se aplica estaba en vigor cuando se cometieron los hechos, no cabe hablar de irretroactividad, que solo entraría en juego si ahora se aplicase una ley entonces no vigente.

«compensan» dicho sacrificio poniéndose al servicio de otros⁴⁷². Ello puede deberse tanto a que los mismos hayan perdido su función al servicio de los principios estructurales del sistema, al resultar ya innecesaria, o a que carezcan, sencillamente, de ella –al no haber sido diseñados como mecanismos de salvaguarda–. Cuando esto sucede no resulta posible decir –como previamente se explicó– que la Constitución contiene patologías endógenas. Lo más coherente parece mantener, como ya se adelantó, que aquélla presenta un *déficit* en alguno de sus principios estructurales que sería, en suma, una excepción funcionalmente injustificada.

Cuando nos encontramos no ya ante elementos excepcionales sino ante *déficits* del ordenamiento, la restricción debe intensificarse. El objetivo no es otro sino actuar de muro de contención frente al mismo, impidiendo que se agudice y que, entonces, en el plano infraconstitucional, se gesté una patología endógena. Un ejemplo de lo que ahora nos ocupa podría ser el fuero jurisdiccional, previsto *ex Constitutione* para los parlamentarios (art.71. 2 CE), Presidente y miembros del Gobierno (art.102 CE). Como mecanismo que altera las reglas procesales penales –y en algunos casos también civiles– de competencia objetiva *ratione personae*, atribuyendo a una jurisdicción superior el enjuiciamiento de determinados asuntos en atención al cargo público que ostentan ciertos sujetos⁴⁷³, constituye «una excepcionalidad procesal»⁴⁷⁴ que, en cuanto tal debiera estar funcionalizada⁴⁷⁵. De acuerdo con el Tribunal

⁴⁷² En esta línea apunta REQUEJO PAGÉS, J. L.: «Apuntes para una interpretación constitucionalmente conforme de la prerrogativa de gracia», ob, cit., p.104 cuando sostiene que «hay que agotar la lógica del sistema antes de concluir con la asunción de una anomalía».

⁴⁷³ ALMAGRO NOSETE, J.: *Derecho procesal, T. II, Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p.134; GARCÍA MAHAMUT, R.: *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 2000, p.118.

⁴⁷⁴ STC 166/1993, de 20 de mayo (FJ 3º). Como una excepción al principio de igualdad en el ámbito procesal lo considera, entre otros, GÓMEZ COLOMER, J.L.: «Sobre aforamientos y principio de igualdad», *Revista de Derecho Procesal*, 2009, p.531 y ss. No constituye, sin embargo, una excepción al derecho al juez predeterminado por la ley dado que sí existe previsión normativa previa y general del órgano jurisdiccional competente (STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 6º).

⁴⁷⁵ No en vano PIZZORUSSO, A.: «Las inmunidades parlamentarias: un enfoque comparatista», trad. J. Ballarín, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 2, 1984, p.48, considera que para ser admisible debe estar justificado objetiva y razonablemente.

Constitucional, aquél trata de «proteger la propia independencia y sosiego, tanto del órgano legislativo como del jurisdiccional, frente a potenciales presiones externas o las que pudiese ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña», actuando así como un «instrumento para la salvaguarda de la independencia institucional tanto de las Cortes Generales como del propio Poder Judicial»⁴⁷⁶. Para ello, se atribuye el conocimiento de las causas a órganos jurisdiccionales susceptibles de recibir menos presiones o influencias y, por ende, tal y como reconoce el Tribunal, de adoptar «una decisión judicial más ajustada a Derecho», debido al «incremento de garantías» o a «la mayor idoneidad técnica»⁴⁷⁷ de aquéllos. Se excepciona la igualdad en términos procesales (art.14 CE) para velar por neutralidad e independencia del proceso judicial (art.117 CE) y la función del cargo público representativo encausado (art.23.2 CE).

La excepción en que el fuero jurisdiccional consiste, como puede apreciarse, fue funcionalmente diseñada. Lo que sucede es que la función que se le asigna resulta difícil de sostener en un Estado de Derecho, deviniendo quizás innecesaria si se advierte que la neutralidad y la independencia de la jurisdicción no provienen del nivel jurisdiccional sino de la sumisión única y exclusiva al imperio de la ley (art.117.1 CE). No parece, entonces, que el desempeño de las funciones jurisdiccionales (art.117.1 CE) ni de las representativas (art.23.2 CE), ni del resto de funciones públicas atribuidas a los sujetos aforados palideciera si la resolución de los casos en los que se vieren involucrados fueran conocidos por el juez natural que goza, en cuanto tal, de las

⁴⁷⁶ STC 22/1997, de 11 de febrero (FJ 6º). Esta misma función del fuero es defendida por ALZAGA VILLAMIL, O.: *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, p.490; FERÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P.: *El juez natural de los parlamentarios*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 71-72; FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A.: «Artículo 71», en ALZAGA VILLAMIL, O.: *Comentarios a las leyes políticas*, vol. 6, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, p.375.

⁴⁷⁷ STC 55/1990, de 28 de marzo (FJ 6º).

garantías judiciales correspondientes (art.117 CE)⁴⁷⁸. El aforamiento, no obstante, también ha tratado de justificarse en base a la defensa de ciertos cargos públicos frente al abuso de la acusación popular. Sin embargo, tampoco se acierta a comprender de qué manera el conocimiento de una causa por un tribunal superior evita la interposición de querellas insidiosas si el aforamiento no constituye una exención jurisdiccional⁴⁷⁹.

Lo problemático es que el *déficit* que este mecanismo supone no se ha visto frenado sino agudizado, pues infraconstitucionalmente se le ha dotado de una intensísima *vis expansiva* (patología). En términos subjetivos, el fuero se ha extendido a una larguísima nómina de cargos públicos⁴⁸⁰. En términos

⁴⁷⁸ En este sentido, entre otros, MONTERO AROCA, J.: «Los privilegios en el proceso penal», *Poder Judicial*, núm.39, 1995, p.277, p.39; MARTÍNEZ ELIPE, L.: «Prerrogativas parlamentarias», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 2000, p.69; PRESNO LINERA, M.: «Fatiga del parlamentarismo y algunas propuestas para revitalizarlo», en PINELLI, C.; PRESNO LINERA, M.: *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, p.115; SANTAOLALLA LOPEZ, F.: «Artículo 71», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.; CASAS BAAMONDE, M.E. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, ob. cit., p.110.

⁴⁷⁹ LÓPEZ AGUILAR, J. F.: «Encuesta sobre determinados status privilegiados por la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.5, 2000, p.39; GARCÍA MAHAMUT, R.: *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución*, ob. cit., p.159.

⁴⁸⁰ Ante el Tribunal Supremo están aforados, además de los sujetos constitucionalmente previstos, los Presidentes del Congreso y del Senado, el Presidente y los Magistrados del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, el Presidente y los Magistrados del Tribunal Constitucional, los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, el Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia y sus respectivos Magistrados, el Fiscal General del Estado, los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, el Presidente y los Consejeros del Tribunal de Cuentas, el Presidente y los Consejeros del Consejo de Estado y el Defensor del Pueblo, así como aquellos otros que determinen los Estatutos de Autonomía (art.57.1.2º y 3º LOPJ) y los parlamentarios europeos (art.9 Protocolo núm.7 sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea). También, actualmente, la Reina consorte o el consorte de la Reina, la Princesa o Príncipe de Asturias y su consorte, así como contra el Rey o Reina que hubiere abdicado y su consorte (art.55 bis LOPJ). Ante los Tribunales Superiores de Justicia están aforados los Defensores del Pueblo autonómicos y sus adjuntos (art.1.1 y 3 LDPCA); los jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal; y aquellos otros sujetos que pudieran especificar los Estatutos de Autonomía (art.73.3 LOPJ) que, con carácter general, comprenden los parlamentarios y miembros de los respectivos Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. No obstante, Canarias, suprimió los aforamientos a través de la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. Murcia (*BOCG*, serie B, núm.22-1, de 10 de junio), Cantabria (*BOCG*, serie B, núm.23-1, de 10 de junio), Baleares (*BOCG*, serie B, núm.24-1, de 10 de junio) han presentado, por su parte, propuestas de reforma de sus Estatutos de Autonomía para suprimir el fuero jurisdiccional. Completando la nómina de aforados, esta vez ante las Audiencias Provinciales, se encuentran las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, nacionales y autonómicas (art.8 LOFCS). No obstante, lo que le

objetivos⁴⁸¹ –salvo en el caso de los jueces, fiscales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 73.3 LOPJ y art. 8 LOFCS)– el aforamiento es extrafuncional, comprendiendo *todos* los delitos cometidos por el sujeto en cuestión mientras ocupe un cargo público⁴⁸², estén o no vinculados a éste. Es más, la prerrogativa se ha extendido incluso a quienes ya no ocupan cargo público alguno, como el Rey abdicado y la Familia Real (art.55 *bis* LOPJ). Además, también se ha hecho extensiva, en muchos casos, al ámbito civil⁴⁸³, aunque para hechos realizados –aquí sí– en el ejercicio del cargo⁴⁸⁴. La *vis expansiva* de la que goza esta prerrogativa resulta tan nociva como insoslayable.

Ahora bien, como se adelantaba previamente, un elemento excepcional del sistema puede ser un *déficit*, no solo por haber quedado obsoleta o resultar sencillamente innecesaria su supuesta función al servicio de la identidad de aquél sino también por no tenerla. De ello es ejemplo la Monarquía, susceptible de ser calificada como un elemento excepcional en el sistema democrático dado que el acceso a un cargo público como es la Jefatura del Estado no se produce por sufragio (art.23 CE) sino por consanguinidad (art.57 CE). Con dicha excepción no se trata de dotar de mayor eficacia a un principio estructural sino

corresponde a las Audiencias Provinciales es el enjuiciamiento de las causas, no su instrucción. La atribución a aquéllas de ambas funciones se preveía en la redacción inicial de la ley (párr.2º art.8.1). Sin embargo, fue declarado inconstitucional por el Alto Tribunal (STC 55/1990, de 28 de marzo) al entender que resultaba contrario al derecho a un Juez imparcial la asignación de la instrucción, procesamiento y conocimiento y fallo a un mismo órgano judicial, por contaminación inquisitiva.

⁴⁸¹ Crítica con la misma, MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L.: «El aforamiento de los cargos públicos: Derecho español y Derecho Comparado», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm35, 2015, p.439

⁴⁸² STC 22/1997, de 11 de febrero (FJ 8º). En aquellas ocasiones en las que el cargo se abandona cuando el procedimiento judicial contra un aforado ya está en marcha, se toma el auto de apertura de juicio oral como momento procesal que fija definitivamente la competencia judicial, produciéndose así la *perpetuatio iurisdictionis* (Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2014).

⁴⁸³ El fuero penal solo opera para los jueces, fiscales (art.73.3 LOPJ), Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art.8 LOFCS), los adjuntos del Defensor del Pueblo (art.2.3 LODP) –éste ostenta fuero civil según el art.56.2 LOPJ– y los Defensores del Pueblo autonómicos y sus adjuntos (art.1.1 y 3 LDPCA)

⁴⁸⁴ Así sucede en el caso de los parlamentarios, miembros del Gobierno y el resto de las altas instituciones del Estado del art.57.1.2º LOPJ (art.56.2 y 3 LOPJ), de los Magistrados de las Audiencias Provinciales (art.73.2 LOPJ), de la Familia Real (art.55 bis LOPJ) y de algunos parlamentarios y miembros de los Consejos de Gobierno autonómicos

tan solo de establecer esa singular forma de acceso a la Jefatura del Estado, motivada en su momento por razones externas (políticas) al orden normativo. Por ello, constituye un *déficit* del sistema democrático, el cual se agudiza cuando su modificación –por aparecer en el Título Preliminar (art.1.3CE) y en el Título II CE– está sometida al procedimiento agravado de reforma constitucional (art.168 CE), que debiera reservarse para aquéllas que afectasen a elementos esenciales del principio democrático, no para blindar los ajenos al mismo⁴⁸⁵.

La Constitución, no obstante, es consciente de que está introduciendo un elemento que colisiona directamente con dicho principio⁴⁸⁶. De ahí que haya vaciado de potestades materiales al Rey, quién no ostenta capacidad decisoria alguna en los asuntos políticos sino que simplemente desempeña funciones simbólicas –es «símbolo de la unidad y permanencia del Estado»–, de representación –«asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica»– y moderadoras –«arbitra y modera el funcionamiento regular de las

⁴⁸⁵ DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., pp.59-61. Críticos con la sujeción de la Monarquía al procedimiento agravado de reforma constitucional se muestran, entre otros, ALÁEZ CORRAL, B.: «El procedimiento de reforma constitucional cuarenta años después», en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L.; PUNSET BLANCO, R. (Coords.): *Cuarenta años de Constitución normativa (1978-2018)*, ob. cit., p. 656; BASTIDA FREIJEDO, F.: «La Corona y la República», en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L.; PUNSET BLANCO, R. (Coords.): *Cuarenta años de Constitución normativa (1978-2018)*, ob. cit., p.364. Otros, como TAJADURA TEJADA, J.: «La reforma de la Constitución (arts. 166-169 CE)», en FREIXES SANJUÁN, T.; GAVARA DE CARA, J. C. (Coords.): *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica*, vol. I, BOE, Madrid, 2016, p.270, consideran tan solo improcedente reservar todo el Título II (la Corona) al procedimiento del art.168 CE, entendiendo que sería suficiente con que lo estuviese el art.1.3 (Título Preliminar), es decir, la Jefatura del Estado en sí misma. Considerando coherente el blindaje constitucional de la Monarquía con el papel que ésta desempeña en el ordenamiento español, ARAGÓN REYES, M.: «Veinticinco años de monarquía parlamentaria», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.24, 2004, p.15. Más allá se sitúa BELDA PÉREZ-PEDREIRO, E.: «Los límites a la reforma constitucional ante propuestas más propias de una revolución», ob. cit., pp. 271-282 quien parece decantarse por considerar la Monarquía como un límite implícito a la reforma constitucional.

⁴⁸⁶ Así, BASTIDA FREIJEDO, F.: «La Corona y la República», ob. cit., p.365.

funciones del Estado» (art.56.1 CE)⁴⁸⁷. Sus actos son, entonces, actos debidos⁴⁸⁸ que, en todo caso, deben ser refrendados (art.56.3 y 64 CE) –salvo lo dispuesto en el art.65.2 CE– asumiendo la responsabilidad de aquéllos el órgano refrendante (art.64.2 CE). Para que la Monarquía pueda convivir de la mejor manera posible con el Estado democrático, la Constitución la ha desvestido de poderes sustantivos pero, a cambio, ha conservado de forma prístina su núcleo esencial: la Corona. En tanto excepción, todos los elementos que tienen que ver con esta institución deben regirse por la restricción. El ejemplo más claro de ello es la prerrogativa de la inviolabilidad que el art.56.3 CE asigna a «la persona del Rey» a la que nos hemos referido en páginas precedentes.

2.1.2. *Vis expansiva de principios y derechos colindantes.*

Como se ha apuntado a lo largo de este trabajo, la identidad del sistema democrático es profundamente dinámica. En su mayor parte, depende del equilibrio de principios constitucionales que tensionan en direcciones diferentes e incluso opuestas. El ordenamiento, lejos de erradicar esa tensión, extremadamente compleja en muchas ocasiones, debe tratar de gestionarla adecuadamente, manteniendo así un equilibrio entre sus elementos que le permita conservar de la forma más armónica posible su propia identidad. Dicha tensión se produce, no solo porque en muchos puntos tales principios apunten en direcciones contrarias, sino porque la propia naturaleza de los mismos, en cuanto normas susceptibles de ser gradualmente optimizadas⁴⁸⁹, hace que tiendan a expandirse. Lo que sucede es que la expansión de uno se ve como una amenaza para la expansión del otro con el que colinda, como si de dos variables

⁴⁸⁷ Esta existencia de *auctoritas*, pero no de *potestas*, que mantiene a la Monarquía ajena a la controversia política, limitando su interferencia en la dirección política del Estado, fue puesta también de manifiesto por la STC 98/2019, de 17 de julio (FJ 3º).

⁴⁸⁸ Así se ha recordado en las SSTC 98/2019, de 17 de julio (FJ 3º); 111/2019, de 2 de octubre (FJ 5º).

⁴⁸⁹ ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., pp.86-87

inversamente proporcionales se tratara, cada una de las cuales, en su individualidad, trata de ser desarrollada al máximo posible.

La tensión, en este caso, no se produce con elementos externos al sistema, sino entre elementos internos –principios, en este caso– que, cuando perciben la amenaza del otro, tratan de que aquél la resuelva, bien eliminando la amenaza, como desea uno, bien considerando que la amenaza no es tal, como desea el otro. La tensión más clásica, a estos efectos, es que la se produce entre los principios de libertad y seguridad o de libertad e igualdad. Cuando es este segundo binomio, por ejemplo, el que está en juego, especialmente en circunstancias donde aparece comprometida la seguridad interior o exterior de un determinado país⁴⁹⁰, el principio de seguridad urge al sistema a que erradique de plano la amenaza a la que se enfrenta, adoptando para ello un arsenal de medidas que en pro de esa seguridad limitan, esencialmente, los derechos fundamentales de los ciudadanos; y a la inversa, el principio de libertad trata de rebajar la relevancia de esa amenaza que observa como una peligrosa coartada para que los derechos fundamentales en los que aquél se concreta se vean recortados. Y lo observa así, generalmente, desde las primeras restricciones

⁴⁹⁰ El conflicto paradigmático, a estos efectos, han sido los atentados del 11-S acaecidos en Estados Unidos en 2001 y, en lo que aquí interesa, el debate político, jurídico y académico subsiguiente sobre la seguridad nacional y el mantenimiento de las libertades civiles. Entre la extensísima bibliografía norteamericana existente, pueden consultarse los trabajos de ACKERMANN, B.: *Before the next attack: Preserving Civil Liberties in the Age of Terrorism*, Yale University Press, New Haven, 2007; VERMEULE, A.; POSNER, E.: *Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2007; SUNSTEIN, C.: «Fear and Liberty», *Social Research*, vol.71, num.4, 2004, pp.967 y ss.; COLE, D.: *Securing Liberty: Debating Issues of Terrorism and Democratic Values in the Post-9/11 United States*, Idebate Press, New York, 2011. Sobre esta tensión, fuera de la literatura norteamericana, véanse, entre muchísimos otros, DE VERGOTTINI, G.: «La difícil convivencia entre libertad y seguridad. Respuesta de las democracias al terrorismo», *Revista de Derecho Político*, núm. 61, 2004, pp.11 y ss.; HOFFMANN-RIEM, W.: «Libertad y seguridad en la estela de los atentados terroristas», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.12-13, 2003, pp. 471 y ss.; PÉREZ ROYO, J.; CARRASCO DURÁN, M. (Dir.): *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

que se imponen, pues advierte en ellas el inicio de una peligrosa inercia expansiva⁴⁹¹ con pretensiones de adquirir efectos permanentes.

La cuestión deviene muy compleja para el sistema democrático pues no consiste en resolverla a favor de uno de los principios, decidiendo cual prevalece, sino en tratar de armonizar, en la medida de lo posible, las pretensiones de ambos. Los problemas emergen –y con ellos eclosionan, a largo plazo, las patologías endógenas– cuando el ordenamiento no sabe identificar, o lo hace incorrectamente, las amenazas internas procedentes del conflicto entre los mismos. Cuando el sistema no detecta la tensión que puede producirse y, por ejemplo, centra su respuesta en potenciar el principio de seguridad, lógicamente piensa que se está defendiendo como sistema. En ese escenario, resulta más difícil identificar que esa *vis expansiva* del principio de seguridad pueda volverse en contra del mismo, al tratarse de un elemento endógeno que, en todo caso, trata de velar por su propia supervivencia.

El sistema, no obstante, podrá sobrevivir de esta manera como sistema, al menos en el corto plazo, pero, en el medio-largo plazo, habrá perdido su carácter democrático si termina por arrinconar el principio de libertad. Defendiéndose puede terminar por aniquilarse. Esta es, quizá, la expresión excelsa de la autoinmunidad. Algo muy parecido sucede a la inversa. Si el ordenamiento centra su respuesta en potenciar este último, resulta igualmente difícil detectar, en un primer momento, como nocivo, el celo por mantener el principio de libertad. Lo que sucede es que sin la garantía de la seguridad el sistema democrático, a la larga, tampoco logrará sobrevivir pues dicho principio es la base para que puedan hacerse efectivos elementos esenciales de aquél,

⁴⁹¹ Este es el clásico argumento de la pendiente resbaladiza (*slippery slope argument*): una vez que comienzan imponiéndose restricciones, resulta difícil saber dónde cederán las mismas. Desarrolla de forma interesante esta forma de razonar y sus implicaciones en el ámbito jurídico, entre otros, VOLOKH, E.: «The mechanisms of the slippery slope», *Harvard Law Review*, vol.114, num.4, 2006, pp.1026 y ss.

singularmente el libre ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Con estas reflexiones no trata de tildar de irresoluble este conflicto sino, tan solo, poner de manifiesto que la *vis expansiva* de los principios consustanciales a la identidad del ordenamiento, por la propia condición de estos es, en muchas ocasiones, difícil de ser detectada como una amenaza y a la postre, como una patología endógena del sistema. Frecuentemente, no resulta sencillo para éste identificar como nocivo el desarrollo de principios tan inherentes a su propia identidad como los que se han mencionado (presunción de benignidad). Digamos que el ordenamiento vendría a considerar que *más* elementos endógenos, aisladamente considerados (más principio de seguridad o más principio de libertad), hace *mejor* sistema.

Sin embargo, puede llegar un punto en que, merced a su expansión, aquéllos dejen de resultar beneficiosos para el ordenamiento en el que se insertan, contribuyendo a degradar su identidad. Y es que las variables no son unidireccionales ni directamente proporcionales. Ahí radica, fundamentalmente, la complejidad sistémica. Eso supone que a más desarrollo de los elementos endógenos –principios en este caso– no hay siempre mejor sistema, sino a la inversa. Toda expansión de los principios ostenta un determinado coste de oportunidad, cifrado en la merma o en la degradación de otros principios con los que el primero convive⁴⁹². Es justamente ese coste de oportunidad el que el ordenamiento, para mantener su identidad, debe ser capaz de advertir, pues solo así tratará de armonizar las exigencias, muchas veces contrapuestas, que demanda su propia complejidad.

⁴⁹² Esta cuestión se desarrolló más extensamente en el Capítulo III de este trabajo, al abordar las demostraciones positivas y negativas de funcionalidad, que trataban de poner de manifiesto la necesidad del sistema de sopesar qué es lo que él mismo pierde y gana con la incorporación de ciertos elementos. En este caso, no obstante, no es su incorporación lo que debe valorarse sino la expansión ya que estamos en presencia de elementos endógenos del sistema (los principios).

El sistema democrático no debe aspirar a erradicar de plano esa tensión sino a saber identificarla, detectando así las amenazas internas que de ella se derivan, y a desenvolver su actuación, en suma, dentro de la misma. No obstante, los resultados de esa *vis expansiva* de los principios y, por ende, de la deficiente armonía entre las exigencias de los mismos, son difíciles de apreciar en el corto plazo. Precisamente por eso las patologías que surgen de este tipo de situaciones se gestan de forma paulatina y relativamente silenciosa, advirtiéndose sus efectos –cuánta libertad o cuánta seguridad ha perdido el sistema– con el paso del tiempo.

Los problemas que puede generar la *vis expansiva* de ciertos elementos del sistema también se perciben en ámbito de los derechos fundamentales. El ejemplo más claro quizá sea el relativo a las libertades de expresión e información (art.20 CE)⁴⁹³ a las que se ha atribuido jurisprudencialmente, desde fechas tempranas, una «posición preferente»⁴⁹⁴ dentro del sistema democrático, el entender que resultan esenciales para la tutela de un proceso comunicativo libre, abierto y plural sin el cuál aquél no podría ser sencillamente tal. Lo que sucede es que la doctrina de la posición preferente se torna nociva cuando se transforma en un argumento para implícitamente elevar la posición jerárquica de tales derechos fundamentales obligando a ceder a los que entren con colisión

⁴⁹³ En Tribunal Constitucional ha aludido expresamente a la «vis expansiva de la libertad de expresión» (STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 3º).

⁴⁹⁴ La jurisprudencia de la posición preferente surge en Estados Unidos donde el Tribunal Supremo, en el asunto *Murdock vs. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943), consideró que la libertad de prensa, la libertad de expresión y la libertad religiosa eran *preferred freedoms*. Sobre los orígenes de esta doctrina jurisprudencial, véase GILLMAN, H.: «Preferred Freedoms: The Progressive Expansion of State Power and the Rise of Modern Civil Liberties Jurisprudence», *Political Research Quarterly*, vol. 47, num.3, 1994, pp.623 y ss. En la jurisprudencia constitucional española, así se ha puesto de manifiesto desde las primeras SSTC 159/1986, de 16 de diciembre (FJ 6º), 6/1988, de 21 de enero (FJ 6º), 371/1993, de 13 de diciembre (FJ 2º), hasta las más recientes SSTC 6/2020, de 27 de enero (FJ 3º), 35/2020, de 25 de febrero (FJ 4º). Igualmente, el TEDH desde fechas tempranas ha considerado que «la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática y uno de los condicionantes básicos de su progreso y el desarrollo personal del individuo» (SSTEDH de 8 de julio de 1986, *Lingens c. Austria*; 27 de marzo de 1996, *Goodwin c. United Kingdom*, entre muchas otras).

con ellos; algo que el propio sistema justifica, en último término, en la función capital que los mismos desempeñan dentro del sistema democrático.

La jurisprudencia constitucional ha ido identificando, en este sentido, las notas que tienen que concurrir en la expresión o información para entender que contribuyen al desempeño de esa labor que las hace susceptibles de merecer la posición preferencial. Así sucede, por ejemplo, cuando la información afecta a un asunto de interés general o hecho noticiable, por la persona a la que incumbe (personaje público) o por la materia de la que trata⁴⁹⁵. Respecto a la libertad de expresión, por su parte, tal cosa sucede cuando las ideas objeto de difusión contribuyen a la formación de la opinión pública, incluyéndose entre estas, no solo los juicios sobre cuestiones políticas o los que se refieren al funcionamiento de las instituciones públicas y sus correspondientes cargos, sino también los que tienen por objeto la crítica del modelo de sociedad y su evolución⁴⁹⁶.

La doctrina de la posición preferencial opera, en estos casos, como una suerte de excepción, que rompe la igualdad entre las normas iusfundamentales, atribuyendo un rango superior a alguno de ellos, algo que el propio sistema justifica más intensamente –consciente de que está «privilegiando» un determinado derecho– en la función que el mismo desempeña en el sistema en su conjunto. Esa posición preferencial da fácilmente pie, como habitualmente ha sucedido en la jurisprudencia constitucional española, a llevar a cabo una peligrosa ponderación entre las libertades antedichas y otros derechos fundamentales colindantes (honor, intimidad, propia imagen, etc.)⁴⁹⁷, de tal manera que cuando éstos concurren con aquéllas, las posibilidades de que dicha

⁴⁹⁵ Véanse ya las primeras SSTC 104/1985, de 17 de julio (FJ 5º), 172/1990, de 12 de noviembre (FJ 2º), 240/1992, de 21 de diciembre (FJ 3º), hasta las más recientes SSTC 18/2015, de 16 de febrero (FJ 5º), 24/2019, de 25 de febrero (FJ 5º), 25/2019, de 25 de febrero (FJ 3º), 27/2020, de 24 de febrero (FJ 2º). Más extensamente sobre esta cuestión, entre otros, DÍAZ BUESO, L.: «La relevancia pública en el derecho a la información», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.66, 2002, pp. 213 y ss.

⁴⁹⁶ SSTC 6/2020, de 27 de enero (FJ 3º), 23/2010, de 27 de abril (FJ 7º). En este mismo sentido, STEDH, de 13 de noviembre de 2003, *Scharsach y News Verlagsgesellschaft c. Austria*.

⁴⁹⁷ Sobre los riesgos que entraña el juicio de ponderación desde el punto de vista de la autorreferencialidad del sistema nos hemos ocupado en el Capítulo II de este trabajo.

ponderación se resuelva a favor de los derechos del art.20 CE aumenta exponencialmente, pues para eso son preferentes⁴⁹⁸.

Así, se llega al pernicioso entendimiento de que el sistema, particularmente los sujetos titulares de derechos fundamentales, tiene que tolerar o admitir ciertas lesiones en los mismos (en su honor, intimidad, etc.) cuando éstas contribuyen a la formación de una opinión pública libre⁴⁹⁹. Se dota, así, a dichas libertades preferenciales de una suerte de capacidad para excepcionar la vigencia de otros derechos fundamentales con las que las mismas colindan, de manera que, por ejemplo, uno tiene derecho al honor *salvo que* su vulneración, por haberla parecido un personaje público, contribuya al fortalecimiento del proceso de comunicación pública y, por tanto, resulte justificada. No obstante, al aparecer bajo el aval de contribuir a la formación de una opinión pública libre –algo que no presenta, *a priori*, visos de nocividad para el sistema democrático– esa prevalencia, en muchas ocasiones, no se percibe como una amenaza, sino al revés (presunción de benignidad).

La doctrina de la posición preferente deviene entonces en una patología cuando termina por conducir a la conclusión de que hay vulneraciones

⁴⁹⁸ Así ha sucedido en los primeros años de la jurisprudencia constitucional, por ejemplo, en las SSTC 120/1983, de 15 de diciembre; 107/1988, de 8 de junio; 171/1990, de 12 de noviembre; 178/1993, y en otras más recientes como las SSTC 51/2008, de 14 de abril; 79/2014, de 28 de mayo; 226/2016, de 22 de diciembre. En efecto, VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: «Artículo 20», en RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER, M.; CASAS BAAMONDE, M.E. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, ob. cit., pp. 582-584 habla de «dos grandes periodos» en la jurisprudencia constitucional española según hayan venido usando la técnica de la ponderación o la de la delimitación.

⁴⁹⁹ Véanse a este respecto las expresiones que utiliza la propia jurisprudencia constitucional para referirse a esa posición preferente como, por ejemplo, el «efecto legitimador» de esas libertades para producir intromisiones en otros derechos fundamentales (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5º; 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3º; 12/2012, de 30 de enero, FJ 6º; 25/2019, de 25 de febrero, FJ 5º, entre otras), la «eficacia justificadora» de las mismas (SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2º; 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 3º; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8º; 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 6º; 25/2019, de 25 de febrero, FJ 7º) o que el «reducto de inmunidad» en que esos otros derechos fundamentales colindantes consisten, «puede ceder» cuando se dan esas notas ya previamente explicadas en el texto (SSTC 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3º; 115/2000, de 5 de mayo, FJ 9º; 190/2013, de 18 de noviembre, FJ 6º, entre otras). Todas ellas, aunque algunas más que otras, transmiten la imagen de que hay vulneraciones lícitas de los derechos fundamentales colindantes.

iusfundamentales que deben ser soportadas en pro de la función sistémica que cumple el ejercicio de las de expresión e información⁵⁰⁰. Ese entendimiento crea la falsa y nociva concepción, no solo de que hay unos derechos fundamentales subordinados a otros, pareciendo estos segundos disponibles para los poderes públicos y menos relevantes para la existencia de un sistema democrático⁵⁰¹, sino que también hay vulneraciones constitucionales –o extralimitaciones en el ejercicio de otros derechos, si lo observamos desde la otra perspectiva– que son beneficiosas y que, en determinados casos, deben ser aceptadas teniendo en cuenta la función que aquéllas pueden desempeñar, algo que es insostenible. El sistema padece enormemente en su autorreferencialidad si admite que operaciones que contravienen sus propias reglas –en este caso, lesiones (sacrificios) de otros derechos– deben ser eventualmente toleradas, aun cuando ello se cobije bajo la falsa apariencia de dotarle de mayor positividad (un proceso comunicativo más libre y plural).

Cosa diferente a lo anterior, y metodológicamente acertada, es considerar el papel que las libertades de expresión e información desempeñan en la tutela de un proceso de comunicación pública libre, abierto y plural, especialmente cuando reúnen ciertas características –las notas previamente mencionadas– como elementos del juicio de proporcionalidad entre aquéllas y sus propios límites que pueden conducir, en último término, a ampliarlos. Esta delimitación, que presupone que ningún derecho se sacrifica en pro de otro, pues donde hay sacrificio de uno no puede haber un ejercicio lícito de otro, es algo sensiblemente diferente a lo anterior.

Es cierto, no obstante, que la *vis expansiva* de estas libertades puede instrumentarse a través de esta vía. Pueden ir eliminándose progresivamente

⁵⁰⁰ En esta línea, BASTIDA FREIJEDO, F. J.: *El régimen jurídico de la comunicación social*, Instituto de Estudios Económicos, 1994, pp.18-19.

⁵⁰¹ En este sentido lo apunta, respecto a la posición preferente, SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J.: «Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión», *Revista de Estudios Políticos*, núm.77, 1992, p. 247.

límites a su ejercicio considerando, por ejemplo, de relevancia pública cada vez una mayor tipología de asuntos o de sujetos⁵⁰², lo que conduciría a declarar constitucional un género mayor de expresiones o informaciones⁵⁰³ y, por tanto, a estrechar el margen de actuación de los derechos fundamentales colindantes (honor, intimidad, propia imagen, etc.). El coste de oportunidad de la expansión de tales derechos es la restricción inevitable que se ejerce sobre otros y ese equilibrio, sumamente complejo, es el que debe medir el sistema, singularmente la jurisdicción.

Si la extensión de las libertades información y expresión, por ejemplo, alcanza una magnitud tal que hace que determinados sujetos o colectivos vean rebajada la eficacia de parte de sus derechos fundamentales —a la intimidad, al honor, al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio, a la propia imagen, etc., sin los cuales tampoco existe sistema democrático— éste padece, no solo porque lo haga el sujeto a nivel particular, sino porque esas mermas pueden operar como desaliento, por ejemplo, para ejercer funciones públicas o representativas, resultando también perjudicado, con ello, el ordenamiento en su conjunto (patología). Esos «niveles» de libertad de expresión o información comenzarían entonces a ser disfuncionales en la medida en que empezasen a afectar al funcionamiento de otros elementos del sistema. Y así sucede, al margen de este supuesto, en todos aquellos casos en que colindan dos o más derechos fundamentales. Lo complejo del asunto, además de la difícil tensión que plantea, es que los resultados de estas disfunciones solo son observados a largo plazo y, en ese sentido, las patologías

⁵⁰² Véase cómo en los inicios de la jurisprudencia constitucional española, la libertad de expresión amparó la difusión de opiniones de contenido ofensivo, con apreciaciones inexactas o injustas en base al interés público de la materia tratada (STC 107/1988, de 8 de junio). No obstante, desde la STC 105/1990, de 6 de junio, ha venido sosteniendo que el insulto no está amparado por la libertad de expresión.

⁵⁰³ El máximo exponente de esta visión que conduce, en último término, a defender el carácter prácticamente irrestricto de la libertad de expresión en un sistema democrático es, por ejemplo, la de MEIKLEJOHN, A.: «The first Amendment is an Absolute», *The Supreme Court Review*, 1961, pp. 245 y ss.

endógenas en las que aquéllas consisten devienen, en el corto, inapreciables o, al menos, más difíciles de detectar.

2.2. Disfuncionalidad por distorsión.

Como se adelantaba en las páginas precedentes, la disfuncionalidad activa de los elementos propios del ordenamiento no se produce, únicamente, porque aquéllos gocen de una *vis expansiva* que amplíe ostensiblemente sus cometidos, sino también porque, sencillamente, vean distorsionada su función originaria. En este caso ya no hay un crecimiento exorbitante de ciertos mecanismos o institutos sino, sencillamente, una degeneración de su función característica. Merced a una deformación operada por el propio ordenamiento, el elemento endógeno en cuestión pasa a desempeñar una función que no es ejecutiva de la identidad del sistema sino al contrario y, en la medida en que ello es así, termina convirtiéndose en una patología endógena. El hecho de que la disfuncionalidad traiga como causa la distorsión explica que las patologías endógenas surgidas a través de esta vía lo hagan, con bastante frecuencia, a través de la propia praxis que suele consolidarse en el sistema si éste no reacciona contra la misma.

Por ejemplo, el principio de separación de poderes, que ha tratado de evitar la concentración del poder en manos de un único órgano del Estado, ha sido históricamente uno de los principios basilares sobre los que se ha apoyado la construcción misma del Estado de Derecho. Sin embargo, tal principio fue usado –originariamente en Francia en el S.XIX– como coartada para justificar la ausencia de fiscalización jurisdiccional de la Administración Pública⁵⁰⁴.

⁵⁰⁴ Véase, en efecto, como la conocida Ley de la Asamblea Constituyente francesa, de 16-24 de agosto de 1790, disponía que «Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs». Posteriormente, el art.3 del Capítulo V de la Constitución francesa de 1791, establecía que «Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions». Sobre esta cuestión, más extensamente, véase HARIOU, M.: *Précis de droit administratif et droit public*, 8ª ed., Sirey, Paris, 1914, pp. 29 y ss.; y, entre nosotros, FERNÁNDEZ

Entendiendo así que el control jurisdiccional de la actividad administrativa era una intromisión del Poder Judicial en el ámbito propio del Poder Ejecutivo, dicha división –que gozaba obviamente de una presunción de benignidad innegable– sirvió justamente para sustraer a este de la fiscalización de aquél. Bajo el lema de que «juger à l'Administration c'est encore administrer»⁵⁰⁵, el principio de separación de poderes fue usado para defender la autotutela de la Administración Pública, algo que en sí mismo constituía una amenaza para el Estado de Derecho que se quería defender, que exige controlar la actividad administrativa por órganos independientes (jurisdicción) –y, por ende, sujetos únicamente al imperio de la ley– y no por aquellos que son juez y parte en el proceso.

En épocas más recientes, podemos encontrar igualmente distintos ejemplos de disfuncionalidad por distorsión, muchos de ellos vinculados al ámbito parlamentario, por la incidencia que en su funcionamiento ha tenido el sistema de partidos. El más claro quizá lo constituya aquella que sufren las mayorías cualificadas. Como es bien sabido, las mismas suponen una quiebra al principio de equivalencia de las opciones característico del sistema democrático, dado que favorecen el mantenimiento del *statu quo* frente al cambio⁵⁰⁶. Sin embargo, aquél las establece con el afán de lograr el mayor acuerdo político posible acerca de una determinada cuestión, incorporando a las minorías a la decisión para llegar a una solución de consenso⁵⁰⁷. Así, por ejemplo, cuando

RODRÍGUEZ, T.R.: *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991, pp. 25 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Revolución francesa y Administración Contemporánea*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1994, pp. 41 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 18ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2017, pp. 550 y ss., entre otros.

⁵⁰⁵ La frase se debe originariamente a Henrion de Pansey, quien fue el Presidente de la Cour de Cassation francesa, en su obra *De la autorité judiciaire en France*, 3ª ed., Théophile Barrois Père, Paris, 1827.

⁵⁰⁶ DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., pp.59-60; BÖCKENFÖRDE, E. W.: *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, ob.cit., p. 93.

⁵⁰⁷ MOLAS BATLLORI, I.: «La oposición en el parlamentarismo mayoritario», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm.2, 1989, p.54; BASTIDA FREIJEDO, F.: «La soberanía borrosa: la democracia», ob. cit., p. 443. La propia jurisprudencia constitucional, en efecto, ha

aquella afecta a elementos fundamentales del propio sistema democrático⁵⁰⁸, lo cual exige que su alteración no se deje únicamente al albur de la mayoría sino al compromiso de una mayor concurrencia de voluntades; lo que explica, entre otras cosas, que aquéllas estén presentes en la reforma de la Constitución, singularmente, en el procedimiento agravado (art.168 CE). En otras ocasiones, esa finalidad consiste en dotar de imparcialidad a órganos del Estado cuyos miembros son nombrados a través de las mismas, como puede ser el caso del Tribunal Constitucional (art.159.1 CE), el Defensor del Pueblo (art.2.4 LODP), el Consejo General del Poder Judicial (art.122.1 CE y art.567 LOPJ) o el Tribunal de Cuentas (art.30 LOTCu). Su función en estos casos no es otra sino despolitizar la elección de que se trate, al hacer que sea reflejo, no de la voluntad de la fuerza política mayoritaria sino de un acuerdo relativamente generalizado entre las presentes en sede parlamentaria. Aquéllas están llamadas a ser, en suma, garantía de la neutralidad del nombramiento, evitando la politización de instituciones del Estado que carecen de extracción política.

Las mayorías cualificadas desempeñan, entonces, una función ejecutiva de la identidad del sistema democrático en la medida en que tratan de lograr el consenso o el compromiso político en determinadas decisiones que resultan nucleares para la conservación de aquella. Sin embargo, se tornan disfuncionales

puesto de relieve que «aun cuando efectivamente sea esta la norma generalmente seguida en los procedimientos parlamentarios [mayoría simple], no cabe excluir que en algunos de ellos, en aras de obtener un mayor consenso, para proteger más eficazmente los derechos e intereses de las minorías, o con otro objeto razonable, se exijan mayorías cualificadas» (SSTC 179/1989, de 2 de noviembre, FJ 7º; 238/2012, de 13 de diciembre, FJ 4º; 185/2016, de 3 de noviembre, FJ 5º; 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 5º). De todos modos, ha considerado que la instauración de esa «democracia de acuerdo» a que conducen las mayorías cualificadas debe ser excepcional y para supuestos tasados. Véanse, entre otras, las SSTC 5/1981, 13 de febrero (FJ 21º); 33/1993, de 1 de febrero (FJ 3º); 127/1994, de 5 de mayo (FJ 3º); 124/2003, de 19 de junio (FJ 11º); 136/2011, de 13 de septiembre (FJ 5º); 184/2012, de 17 de octubre (FJ 9º); 212/2012, de 14 de noviembre (FJ 11º); 31/2018, de 10 de abril, FJ 7º).

⁵⁰⁸ En este sentido, SSTC 31/2010, de 28 de junio (FJ 6º); 163/2012, de 20 de septiembre (FJ 9º); 224/2012, de 29 de noviembre (FJ 11º). En sede doctrinal, entre otros, BÖCKENFÖRDE, E. W.: *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, ob. cit., pp.93-95; DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., pp. 60-61; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: «La posición de las minorías en el Estado democrático», en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (Ed.): *Decidir por mayoría*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp.106-107.

(por distorsión) cuando, por un lado, dejan de ser herramientas de consenso para tornarse en mecanismos de bloqueo a través de los cuáles la minoría toma de rehén a la mayoría pertinente, imposibilitando con ello la toma de las correspondientes decisiones y estancando en consecuencia el funcionamiento del propio sistema⁵⁰⁹. Por otro lado, cuando el consenso político a que aquéllas conducen se transforma en simple reparto proporcional, singularmente cuando las mismas se prevén para el nombramiento de ciertas instituciones del Estado, como previamente se apuntó.

La consecución de un acuerdo amplio acerca de la elección se sustituye así, en estos casos, por una distribución de cuotas entre las diferentes fuerzas políticas del arco parlamentario, de forma que las minorías aceptan a los candidatos propuestos por la mayoría con el fin de que, a su vez, ésta respete su propia cuota. La voluntad única que pretende conseguirse con la mayoría cualificada deja paso a una indeseable representatividad plural que resucita el partidismo que aquélla pretendía ahuyentar, disfunción de la que ya alertó tempranamente el propio Tribunal Constitucional⁵¹⁰. Cuando tal cosa sucede, ya no hay candidatos que conciten el acuerdo de la mayor parte del arco

⁵⁰⁹ Apuntan este riesgo, entre otros, BASTIDA FREIJEDO, F.: «La soberanía borrosa: la democracia», ob. cit., p. 443; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: «La posición de las minorías en el Estado democrático» y EXPÓSITO, E.: «Mayorías en el Estado constitucional», ambas en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (Ed.): *Decidir por mayoría*, ob. cit., p. 107 y p.91, respectivamente. Aquella finalidad obstruccionista fue puesta de relieve, asimismo, por la STC 238/2012, de 13 de diciembre (FJ 7º); si bien el Tribunal entendió que, aunque fuera una posibilidad indeseable para el funcionamiento del sistema, no por ello la norma que preveía tales mayorías debía reputarse inconstitucional.

⁵¹⁰ En las SSTC 108/1986, de 29 de julio (FJ 13º), 238/2012, de 13 de diciembre (FJ 8º), puso de manifiesto que «se corre el riesgo de *frustrar la finalidad señalada de la Norma constitucional* si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiendan solo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial».

parlamentario sino representantes de las distintas fuerzas políticas en instituciones que no están llamadas a expresar la voluntad de los electores⁵¹¹.

Esta patología endógena es perniciosa, como es lógico, toda vez que se produce, pero resulta particularmente nociva cuando afecta al ámbito jurisdiccional. Tal es el caso de los nombramientos del Tribunal Constitucional⁵¹², del Tribunal de Cuentas o, singularmente, del Consejo General del Poder Judicial⁵¹³ que, entre otras cosas, designa al Presidente de este órgano y del Tribunal Supremo, al Vicepresidente de éste a los magistrados, jueces y Magistrados del Tribunal Supremo, a dos Magistrados del Tribunal Constitucional, etc. (art.560 LOPJ). En tales casos, la disfuncionalidad por distorsión que sufren las mayorías cualificadas conduce a politizar los nombramientos de tales órganos y, con ellos, el ejercicio de la propia función jurisdiccional. De esta manera, en vez de ser aquéllas instrumentos al servicio de la independencia de tales órganos –al perseguir la neutralidad política en la designación de sus cargos– terminan por convertirse en útiles correas de transmisión entre los partidos políticos y la jurisdicción (disfunción) atacando así a uno de los pilares básicos del Estado de Derecho como es la independencia

⁵¹¹ PRESNO LINERA, M.A.: *Los partidos políticos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel, Barcelona, 2000, pp.176-181.

⁵¹² Sobre la política de cuotas en el sistema de nombramientos del Tribunal ya se pronunciaron, entre otros, RUBIO LORENTE, F.: *La Forma del poder (Estudios sobre la Constitución Española)*, ob. cit., pp. 442-445; FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La estructura orgánica del Tribunal Constitucional», en TRUJILLO, G.; LÓPEZ GUERRA, L.; GONZÁLEZ- TREVIJANO, P. (Coords.): *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, CEPC, 2000, pp. 440-443; ALZAGA VILLAMIL, O.: «Sobre la composición del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.10-11, 2002-2003, pp. 173-177; GARCÍA ROCA, J.: «La selección de los Magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm.15, 2012, pp. 22-25; AGUIAR DE LUQUE, L., FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: «Encuesta sobre la renovación del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 47-48 y p.33

⁵¹³ Sobre la política de cuotas en el Consejo General del Poder Judicial, véanse, entre otros, PRESNO LINERA, M.A.: *Los partidos políticos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, ob. cit. pp.176-181; SERRA CRISTÓBAL, R.: «La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Una propuesta de Consejo más integrador e independiente», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.31, 2013, p.302; la «Encuesta sobre la independencia del Poder Judicial», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, pp. 29-37; GÓMEZ COLOMER, J.: «Sobre el nombramiento del Presidente y de los vocales del Consejo General del Poder Judicial. Una reflexión desde el sentido común», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm., 44, 2019, p.223.

judicial (art.117 CE). Un elemento puesto al servicio de la identidad del sistema termina, así pues, volviéndose en su contra. La autoinmunidad resulta acreditada.

3. PATOLOGÍAS GESTADAS POR DISFUNCIONALIDAD PASIVA.

La disfuncionalidad de los elementos endógenos y, por tanto, las patologías, no se ocasionan únicamente cuando aquellos pasan a desempeñar funciones distintas de las que sistémicamente tienen atribuidas, como se expuso previamente, sino también cuando no son capaces de amoldarse al dinamismo y evolución del sistema en el que se insertan para continuar desarrollando las que les corresponden (disfunción pasiva) y, por tanto, para seguir colocándose al servicio de aquél. En este caso, lo nocivo es su falta de readaptación o regeneración, que es la que les conduce a permanecer enquistadas en el ordenamiento sin contribuir, o haciéndolo en pequeña medida, a expresar y mantener su identidad.

3.1. Inoperancia de ciertos mecanismos o instituciones del sistema.

La falta de readaptación de ciertos elementos del sistema se aprecia, con cierta facilidad, al hilo de determinados mecanismos o instituciones que, merced al dinamismo de aquél, han visto mermada o, sencillamente, neutralizada la función que tenían asignada. En estos casos, el ordenamiento debe ser capaz de detectar la falta de eficacia de que adolecen sus mecanismos o instituciones en aras a reactivarla para que puedan seguir desempeñando la función que nutre su propia identidad.

El ejemplo paradigmático, quizá, de esta disfuncionalidad pasiva podría ser la crónica inoperancia de los mecanismos ordinarios de control parlamentario del Gobierno (art.66.2 CE). Como es bien sabido, en un sistema democrático, la función de dirección política no debe resultar controlable

jurisdiccionalmente –solo debe verificarse a estos efectos el respeto a las normas de procedimiento para adoptar las correspondientes decisiones– so pena de crear un Gobierno de los jueces. Tal cosa no supone que la actividad política devenga incontrolable, sino que ésta debe ser, también, objeto de una fiscalización de esa misma naturaleza. Ese es justamente el papel del control parlamentario del Gobierno. Lo que sucede es que, debido a la influencia de los partidos políticos sobre el principio de separación de poderes, ese control político se diluye si se articula verdaderamente como un control del Parlamento sobre el Gobierno, debido al *continuum* político entre tales órganos merced a la mayoría parlamentaria que sustenta a ambos. En aras de evitar que la actividad política devenga incontrolable y, por tanto, que esa situación se convierta en una patología en un sistema democrático, el sistema debe reaccionar impulsando el papel de las minorías de forma tal que la actividad de control ya no sea aquella que el Parlamento ejerce sobre el Gobierno sino la que la minoría ejerce sobre la mayoría parlamentaria⁵¹⁴.

Esa labor de control ostenta una ineludible función de crítica –al poner de manifiesto las situaciones críticas de la fuerza política mayoritaria– y de contraste –mostrando una voluntad política alternativa capaz de movilizar *pro futuro* al electorado⁵¹⁵–. Esa es la función ejecutiva de la identidad del sistema

⁵¹⁴ La conexión entre control parlamentario y minoría se ha puesto de manifiesto en nuestra doctrina, entre muchos otros, por RUBIO LLORENTE, F.: *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, ob. cit., p.257.; ARAGÓN REYES, M.: «El control parlamentario como control político», *Revista de Derecho Político*, núm.23, 1986, p. 29; LÓPEZ AGUILAR, J. F.: *La oposición parlamentaria y el orden constitucional. Análisis del estatuto de la oposición en España*, CEC, Madrid, 1988; SÁNCHEZ NAVARRO, A.: *La oposición parlamentaria*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, pp.111 y ss.; LÓPEZ GUERRA, L.: «El control parlamentario como instrumentos de las minorías», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm.8, 1996, pp.81 y ss. En sentido contrario, al identificar control con sanción y, así, con decisión mayoritaria, EMBID IRUJO, A.: «El control parlamentario del Gobierno y el principio de la mayoría parlamentaria. Algunas reflexiones», *Revista de las Cortes Generales*, núm.25, 1992, pp.7 y ss.

⁵¹⁵ Así, SCHNEIDER, H.: «El Gobierno como parte del poder ejecutivo en la República Federal de Alemania», en *Democracia y Constitución*, CEC, Madrid, 1991, p.165. No comparten esta visión aquellos autores, como SANTAOLALLA, F.: *El Parlamento y sus instrumentos de información (preguntas, interpelaciones y Comisiones de Investigación)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, que consideran que el control debe generar la imposición directa

(parlamentario) que debe desempeñar la institución del control político en esta sede y la que dota, por tanto, de eficacia al principio democrático. El problema surge, sin embargo, cuando el sistema sigue anclado en esa noción originaria del control parlamentario y disciplina los correspondientes instrumentos como si el Parlamento controlase verdaderamente al Gobierno pues ello, merced al sistema de partidos, conduce a dejar la operatividad de los mismos en manos de la voluntad del controlado –la mayoría parlamentaria– quien previsiblemente tratará de neutralizar la actividad de control⁵¹⁶.

Esta disfuncionalidad pasiva se aprecia con notable claridad, por ejemplo, al hilo de las Comisiones de Investigación (art.76 CE), desde el momento en que tanto su creación⁵¹⁷ como su propio funcionamiento⁵¹⁸ quedan en manos de la mayoría parlamentaria⁵¹⁹; a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos como el alemán donde la creación de aquéllas se deja, coherentemente, en manos de la minoría⁵²⁰. De ahí que, por ejemplo, ni en la

de sanciones. De ahí que califique a diversos mecanismos de control parlamentario ordinario como mecanismos de información de las Cámaras.

⁵¹⁶ PRESNO LINERA, M.A.: *Los partidos políticos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel, Barcelona, 2000, p.204.

⁵¹⁷ En el Congreso, es el Pleno quien puede acordar la creación de la Comisión de Investigación a propuesta del Gobierno, de la Mesa, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la Cámara (art.52.1 RC) y en el Senado, éste a propuesta del Gobierno o de veinticinco senadores que no pertenezcan al mismo Grupo Parlamentario (art.59.1 RS).

⁵¹⁸ La composición de las Comisiones de Investigación debe respetar la importancia numérica de los grupos parlamentarios presentes en las Cámaras (art.40.1 RC; art.51.1 RS), debiendo sus decisiones adoptarse, además, través del criterio del voto ponderado (art.52.3 RC y art.100.4 RS), lo que claramente perjudica a las minorías que son las verdaderas interesadas en investigar.

⁵¹⁹ La clásica crítica de aquéllas como «instrumentos de gobierno de la mayoría» apuntada por PACE, A.: *Il potere d'inchiesta delle Assemblee Legislative*, Giuffrè, Milán, 1973, pp. 103 y ss., se comparte, entre nosotros, entre otros por MONTERO GIBERT, J. R.: *El control parlamentario*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 86-87; TORRES MURO, I.: *Las comisiones parlamentarias de investigación*, CEPC, Madrid, 1998, pp.17-42; TORRES BONET, M.: *Las comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del Gobierno*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1999, pp. 211-215; PRESNO LINERA, M.A.: *Los partidos políticos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, ob. cit., pp.212-213; FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: «El control parlamentario y su regulación en el ordenamiento jurídico español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.60, 2000, p.106; GARCÍA MAHAMUT, R.: «¿El reconocimiento del derecho de la minoría a crear Comisiones de investigación resultaría suficiente para un ejercicio eficaz del control parlamentario?», *Cuadernos de Derecho Público*, núm.17, 2002, pp.27 y ss.

⁵²⁰ El art.44.1 GG establece que el Bundestag debe crear una Comisión de Investigación cuando así lo soliciten una cuarta parte de sus miembros. Véase más extensamente sobre esta cuestión,

IX (2008-2011) ni en la X Legislaturas (2011-2015) hayan logrado crearse Comisiones de Investigación –a pesar de haberse presentado en esta última, por ejemplo, 26 solicitudes–⁵²¹.

Algo muy similar sucede con las peticiones de comparecencia de los miembros del Gobierno ante las Cámaras (art.110 CE) pues, aunque la minoría puede solicitar las mismas⁵²², la decisión final se toma por acuerdo de la Mesa de la Cámara y de la Junta de Portavoces, órganos de clara impronta mayoritaria. No resulta, por tanto, sorprendente, que en la X Legislatura (2011-2015), de 163 de solicitudes de comparecencia del Gobierno ante el Pleno se hayan rechazado nada menos que 112⁵²³. Otro ejemplo de la misma inercia podrían ser las interpelaciones pues la mayoría no solo dispone de un cupo mayor de aquéllas –dado que se atiende a criterios de proporcionalidad para la asignación–⁵²⁴ sino que también goza, en la práctica, de prioridad temporal para plantearlas –al otorgarse generalmente preferencia a quien menos haya dispuesto de las mismas que será, previsiblemente, la mayoría–⁵²⁵.

ELVIRA PERALES, A.: «Las Comisiones de Investigación en el Bundestag. Un estudio de jurisprudencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.19, 1987, pp. 263 y ss.

⁵²¹ A juzgar por los datos que figuran en la web del Congreso, disponibles aquí: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/Indice%20de%20Iniciativas?_piref73_1335503_73_1335500_1335500.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VE RLST&BASE=IW10&FMT=INITXLUS.fmt&DOCORDER=FIFO&OPDEF=Y&QUE RY=\(I\).ACIN1.+%26+\(156\).SINI.&DOCS=1-25](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/Indice%20de%20Iniciativas?_piref73_1335503_73_1335500_1335500.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VE RLST&BASE=IW10&FMT=INITXLUS.fmt&DOCORDER=FIFO&OPDEF=Y&QUE RY=(I).ACIN1.+%26+(156).SINI.&DOCS=1-25) (última consulta el 30 de abril de 2020).

⁵²² La iniciativa le corresponde a dos Grupos parlamentarios o a la quinta parte de los miembros de la Cámara o de la Comisión (art.203.1 RC).

⁵²³ Estos datos han sido extraídos de la *Memoria de la X Legislatura (2011-2015)*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2016 disponible aquí: https://app.congreso.es/est_memoriaIX/ (última consulta el 30 de abril de 2020).

⁵²⁴ La ratio en el Congreso es una «por cada diez Diputados o fracción perteneciente al mismo» (art.182.2 RCD). Crítico con esta regulación se muestra, por ejemplo, GARCÍA MORILLO, J.: *El control parlamentario del Gobierno en el ordenamiento jurídico español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1995, pp.169-170. En sentido contrario, MOLERO ALONSO, D.: *Las interpelaciones parlamentarias*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003, quien considera que el criterio de representatividad, para la asignación de interpelaciones, es consustancial al sistema democrático y que favorece al grupo mayoritario de la oposición. También, entre otros, GARCÍA ROCA, J.: «El control del Gobierno desde la perspectiva individual del parlamentario (y a la luz del art.23.2 CE)», *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm.25, 1992, p. 205.

⁵²⁵ En el Congreso, tienen preferencia las interpelaciones presentadas por los Diputados o Grupos Parlamentarios que en el correspondiente periodo de sesiones no hubiesen consumido el cupo anterior (art.182.2 RCD) y, en el Senado, a las presentadas por los Senadores «que hubieran utilizado menos este derecho en el correspondiente periodo de sesiones» y, en caso de empate, a

En definitiva, la función que están llamados a desempeñar los mecanismos de control parlamentario ordinario se ve extraordinariamente mermada al estar regulado su ejercicio siguiendo la lógica Parlamento-Gobierno en vez de la de mayoría-minoría, lo que conduce a dejar su operatividad en manos de quien es justamente el objeto de control (disfunción). El ordenamiento debe reaccionar contra esta situación teniendo en cuenta el impacto que sobre el mismo ha tenido el sistema de partidos, potenciando así el papel de las minorías de cara a que aquéllos puedan servir para fiscalizar políticamente a quien efectivamente ejerce el poder, pues solo así podrán seguir desempeñando una función que se ponga al servicio de la identidad del ordenamiento democrático.

Ahora bien, el problema de adaptación que ahora ocupa se agrava porque hay situaciones en las que al ordenamiento no le resulta tan sencillo dirimir si debe adaptarse a nuevas circunstancias o si esa adaptación le conduciría a desnaturalizar aspectos importantes de su propia identidad introduciendo lo que serían, en este caso, patologías exógenas en cuanto cuerpos extraños para la misma. La cuestión aumenta, entonces, notablemente su complejidad, pues no resulta fácil identificar cuál es la patología: si la falta de adaptación o ésta misma. Donde, de una parte, puede verse regeneración, de otra, quizás, la incorporación de lo que, a la larga, podrían convertirse en elementos anómalos para el sistema. Esta tensión se aprecia, siguiendo dentro del ámbito parlamentario, por ejemplo, en la incorporación de la posibilidad de celebrar plenos telemáticos. La regulación actual no contempla esa opción⁵²⁶. Sin embargo, la reciente crisis

«aquél que pertenezca al Grupo Parlamentario de mayor importancia numérica» (art.172 RS). La mayoría que, previsiblemente, habrá dispuesto menos de estos instrumentos y que, además, puede repartirlas entre los parlamentarios de su Grupo que menos hayan intervenido, puede recurrir a las mismas para zafarse de la potencial fiscalización de la minoría. Así lo denuncian, entre otros, ARCE JANÁRIZ, A.: «Insuficiencias del control parlamentario en las Comunidades Autónomas», en *Informe de Comunidades Autónomas*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1996, p. 646; PRESNO LINERA, M.A.: *Los partidos políticos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, ob. cit., p.210; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Ariel, Barcelona, 2000, pp.131-132.

⁵²⁶ La posibilidad no está expresamente prevista pero tampoco parece esta expresamente proscrita. El art.79 CE establece, en su primer apartado, que «para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros» y, en el

originada por la pandemia del Covid-19 ha puesto de manifiesto las dificultades a las que se enfrenta la labor parlamentaria presencial en unas circunstancias extraordinarias.

La eventual previsión de esta opción⁵²⁷ puede verse entonces como un intento de adaptación del sistema al entorno que busca dotar de eficacia al derecho de participación en los asuntos públicos (art.23 CE) y, con ello, al principio democrático, evitando así la disfuncionalidad pasiva de las instituciones representativas en la que podrían caer cuando tuvieran lugar circunstancias adversas; y, al mismo tiempo, como la incorporación de un elemento extraño que podría contribuir a la paulatina desnaturalización del propio principio democrático (patología exógena)⁵²⁸. Y es que, la jurisprudencia constitucional ha subrayado que la presencialidad es un elemento esencial para el debate y la discusión parlamentarios y, con ello, para la adecuada formación de la voluntad de la Cámara⁵²⁹, de manera que aquélla resulta un elemento nuclear del parlamentarismo y del propio *ius in officium* de los representantes (art.23.2 CE)⁵³⁰.

segundo, que «para ser válidos, deberán ser aprobados por la mayoría de los miembros presentes (...)». No obstante, esa asistencia no parece necesariamente incompatible con el carácter telemático de las reuniones. Esa presencialidad se hace más clara, sin embargo, en el art.70.2 RCD, que establece que «los discursos se pronunciarán personalmente y de viva voz. El orador podrá hacer uso de la palabra desde la tribuna o desde el escaño».

⁵²⁷ Véase, por ejemplo, la Proposición de reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados por la que se habilita la posibilidad de llevar a cabo la actividad parlamentaria por medios telemáticos de manera temporal y en situaciones extraordinarias, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común (BOCD, serie B, núm.80-1, de 17 de abril de 2020).

⁵²⁸ Se dice patología exógena porque los plenos telemáticos no forman parte de la fisiología originaria del ordenamiento democrático ni están previstos constitucionalmente. Se introducirían entonces por vía infraconstitucional en la medida en que fuese posible asignarles una función al servicio de la identidad del sistema (patología *prima facie*). Ahí entrarían en juego las demostraciones positivas y negativas de funcionalidad a las que se aludió en el Capítulo III que, en este caso, pasarían por explicar qué gana el ordenamiento incorporando este elemento y qué pierde no haciéndolo.

⁵²⁹ STC 19/2019, de 12 de febrero (FJ 4º).

⁵³⁰ Esto explica el diferente tratamiento que la no presencialidad puede tener en otros órganos colegiados del Estado ajenos al ejercicio de la función representativa, como el Consejo de Ministros –véase la DF 2º del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, que le autoriza a reunirse excepcionalmente de forma telemática– o el propio Tribunal Constitucional.

No obstante, no es menos cierto que el Tribunal hizo esas consideraciones al hilo de un asunto distinto al que ahora nos ocupa –investidura telemática de un candidato autonómico– y que es distinto prever tal posibilidad sin condicionantes que supeditarla al acaecimiento de circunstancias extraordinarias o sustancialmente graves durante un tiempo limitado⁵³¹. Esa sería, en su caso, la función beneficiosa que excepcionalmente pudieran cumplir los plenos telemáticos (patología *prima facie*) de la que no deberían entonces separarse –por ejemplo, generalizando su uso– para resultar justificables en el seno del sistema democrático (deber de vigilancia). En todo caso, resulta indudable que la necesidad de adaptación del ordenamiento puede ocasionar, a veces, tensión con la conservación de la propia identidad del sistema.

3.2. Obsolescencia de regulaciones o interpretaciones de derechos.

En el plano de los derechos es, quizá, donde se aprecia con mayor facilidad la adaptación de los elementos del sistema al dinamismo que reviste su propia identidad. Piénsese, por ejemplo, en todos los cambios que la sociedad digital del S.XXI introduce el ejercicio de los derechos fundamentales y sus límites, singularmente en el derecho a la intimidad, a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones, a las libertades de expresión e información, etc. El ordenamiento debe regenerarse en aras de que sus propios elementos, en este

⁵³¹ En estos términos se ha modificado, por ejemplo, el art.46 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local a través del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (DF 2º) que prevé la posibilidad de que «en situaciones excepcionales de fuerza mayor, de grave riesgo colectivo, o catástrofes públicas que impidan o dificulten de manera desproporcionada el normal funcionamiento del régimen presencial de las sesiones de los órganos colegiados de las Entidades Locales, estos puedan constituirse, celebrar sesiones y adoptar acuerdos telemáticamente, siempre que sus participantes se encuentren en España y quede acreditada su identidad». Así, algunos Parlamentos autonómicos han introducido igualmente esta posibilidad. Véase, por ejemplo, el art.84 bis del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha o el art.82.2 del Reglamento del Parlamento de Canarias, recientemente reformados.

caso los derechos fundamentales, conserven su eficacia en un medio social que es sustancialmente distinto al de 1978.

Esta labor de actualización y reciclaje se instrumenta tanto a través de la vía legislativa como de la interpretativa o jurisprudencial. Y en este último caso, permítase la aclaración, de lo que se trata no es de desarrollar interpretaciones evolutivas que tiendan más a reescribir el texto constitucional que a interpretarlo⁵³², al hacerlo en base a criterios externos (sociales, antropológicos, valorativos...) y no internos del propio ordenamiento (criterios de interpretación jurídica). Ese componente regenerativo se alcanza interpretando el texto constitucional conforme al criterio de «fuerza normativa de la Constitución»⁵³³. En la medida en que ésta quiere verse «actualizada», se hace preciso interpretar las normas de manera que se obtenga la mayor eficacia de aquélla en cada caso, para lo que necesariamente deben tenerse en cuenta las circunstancias particulares de cada uno de ellos que son, en efecto, las que cambian con la evolución del medio social.

Véase, por ejemplo, cómo muy recientemente el Tribunal Constitucional ha declarado que la exhibición de una imagen en una determinada red social tan solo implica el consentimiento del usuario para que aquélla sea observada en los términos y en el lugar que él ha elegido (perfil, muro, etc.)⁵³⁴. No es, por tanto,

⁵³² De esta cuestión nos hemos ocupado en el Capítulo I del presente trabajo, cuando abordamos la jurisdicción constitucional.

⁵³³ En los términos expuestos por HESSE, K.: *Escritos de Derecho Constitucional*, ob. cit., p.69.

⁵³⁴ STC 27/2020, de 24 de febrero. Sobre el impacto de las nuevas tecnologías sobre el derecho a la propia imagen, véanse, entre otros, GÓMEZ CORONA, E.: «Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e internet», en COTINO HUESO, L.: *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Universidad de Valencia, 2011, pp. 444 y ss.; CONTRERAS NAVIDAD, S.: *La protección del honor, la intimidad y la propia Imagen en internet*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012; MARTÍNEZ OTERO, J.M.: «Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 2016, pp.119 y ss.; DÍAZ ESPINOSA, A.: «Las redes sociales como reto para los derechos de la personalidad y la protección de datos», en CHUECA, R. (Coord.): *Las fronteras de los derechos fundamentales en la Constitución normativa*, CEPC, Madrid, 2019, pp. 339 y ss. Más en particular, véase el trabajo de ELVIRA PERALES, A.: «La elasticidad del artículo 18 CE: apuntes», en ARAGÓN REYES, M., JIMÉNEZ CAMPO, J., AGUADO RENEDO, C., LÓPEZ CASTILLO, A., GARCÍA GUERRERO, J. L. (Dirs.): *La Constitución de los españoles: estudios en homenaje a Juan José Solozábal Echavarría*, CEPC,

equivalente a la prestación de consentimiento para que la misma pueda ser utilizada por terceros, deviniendo así su uso no expresamente autorizado en una lesión al derecho fundamental a la propia imagen (art.18.1 CE); problema éste –y solución– que no se hubiera planteado en una sociedad analógica en la que el derecho a la propia imagen se vinculase, a este respecto, a la mera captación física de imágenes, generalmente por los medios de comunicación, y no al uso de las que circulan en redes sociales, incluso bajo perfiles públicos.

Véase, igualmente, cómo el concepto actual de domicilio, el cual es inviolable (art.18.2 CE)⁵³⁵, ya no puede identificarse únicamente con la vivienda del particular, pues el cambio social, la movilidad de los sujetos y la heterogeneidad de formas de vida contemporáneas han demandado al sistema una progresiva adaptación del concepto para que el derecho fundamental pueda seguir desplegando su eficacia. La jurisprudencia constitucional española ha entendido que «el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima».⁵³⁶ Y eso puede suceder, por ejemplo, en la habitación de un hotel⁵³⁷, en el garaje y trastero anexos a una vivienda⁵³⁸, en una residencia militar⁵³⁹ o en una vivienda no habitada en el momento del registro⁵⁴⁰. Esta

Madrid, 2019, pp. 635 y ss., pues en él se pone de manifiesto cómo los propios avances sociales han ido contribuyendo a reciclar el contenido de dicho precepto que es, como la autora indica, uno de los que más readaptaciones ha sufrido debido a los propios cambios sociales y, fundamentalmente tecnológicos, impensables en el momento de aprobarse la Constitución.

⁵³⁵ Sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio pueden consultarse, entre otros, la monografía de MATÍA PORTILLA, F. J.: *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, McGraw-Hill Interamericana de España, 1997, y el reciente estudio detallado de BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: «La inviolabilidad del domicilio», en PENDÁS, B. (Dir.): *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, Vol. 3, ob. cit., pp.2221 y ss. Para una síntesis del mismo, véase también ALCÁ CER GUIRAO, R.: «Artículo 18.2. El derecho a la inviolabilidad del domicilio», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.; CASAS BAAMONDE, M.E. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Vol. I., ob. cit., pp. 530 y ss.

⁵³⁶ SSTC 22/1984, de 17 de febrero (FJ 5º); 137/1985, de 17 de octubre (FJ 2º); 10/2002, de 17 de enero (FJ 2º), 32/2019, de 28 de febrero (FJ 5º).

⁵³⁷ STC 10/2002, de 17 de enero (FJ 8º).

⁵³⁸ STC 171/1999, de 27 de septiembre (FJ 9º)

⁵³⁹ STC 189/2004, de 2 de noviembre (FJ 2º)

⁵⁴⁰ STC 94/1999, de 31 de mayo (FJ 5º).

evolución se aprecia aun más en la jurisprudencia del TEDH que ha considerado domicilio a una gama aún mayor de espacios donde puede desenvolverse la vida privada, tales como las caravanas y otro tipo de residencias móviles⁵⁴¹, cabinas o bungalows estacionados, independientemente de la licitud de la ocupación del territorio⁵⁴²; entendiéndose que también son domicilio los locales de negocio de un sujeto, como su oficina profesional⁵⁴³, una notaría⁵⁴⁴ o el local de un periódico⁵⁴⁵, entre otros.

Sin embargo, lo que sucede en otras ocasiones, y esa es la disfunción (pasiva), es que el sistema conserva regulaciones o interpretaciones de derechos fundamentales que no se han adaptado al dinamismo que reviste su propia identidad, enquistándose como elementos anacrónicos que difícilmente desempeñan ya función alguna al servicio del ordenamiento en el que habitan (patología) o, al menos, como elementos que podrían desplegar una mayor eficacia en el medio social si fuesen comprendidos de una manera renovada. El sistema, al no acometer ese reciclaje, incluso perpetuando en ocasiones esa disfuncionalidad pasiva de que aquéllos adolecen, pierde eficacia.

Entre los diversos ejemplos que podrían ofrecerse –no es este el lugar para señalarlos todos sino para poner de manifiesto este fenómeno– podría destacarse el mantenimiento en pleno S. XXI, por parte de la legislación electoral, tanto de la jornada de reflexión, durante la cual no puede difundirse propaganda electoral ni solicitarse el voto (art.53 LOREG), como de la prohibición de publicar y difundir o reproducir encuestas cinco días antes de las elecciones (art.69.7 LOREG). Respecto a la primera cuestión, inexistente, por cierto, en otros ordenamientos como el inglés o el norteamericano, está pensada teóricamente para garantizar la libertad del electorado de forma que no se

⁵⁴¹ STEDH, de 18 de enero de 2001, *Chapman c. Reino Unido*.

⁵⁴² STEDH, de 17 de octubre de 2013, *Winterstein y otros c. Francia*; de 24 de abril de 2012, *Yordanova y otros c. Bulgaria*.

⁵⁴³ STEDH, de 16 de diciembre de 1992, *Niemietz c. Alemania*.

⁵⁴⁴ STEDH, de 9 de junio de 2016, *Popovi c. Bulgaria*.

⁵⁴⁵ STEDH, de 18 de abril de 2013, *Saint-Paul Luxembourg S.A. c. Luxemburgo*.

perturbe o condicione su reflexión y, por tanto, su voto antes de los comicios. Sin embargo, la misma resulta innecesaria en la sociedad del S.XXI. En primer lugar, dicha regulación parte de la base de que existe una reflexión racional previa a la emisión del voto y ese es el fundamento último de no alterarla, cuando el ejercicio del derecho de sufragio no es, ni tiene por qué jurídicamente ser, resultado de un cuidado e informado proceso racional.

En segundo lugar, la libertad de los electores no se vería menoscabada si los candidatos pudieran solicitar su voto y difundir propaganda durante el día anterior a las elecciones. Eso es, en efecto, lo que sucede durante toda la campaña electoral, incluso antes de la misma, y no se duda de que, en tales momentos la libertad del electorado se vea garantizada. En todo caso, forma indudablemente parte de su libertad no atender a dichas peticiones e información (en la jornada de reflexión y en el resto del año). Además, no resulta descartable que pudiera haber sucesos relevantes acaecidos esas horas previas a las elecciones que resultasen de interés público y, por tanto, que afectasen al derecho a recibir información (art.20.1 d CE)⁵⁴⁶. En tercer lugar, las redes sociales siguen en movimiento también esas 24 horas antes de las elecciones, de forma que la publicidad electoral e información acerca de las mismas no se detiene, seguramente se intensifica, durante la jornada de reflexión, merced, fundamentalmente, a la actividad de los militantes, simpatizantes de los partidos políticos y resto de electores. Además, aunque se prohíba difundir propaganda electoral, la ya difundida los días antes tampoco desaparece pues las vallas publicitarias siguen instaladas en las ciudades y, en fin, las búsquedas internet le permiten al individuo acceder a la misma si así lo desea.

Respecto a la prohibición de publicar encuestas y sondeos, que tampoco existe en otros ordenamientos como Estados Unidos, Reino Unido, Dinamarca, Holanda o Austria, pueden extrapolarse aquí parte de las críticas

⁵⁴⁶ En este aspecto incide, especialmente, SÁNCHEZ MUÑOZ, O.: *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, CEPC, Madrid, 2007, p.343.

anteriores sobre el condicionamiento del voto, pues tanto si no lo hacen como, singularmente lo hacen, eso debería ser un motivo más para permitirlos, por cuanto afectan al derecho a recibir información (art.20.1 d CE) dada, especialmente, la trascendencia que la misma ostenta para ejercer libremente el derecho de participación política (art.23.1 CE). Además, debe tenerse en cuenta que la LOREG prohíbe publicar las encuestas y sondeos, pero no realizarlos; de forma que los partidos u otras organizaciones pueden hacerlas y seguir sirviéndose de la información arrojada por aquéllas de la que, sin embargo, se priva al ciudadano, afectando con ello a la igualdad (art.14 CE). No obstante, la principal debilidad de la prohibición deviene, de nuevo, del contexto digital en el que se inserta, pues nada impide que se publiquen en el extranjero las encuestas realizadas en España, como sucede habitualmente en Andorra; o, incluso, que soterradamente se difundan a través de distintas redes sociales⁵⁴⁷.

Estas disfunciones se agravan cuando el sistema, en vez de reaccionar contra ellas eliminándolas, en aras a regenerar el sistema y adaptarlo a la nueva realidad, interpreta extensivamente dichas prohibiciones contribuyendo a su propio enquistamiento. Así sucede, por ejemplo, cuando distintas Administraciones prohíben reuniones y manifestaciones durante la jornada de

⁵⁴⁷ Así lo hace, por ejemplo, la cuenta de twitter *Electrograph* que convierte en frutas a los distintos partidos políticos, utilizando su mismo color y asignándoles un precio que es la estimación de votos. Esta prohibición en el ordenamiento español se estudia en GÁLVEZ MUÑOZ, L. A.: *Régimen jurídico de la publicación de las encuestas electorales*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2000; y de forma más monográfica en su previo trabajo, «La prohibición de difundir encuestas electorales: ¿una norma inconstitucional?», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 41, 1997, pp.45 y ss., quién aboga por su supresión. Igualmente en términos críticos, entre otros, HOLGADO GONZÁLEZ, M.: «Publicidad e información sobre elecciones en los medios de comunicación durante la campaña electoral», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.40, 2017, pp. 480-484. Hay, sin embargo, quien opta por ampliar la prohibición de difusión de encuestas, retrayéndola en el tiempo, como ARNALDO ALCUBILLA, E.: «Procesos electorales y opinión pública», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 34, 1995, p. 189. Otros, como SÁNCHEZ MUÑOZ, O.: *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, ob.cit., pp.318-324 considera que es una limitación al servicio de la igualdad de oportunidades en la competición electoral. El Consejo de Estado, en su Informe sobre propuestas de reforma del régimen electoral general de 2009, disponible aquí: <http://www.consejo-estado.es/pdf/REGIMEN-ELECTORAL.pdf> (última consulta 30 de abril de 2020) ha abogado igualmente por la supresión de la prohibición, pp.293 y ss.

reflexión o en la propiamente electoral. Y es que, siempre que con las mismas no se solicite el voto y que no estén organizadas por los sujetos habilitados para hacer campaña electoral (art.50.4 LOREG), tales concentraciones están lógicamente amparadas por la Constitución⁵⁴⁸. Una interpretación distinta a esta conduciría, en último término, a declarar prácticamente en suspenso los derechos fundamentales de reunión y manifestación en tales períodos (patología) pues, en cuanto tales, resulta tremendamente difícil que carezcan de un mínimo contenido político o reivindicativo; algo que no halla, de forma alguna, acomodo constitucional.

Esa disfuncionalidad pasiva de la que pueden adolecer ciertos derechos fundamentales se observa también, como se adelantaba previamente, en el plano interpretativo. Y ello sucede, en buena parte de las ocasiones, porque se mantienen interpretaciones clásicas de derechos que, en la actualidad, resultan poco acordes con la identidad del sistema democrático en su conjunto, lo que conduce a aquéllos a ver reducida, al menos en parte, su eficacia. Un ejemplo a este respecto puede ser la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho respecto el derecho a la vida (art.15 CE) que, como es bien sabido, comporta únicamente, a su juicio, un deber activo de protección de la vida física, considerando, en todo caso, una manifestación de *agere licere* –no un derecho subjetivo (derecho a la muerte) encuadrable dentro del art.15 CE– la disposición fáctica sobre la propia muerte⁵⁴⁹. Esta es la interpretación clásica de dicho derecho, orientado a proteger la vida física del individuo frente a los ataques de los poderes públicos o de terceros. La misma, si bien es cierto que se hizo al hilo de otros supuestos (no expresamente sobre un caso acerca de la disposición de la propia vida) y que ya ha pasado un notable lapso de tiempo, no permitiría

⁵⁴⁸ En este sentido, entre otras, las SSTC 170/2008, de 15 de diciembre; 37/2009, de 9 de febrero; 38/2009, de 9 de febrero; 96/2010, de 15 de noviembre.

⁵⁴⁹ STC 120/1990, de 27 de junio. Esta negativa también la mantuvo inicialmente la STEDH de 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido*.

incardinar dentro del art.15 CE el llamado derecho a una muerte digna⁵⁵⁰, el cual no solo no está reconocido, sino que además está penado en nuestro ordenamiento.

Y es que nada se opone a que uno pueda poner fin a su vida por sus propios medios (suicidio). Ahora bien, si la persona que sufre especiales padecimientos físicos o psíquicos precisa de la ayuda de un tercero para hacerlo, tal cosa no solo no está permitida, sino que es objeto de reproche penal (delitos de suicidio asistido y eutanasia activa, art.143 CP). La cuestión, por tanto, no es otra sino preguntarse si eso que el ordenamiento actualmente entiende que constituye un atentado contra derecho a la vida (art.15 CE) que, en cuanto tal, merece la máxima carga reprobatoria, podría ser, a la vista de la identidad del sistema democrático en su conjunto, una de las propias manifestaciones de aquél; máxime cuando el propio Tribunal Constitucional ha considerado que la decisión de rechazar ciertos tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas forma parte del derecho a la integridad física y moral del individuo (art.15 CE), que se vulnera cuando se dispensa asistencia médica en contra de su voluntad⁵⁵¹.

Parece, entonces, que resultaría más acorde con la identidad actual del sistema democrático en su conjunto (evolución), entender que el objeto del derecho a la vida (art.15.1 CE) no es la vida física en sí misma considerada sino

⁵⁵⁰ La bibliografía al respecto es extensísima. Puede consultarse, entre otros, los amplios trabajos de REY MARTÍNEZ, F.: *Eutanasia y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2008; CHUECA, R.: «El marco constitucional del final de la propia vida», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.85, 2009, pp. 99 y ss.; RUIZ MIGUEL, A.: «Autonomía individual y derecho a la propia muerte», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.89, 2010, pp. 11 y ss.; MOLERO MARTÍN-SALAS, M. P.: *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*, CEPC, Madrid, 2014; NÚÑEZ PAZ, M.A.: *Interrupción voluntaria de la vida humana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; MARCOS DEL CANO, A.M.; DE LA TORRE, J. (Eds.): *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, Dykinson, Madrid, 2019. Pueden consultarse también los trabajos incluidos al respecto en el reciente número monográfico del *Cronista del Estado Social y democrático de Derecho*, núm. 79, 2019, dedicado a ¿Derecho a la vida? ¿derecho a la muerte?

⁵⁵¹ SSTC 120/1990, de 27 de junio (FJ 8º); 137/1990, de 19 de julio (FJ 6º); 35/1996, de 11 de marzo (FJ 3º) y más recientemente la STC 37/2011, de 28 de marzo (FJ 7º y 8º) que resume toda la jurisprudencia sobre este particular.

las propias opciones vitales del sujeto⁵⁵², una de las cuales puede ser la de la propia muerte⁵⁵³. En consecuencia, el derecho a una muerte digna sería un derecho reaccional, frente al Estado o frente a terceros que quieran atentar, no contra su vida física –como clásicamente se ha entendido– sino contra sus opciones vitales, sea la de vivir o sea la de morir; y, al mismo tiempo, un derecho prestacional que puede demandar, en ocasiones, la colaboración de quienes pueden ayudarle a ejercerlo en condiciones de libertad. El foco podría así desplazarse desde esa conservación forzada de la vida del sujeto (concepción clásica/patología)⁵⁵⁴ –que se compadece mal, además, con el derecho la integridad física y, sobretodo moral del individuo (art.15 CE)– a la garantía de que su decisión de ponerle fin sea verdaderamente libre, consciente informada⁵⁵⁵. El entendimiento contrario se torna en una anomalía en el sistema democrático moderno.

Los efectos que producen esa falta de regeneración del sistema se advierten, no solo en la pérdida de eficacia que pueden sufrir ciertos derechos fundamentales sino, entre otras cosas, en el hecho de que, en último término, los sujetos se vean abocados a salir del ordenamiento jurídico, recurriendo a la vía de los hechos, o del ordenamiento español, cuando económicamente se lo puedan permitir, para poder ejercer los derechos éste no les permite. El hecho de que esto sea así da cuenta de cómo la falta de adaptación y regeneración del sistema (positividad) acaba repercutiendo en su propia autorreferencialidad, pues el ordenamiento español, en este caso, deja de ser efectivo para satisfacer

⁵⁵² Así, BASTIDA FREIJEDO, F. J.: «El derecho fundamental a la vida y la autonomía del paciente», en PRESNO LINERA, M. A. (Coord.): *Autonomía personal, cuidados paliativos y derecho a la vida*, Procuradora General del Principado de Asturias, Oviedo, 2011, p. 27.

⁵⁵³ En este sentido, debe tenerse en cuenta que la STEDH de 20 de enero de 2011, *Haas c. Suiza* pone de relieve que la decisión de una persona de acabar con su propia vida, siempre que pueda decidirlo libremente, es uno de los aspectos que protege el art.8 CEDH (derecho a la vida privada).

⁵⁵⁴ Así, ARRUEGO, G.: «Los confines del derecho fundamental a la vida», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 115, 2019, pp.126-127 y ss., alude a la «inelasticidad» del derecho a la vida.

⁵⁵⁵ Actualmente está en las Cortes la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia, 2020 (BOCD, de 31 de enero de 2020, serie B, num.41-6).

ciertas expectativas, que tratan de perseguirse fuera del mismo: bien al margen del ámbito jurídico, bien en otros ordenamientos. Lo mismo ha sucedido con otros derechos que en su momento no gozaron de reconocimiento en el ordenamiento jurídico español –como el aborto o el divorcio– y sucede con otros que actualmente tampoco lo tienen o, al menos, plenamente, como la gestación por sustitución. Los efectos adversos de este tipo de situaciones, para un sistema jurídico, se condensan en el efecto centrífugo que inevitablemente crean (merma de autorreferencialidad) pero, cuando además es democrático, a ello se añade la fatal consecuencia de supeditar el ejercicio de los derechos a la capacidad económica de los sujetos, creándose así lo que ha dado en llamarse «ciudadanía censitaria» o «turismo de derechos»⁵⁵⁶, algo que se compadece mal con un Estado social y democrático de Derecho (patología).

4. ¿HACIA LA INMUNOTERAPIA?: EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

4.1. Su papel de agente inmunitario.

La existencia de patologías en el sistema jurídico obliga a éste, en un primer momento, a detectarlas y, posteriormente, a luchar contra aquéllas, en aras a mantener su identidad y, con ello, su propia autorreferencialidad y positividad de conjunto. El ordenamiento debe reactivar sus defensas para combatir lo que le amenaza y así poder subsistir. Por eso, lo nocivo no es tanto que surjan patologías, sino que el sistema no sepa reaccionar contra las mismas o que ni siquiera sea capaz de identificarlas como tales, lo que conduce a que las anteriores, no solo sigan anidando en el ordenamiento sino, en muchos casos, a que expandan o desarrollen la nocividad que portan, como ha tenido ocasión de comprobarse. En último término, las patologías sirven para poner a prueba la

⁵⁵⁶ En los términos de RODOTÀ, E.: «¿Cuál Derecho para el nuevo mundo?», *Revista de Derecho Privado*, núm. 9, 2005, p. 10, que también califica a estas situaciones de *shopping jurídico*.

capacidad de reacción del ordenamiento y reforzarla, contribuyendo así a que despliegue una mayor eficacia, como se explicó con mayor detenimiento al principio de este trabajo. El antígeno genera el anticuerpo.

Siendo esto así, el sistema no se protege en puridad, o no solo, frente a las patologías, sino, prioritariamente, *a través de ellas*, pues necesita reconocerlas y examinarlas para identificarlas como tales y, posteriormente, combatir las. Aquél no lucha contra lo que no detecta como una amenaza. Ese progresivo reconocimiento de patologías refuerza la respuesta inmunitaria del sistema por cuanto va ampliando su memoria celular, en la que van quedando registradas experiencias previas de elementos considerados nocivos, lo que refina y agudiza la futura detección de otros y, consiguientemente, su eliminación. El sistema aprende a identificar y combatir patologías, tanto exógenas como endógenas, también a base de experimentarlas⁵⁵⁷.

En el desarrollo de esta tarea adquiere un papel nuclear la jurisdicción. Singularmente el Tribunal Constitucional, en los modelos concentrados de justicia constitucional que es, en este sentido, pieza clave del sistema inmunitario al ser el máximo intérprete de la Norma Suprema; y, en los difusos, los distintos órganos jurisdiccionales del Estado. Ellos son, en último término, quienes, a través de su función de depuración del ordenamiento jurídico, abanderan la lucha contra las patologías del sistema que ya no es, entonces, la lucha contra la inmunidad sino la lucha a favor de la misma, es decir, la lucha por mantener la supremacía de la propia Constitución y, por tanto, su eficacia. Y esto pasa por eliminar, corregir o adaptar los elementos que, siendo exógenos u endógenos, han devenido disfuncionales, no contribuyendo entonces a mantener y expresar la identidad del ordenamiento en el que se insertan y, por

⁵⁵⁷ Se dice «también» porque no hay que olvidar que el ordenamiento no solo tiene capacidad reactiva sino preventiva. En ocasiones, él mismo se anticipa a la inclusión de determinados elementos estableciendo constitucionalmente su prohibición. Esa es la función que desempeñan las presunciones *iuris et de iure* de nocividad, analizadas en el Capítulo III de este trabajo. Por tanto, el sistema también es capaz de identificar algo como nocivo sin previamente haberlo experimentado.

tanto, mermando las cualidades inmunitarias de aquél en su conjunto (autorreferencialidad y positividad).

Como tuvo ocasión de explicarse en el primer capítulo de este trabajo, el Tribunal Constitucional vela porque el sistema mantenga tales cualidades. Se encarga de detectar y expulsar todos aquellos elementos que contradicen la Norma que opera como cierre normativo del ordenamiento. Desempeña, así, una función capital en la identificación y corrección de disfunciones, especialmente cuando son activas, pues a él le corresponde, en último término, verificar si los elementos del sistema están desempeñando de manera correcta la función que sistémicamente les corresponde o se le ha asignado, o si se han apartado de la misma y, al hacerlo, han terminado por resultar nocivos, expulsándolos y preservando con ello la autorreferencialidad del ordenamiento. Y se dice en último término porque esa labor no es ajena a la jurisdicción ordinaria. Ésta, no solo puede detectar y combatir, en el ámbito de sus respectivas competencias, distintas disfunciones –véase, por seguir con los ejemplos previamente mencionados, cuando le corresponde aplicar las prerrogativas parlamentarias⁵⁵⁸, cuando le corresponde ver si determinadas objeciones de conciencia son posibles, etc.⁵⁵⁹– sino plantear eventuales cuestiones de inconstitucionalidad ante el Alto Tribunal (art.163 CE).

⁵⁵⁸ Así lo han hecho recientemente, por ejemplo, tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional al hilo de la causa especial del *procès*, al ser la inviolabilidad parlamentaria invocada –ex art. 57.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña– para tratar de blindar la actuación de los diputados del Parlamento catalán que habían llevado a cabo el proceso unilateral de independencia. Aquéllos entendieron, no obstante, que la prerrogativa no podía servir para amparar conductas contrarias al ordenamiento jurídico (AAN 1118/2017, de 13 de noviembre; FJ 1º; ATS 6972/2018, de 26 de junio, FJ 6º).

⁵⁵⁹ Véase cómo el Tribunal Supremo ha ido combatiendo distintos intentos que han ido surgiendo de oponerse al cumplimiento de deberes alegando la vulneración del art.16 CE. Así, por ejemplo, ha negado la objeción de conciencia de los padres a la impartición de determinadas asignaturas del currículo escolar a sus hijos, como la Educación para la ciudadanía (SSTS 342/2009, de 11 de febrero; 2941/2009, de 11 de mayo; 2942/2009, de 11 de mayo; 3154/2009, de 11 de mayo; 6637/2009, de 21 de octubre; 7046/2009, de 5 de noviembre; 6681/2010, de 13 de diciembre; 6998/2010, de 21 de diciembre; 553/2011, de 11 de febrero; 3837/2012, de 25 de mayo entre otras); la de los jueces o secretarios judiciales para celebrar bodas homosexuales o intervenir en su celebración, respectivamente (SSTS 3059/2009, de 11 de mayo; 1068/2012, de 20 de febrero); la de los ATS de Instituciones Penitenciarias para desarrollar el Programa de «Intercambio de

En la medida en que se constaten dichas disfunciones, si se trata de elementos endógenos, la presunción de benignidad de la que gozan (*iuris tantum*) habrá resultado vencida; y, si se trata de elementos exógenos, habrán sido incapaces de derrotar la presunción de nocividad, también *iuris tantum*, a la que nacen anudados. En ambos casos, la nocividad resultaría acreditada. En consecuencia, el Tribunal debe eliminar esos elementos o determinadas manifestaciones de aquéllos que ya no se ponen a su servicio, sino a la inversa y que, precisamente por eso, habrán devenido en nocivas patologías que, en cuanto tales, ponen en riesgo su propia identidad. Su expulsión es la respuesta inmunitaria del ordenamiento que contribuye a preservar su propia autorreferencialidad.

Para detectar las patologías, el Tribunal Constitucional debe servirse de los criterios propios de la interpretación jurídica, que son los que deben guiar ese progresivo proceso de concretización de la norma en que la propia interpretación consiste. Dentro de los mismos, adquieren especial relevancia, en lo referente a las patologías gestadas por disfuncionalidad activa, que son las que afectan prioritariamente a la autorreferencialidad del sistema, tanto el «principio de unidad de la Constitución» o interpretación sistemática –que obliga al intérprete constitucional a tomar en consideración el resto de disposiciones de la Constitución para hallar la coherencia interna del sistema– como el criterio de «corrección funcional» –que le exige no desvirtuar las funciones y competencias que la Constitución ha querido atribuir a cada órgano del Estado–⁵⁶⁰. A estos se añade, como previamente ya se mencionó, la

Jeringuillas», que incluía la dispensación de jeringuillas y otro material sanitario para evitar el contagio entre los reclusos (STS 3369/2010, de 21 de junio); o la objeción de conciencia a participar en mesas electorales (SSTS 8992/1994, de 27 de diciembre; 17852/1994, de 27 de diciembre, entre otras). Por su parte, el Tribunal Constitucional ha inadmitido a trámite diversos recursos de amparo que alegaban la vulneración del art.16 CE entendiendo que no cabe la objeción de conciencia de una funcionaria de prisiones a suministrar metadona a un recluso (ATC 135/2000, de 8 de junio); o la llamada objeción de conciencia fiscal, orientada a dejar de sufragar el gasto destinado a armamento en los Presupuestos Generales del Estado (ATC 71/1993, de 1 de marzo).

⁵⁶⁰ En los términos expuestos por HESSE, K.: *Escritos de Derecho Constitucional*, ob. cit., pp.67-68. Del estudio de la interpretación constitucional en la doctrina española, se han encargo,

interpretación restrictiva que necesariamente debe hacerse de aquellos elementos configurados como excepciones.

A través de la interpretación, entonces, el sistema no solo identifica y corrige distintas patologías sino que va progresivamente perfilando el alcance de distintos elementos de cara a prevenir o eliminar otras futuras que pudieran surgir, filtrando así lo que es funcional y debe permanecer en el sistema y desechando lo que no lo es y debe, por tanto, excluirse del mismo (patología). Véase, por ejemplo, cuando trató de extenderse la inmunidad parlamentaria (art.71.2 CE) a las causas civiles, exigiendo en las mismas y no solo en las penales, el correspondiente suplicatorio de la Cámara para procesar a Diputados y Senadores⁵⁶¹. El Tribunal consideró que, si la inmunidad estaba orientada a proteger la composición y funcionamiento del Parlamento, evitando la detención y los procesos judiciales de sus miembros que pudieran conducir a la privación de libertad, ese riesgo no existía, en ningún caso, en las causas civiles pues no entrañaban privación de libertad alguna (disfuncionalidad por *vis expansiva*)⁵⁶². Dicha extensión carecía entonces de justificación funcional y, por ello, devenía exorbitante (patología).

Otro supuesto mucho más reciente donde se aprecia con claridad el ejercicio de esa corrección funcional por parte del Tribunal ha sido el caso del

entre otros, ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación de la Constitución*, CEPC, Madrid, 1984; PÉREZ LUÑO, E.: «La interpretación de la Constitución», *Revista de las Cortes Generales*, núm.1, 1984, pp.82 y ss.; BALAGUER CALLEJÓN, M.L.: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997; TORRES DEL MORAL, A.: «Interpretación teleológica de la Constitución», *Revista de Derecho Político*, núm.63, 2005, pp.9 y ss.

⁵⁶¹ Así lo disponía el art.2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, introducido por la Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo: «Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado. La previa autorización será tramitada por el procedimiento previsto para los suplicatorios.»

⁵⁶² SSTC 243/1988, de 29 de diciembre; 9/1990, de 18 de enero. Este planteamiento ya había sido defendido por BERTHÉLEMY, J.; DUEZ, P.: *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1933, p.570. Más concretamente sobre la exigencia de suplicatorio en la vía civil, en sentido crítico, FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A.: «Del intento de ampliar el ámbito material de la inmunidad parlamentaria a determinados procedimientos civiles», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.14, 1984, pp. 9 y ss.

veto presupuestario del Gobierno que, como es bien sabido, le permite oponerse a la tramitación de las proposiciones de ley o enmiendas con afectación presupuestaria (art.134.6 CE, art.112 y 126 RC, art.151 RS). Lo que sucedió en este caso, fundamentalmente en la XII Legislatura, es que el Gobierno entendió de manera tan sumamente laxa la existencia de afectación presupuestaria que apreció su concurrencia en una gran cantidad de proposiciones de ley (disfuncionalidad por *vis expansiva*)⁵⁶³. Así, en vez de ser una prerrogativa al servicio de los Presupuestos Generales del Estado (art.134 CE) y, con ello, de la dirección política que el Ejecutivo desarrolla en base a los mismos (art.97 CE)⁵⁶⁴, que evita que las Cortes distorsionen la previsión de ingresos y gastos a la que previamente dieron su aceptación, el veto presupuestario pasó a ser una útil herramienta para evitar, por parte fundamentalmente de un Gobierno en minoría⁵⁶⁵, la aprobación de ciertas proposiciones de ley de la oposición o, simplemente, la discusión – políticamente inconveniente– acerca de su aprobación o rechazo⁵⁶⁶.

⁵⁶³ El veto se había utilizado para paralizar proposiciones de ley cuya afectación presupuestaria resulta cuestionable, bien porque su contenido económico es escasísimo, bien porque se proyecta sobre ejercicios futuros, etc. Han resultado vetadas, incluso, proposiciones de ley con «cláusulas antiveto» que, en unas ocasiones establecen expresamente la ausencia de impacto presupuestario de la proposición de ley como, por ejemplo, la D.A. 1ª de la Proposición de Ley Orgánica de transferencia de la titularidad y de las competencias de la AP-9 a la Comunidad Autónoma de Galicia (*BOCG*, serie B, núm.127-1); y, en otros, difieren a ejercicios futuros la entrada en vigor de las medidas con afectación presupuestaria, como la D.F. 3ª de la Proposición de Ley para el cierre de las centrales nucleares (*BOCG*, serie B, núm.92-1, de 3 de marzo de 2017).

⁵⁶⁴ STC 223/2006, de 6 de julio (FJ 5º).

⁵⁶⁵ El rechazo a las proposiciones de ley de la oposición se ha hecho valer, tradicionalmente, a través del voto en contra de la mayoría parlamentaria como señala GARCÍA-ESCUADERO, MÁRQUEZ, P.: «Sobre la calificación de las enmiendas de contenido presupuestario», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm.13, 2006, pp.45-55. De ahí que aquél emerja con fuerza en el seno de un Parlamento altamente fragmentado, como subraya GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I.: «El control del parlamento sobre el llamado veto presupuestario del Gobierno», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm.42, 2017, pp. 100-101.

⁵⁶⁶ Apuntando esta disfunción, entre otros, GÓMEZ CORONA, E.: «Las potestades financieras de las Cortes Generales: del uso al abuso del veto presupuestario sobre las enmiendas con repercusiones financieras», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm.28, 2018, pp. 24 y ss.; DELGADO RAMOS, D.: «El veto presupuestario del Gobierno», *Revista de Estudios Políticos*, núm.183, 2019, p. 78.

No obstante, el Alto Tribunal identificó y combatió dicha patología⁵⁶⁷. Y lo hizo tomando en consideración la función que dicho mecanismo está llamado a desempeñar dentro del entramado constitucional (interpretación sistemática) y, consciente del «efecto limitador» o la «incidencia directa»⁵⁶⁸ que aquélla ostenta sobre la actividad del legislativo (arts.66.2, 87.1 y 23.2 CE), interpretándolo restrictivamente⁵⁶⁹. Así, precisó que la afectación presupuestaria debe ser *real y efectiva*, descartándose las hipotéticas o meramente indirectas sobre el Presupuesto, y que debe referirse necesariamente al presupuesto en vigor, autorizado o prorrogado, nunca a ejercicios futuros. Asimismo, exigió que el Gobierno expresase la incidencia presupuestaria de la proposición de ley indicando las concretas partidas afectadas, habilitando a la Mesa para inadmitir la disconformidad cuando fuera manifiestamente infundada⁵⁷⁰. Al no haber observado estas cautelas, el Tribunal detectó la disfunción que había sufrido el veto presupuestario, al haberlo empleado el Ejecutivo con un carácter expansivo que le conducía a desarrollar una función –de obstrucción legislativa– incompatible con la identidad del sistema, tornándose así, aquél, en una patología (endógena).

⁵⁶⁷ SSTC 35/2018, de 12 de abril (FJ 6º); 44/2018, de 26 de abril (FJ 4º); 94/2018, de 17 de septiembre (FJ 4º); 139/2018, de 17 de diciembre (FJ 5º); 17/2019, de 11 de febrero (FJ 3º).

⁵⁶⁸ STC 34/2018, de 12 de abril (FJ 6º). Previamente, el Tribunal (ATC 240/1997, de 25 de junio, FJ 3º; STC 242/2006, de 24 de julio, FJ 3º) ya había puesto de manifiesto el carácter altamente limitativo del veto pues impide la toma en consideración de la proposición de ley.

⁵⁶⁹ Ya demandada, entre otros, por SOLÉ TURA, J.; APARICIO PÉREZ, A. M.: *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Tecnos, Madrid, 1984, pp.203-204; GARCÍA MORILLO, J.; PÉREZ-TREMPS, P.: «Legislativo vs. Ejecutivo autonómicos: el problema del control del veto presupuestario», *Parlamento y Constitución*, núm. 2, 1998, p.19; GARCÍA-ROJO, A.: «Legislativo vs. Ejecutivo autonómicos: el problema del control del veto presupuestario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.80, 2007, p. 356.

⁵⁷⁰ Sobre la posibilidad de que la Mesa pudiese oponerse al veto presupuestario del Ejecutivo ya se había pronunciado previamente el Tribunal, si bien en el ámbito autonómico. En la STC 223/2006, de 6 de julio entendió que el Pleno de la Asamblea de Extremadura no podía rechazar, por notoriamente infundado, el criterio del Gobierno. Sin embargo, en la STC 242/2006, de 24 de julio, consideró que la Mesa del Parlamento vasco podía levantar el veto gubernamental si fuera manifiestamente infundado pues el propio Reglamento de la Cámara introduce reglas adicionales para verificar cuando se produce la afectación presupuestaria. Esta jurisprudencia, no poco oscilante, parece haber quedado unificada con las sentencias más recientes previamente citadas.

El Tribunal, no obstante, no solo ha detectado patologías, tanto endógenas como exógenas, gestadas por *vis expansiva*, aunque sea el ejemplo paradigmático donde mejor se advierte esa labor de filtrado. Aquél también ha detectado patologías, en este caso endógenas, gestadas por distorsión. La prohibición, manifestada por un Ejecutivo en funciones, de ser sometido a control parlamentario⁵⁷¹ es, tal vez, buen ejemplo de estas últimas. He aquí de nuevo cómo un elemento consustancial a la identidad del ordenamiento –el Gobierno en funciones (art.101.2 CE)– a través del cual se trata de evitar la existencia de vacíos de poder, asegurando así la continuidad del funcionamiento de la Administración y de la acción de Gobierno⁵⁷², ha sido utilizado para hurtar la función de control ordinario de las Cámaras (art.66.2 CE), enmascarando tal propósito tanto bajo el ropaje de ausencia de relación fiduciaria entre las Cámaras y el Gobierno cesante –tras la disolución de aquéllas– como bajo el argumento de que éste carece de actividad⁵⁷³.

⁵⁷¹ El conflicto arrancó, en primer lugar, de la solicitud de comparecencia urgente del Ministro de Defensa en funciones ante la Comisión de Defensa para informar sobre los asuntos tratados y los acuerdos adoptados en la reunión de Ministros de Defensa de la OTAN celebrada los días 10 y 11/02/2016 en Bruselas y, en particular, sobre la nueva operación naval en el Egeo contra las mafias que trafican con refugiados, solicitada por el Grupo Parlamentario Socialista (*DSCD*, XI Legislatura, núm.27, sesión núm.2, de 17 de marzo de 2016) y no celebrada ante el rechazo del Gobierno; y, en segundo lugar, de la negativa de éste a responder ante el Pleno, en la sesión de 20 de abril de 2016, a varias preguntas con respuesta oral. No obstante, en el «Informe de la Secretaría General sobre la actividad de la Cámara durante el periodo en el que el Gobierno cesante se encuentra en funciones», de 19 de enero de 2016, se señalaba que la ruptura de la relación de confianza entre Parlamento y Gobierno imposibilitaba la exigencia de responsabilidad política y el ejercicio de un control de carácter ordinario y de forma general, puntualizando no obstante que en la medida en que el Gobierno en funciones conservaba ciertas competencias, la Mesa podría admitir iniciativas de control e información (preguntas, interpelaciones, comparecencias y solicitudes de informe) que pudieran plantearse, siempre referidas a las tareas que puede desempeñar un Gobierno en funciones (art.21 LG).

⁵⁷² STC 97/2018, de 19 de septiembre (FJ 2º). Sobre el gobierno en funciones, véase más extensamente REVIRIEGO PICÓN, F.: *El gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español*, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003.

⁵⁷³ No en vano REVIRIEGO PICÓN, F.: «La permanencia en funciones del Gobierno en la doctrina del Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, 2017, p. 402 se refiere a estos argumentos como «excusas»; CARRILLO, M.: «Parlamento y Gobierno en funciones», *Diario La Ley*, núm.8780, 2016, los califica como «coartada institucional» o ELVIRA PERALES, A.: «Información y comparecencias: bases del quehacer parlamentario», en PENDÁS, B. (Dir.): *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, Vol. V, ob. cit., p. 3663 se refiere a los mismos como «peregrina justificación».

El Tribunal Constitucional resolvió el asunto tratando de identificar las funciones que la Constitución había atribuido a los órganos del Estado en liza, tratando con ello de averiguar si la ausencia de control parlamentario ordinario a un Gobierno en funciones alteraba ese equilibrio interno del sistema (corrección funcional). Aquél subrayó que no existe una relación simétrica entre control parlamentario y relación de confianza pues el primero se ejerce también por el Senado (art.66.2 CE) –que no participa del procedimiento de investidura (art.99 CE)– y porque solo los mecanismos de control parlamentario extraordinario –cuestión de confianza (art.112 CE) y la moción de censura (art.113 CE)– conducen a una ruptura de la relación de confianza. Igualmente, apuntó que la interinidad, si bien limitaba los poderes del Gobierno –que debía ceñirse al despacho ordinario de los asuntos públicos, salvo en casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general en los que podría adoptar otras medidas (art.23.1 LG)– no los anulaba por completo. En la medida, entonces, en que aquél siguiera desarrollando su actividad, ésta debía ser susceptible de ser sometida a control parlamentario por las Cámaras *ex arts.66.2 CE y 23.2 CE*⁵⁷⁴. Lo contrario daría lugar a la existencia de un Gobierno que, aún operativo, habría devenido políticamente incontrolable, algo que no se cohonesta bien con la identidad del sistema parlamentario (patología).

No obstante, la actividad del Tribunal Constitucional no solo contribuye a preservar la autorreferencialidad del ordenamiento (inmunidad del sentido negativo), expulsando aquellos elementos (endógenos o exógenos) que han pasado a desempeñar funciones incompatibles con su identidad y, por tanto,

⁵⁷⁴ STC 124/2018, de 14 de noviembre. Del estudio de esta cuestión se han ocupado, más extensamente, CARRILLO, M.: «Las atribuciones del Gobierno en funciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, 2017, pp. 121-154; RIPOLLÉS SERRANO, R.: «Gobierno en funciones y control parlamentario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, 2017, pp.155-183; SEIJAS VILLADANGOS, E.: «El control de las actuaciones de un Gobierno en funciones», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm.42, 2017, pp.103 y ss. Véanse también los sugerentes trabajos recogidos en la parte segunda de la obra colectiva de ARANDA, E.: (Coord.): *Lecciones constitucionales de 314 días con el Gobierno en funciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 127-233; y la «Encuesta sobre el Gobierno en funciones», *Teoría y realidad constitucional*, núm.40, 2017, pp.43 y ss.

distintas a las que el propio sistema, en último término, les ha asignado. Ése es quizás el aspecto más sobresaliente de su labor. Sin embargo, aquél también desempeña un importante papel con respecto a la positividad del ordenamiento (inmunidad en sentido positivo). A través de la interpretación, como se explicó previamente, el Alto Tribunal también contribuye a reciclar progresivamente los elementos del sistema a la luz los cambios que se van produciendo en sus principios estructurales, procedentes a su vez de las alteraciones del medio social, para que así aquél conserve su eficacia⁵⁷⁵. El dinamismo propio de la interpretación facilita la adaptación del ordenamiento al cambio. De esta forma, el Tribunal no solo desempeña una labor profiláctica relevante combatiendo las patologías gestadas por disfuncionalidad activa sino también aquéllas originadas por disfuncionalidad pasiva.

De todas formas, el sistema no debe perder de vista que esa labor de regeneración y adaptación que puede llevar a cabo gracias a su positividad, debe instrumentarse fundamentalmente a través de la vía legislativa y, en último término, del poder constituyente-constituido de reforma constitucional. Tan solo trata de ponerse de manifiesto que el Tribunal, en el estricto ámbito de sus competencias y merced, esencialmente, a la interpretación del texto constitucional, también contribuye a dicha labor. Y ello, no porque aquél deba adaptar, a su gusto, el texto constitucional a lo que él entiende que debe hacerlo, hasta el punto de reescribir un texto que solo debe ser interpretado, sino porque interpreta las prescripciones de la Constitución con los criterios propios de la interpretación jurídica, que son los que mantienen la autorreferencialidad del ordenamiento (intrasistémicos). A través de aquéllos, el sistema se asegura de que sus operaciones son interpretadas con arreglo a sus propias pautas, en suma,

⁵⁷⁵ En efecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la interpretación judicial es, junto con la modificación legislativa, el instrumento para «adaptar el Derecho a la realidad cambiante» – no vulnerando con ello ni el art.14 ni el 9.3 ni el 24 CE– entendiendo que un deber de adhesión a los precedentes petrificaría el ordenamiento jurídico. Así desde las tempranas SSTC 242/1992, de 21 de diciembre (FJ 4º), 92/1993, de 15 de marzo (FJ 4º); 304/1993, de 25 de octubre (FJ 7º).

sin salir de los confines del Derecho. El desarrollo de la positividad, como se explicó al inicio de este trabajo, no puede hacerse al margen de su autorreferencialidad del sistema.

De esos criterios, el que tiene una mayor incidencia en la positividad del sistema, como se explicó, es el de «fuerza normativa de la Constitución»⁵⁷⁶ pues para mantenerla «actualizada» es necesario interpretar las normas teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso (éstas son las que van mudando) de cara a que la Constitución pueda desplegar su máxima eficacia. Cuando aquellos criterios se obvian, no hay en puridad labor de interpretación sino una suplantación del legislador o una reforma implícita del texto constitucional. Y, precisamente por ello, ya no hay actividad de adaptación, sino una patología: el activismo judicial. El Tribunal Constitucional deja entonces de ser ese necesario agente inmunitario para devenir, en su actividad, un agente patógeno. De ello nos ocupamos a continuación.

4.2. Su papel de agente patógeno.

A pesar de que la jurisdicción y, particularmente, el Tribunal Constitucional constituya una pieza clave en la actividad inmunitaria del ordenamiento jurídico, no es menos cierto que, en ocasiones, su labor no contribuye a depurarlo eliminando las patologías, exógenas u endógenas, surgidas en el mismo, sino al revés. Esto habitualmente sucede porque aquél no guía, o lo hace incorrectamente, su interpretación por los criterios jurídicos que le corresponden, lo que le conduce a desvirtuar las soluciones a las que llega (patologías). Este es, quizá, uno de los ejemplos más claros de la inercia autoinmunitaria del sistema: que el órgano constitucional llamado, en última instancia, a defenderlo termine por convertirse en su mayor amenaza.

⁵⁷⁶ En los términos expuestos por HESSE, K.: *Escritos de Derecho Constitucional*, ob. cit., p.69.

En unas ocasiones, lo que sucede es que el Tribunal contribuye él mismo, con su actividad, a crear patologías hasta ese momento inexistentes en el ordenamiento jurídico (*ex novo*). Aquéllas serían, entonces, producto de su propia actuación, insertándose en el ordenamiento por vía jurisprudencial. Ya se mencionó previamente, por ejemplo, cómo la doctrina de la posición preferente de las libertades de información y expresión, en ocasiones le había conducido a configurarlas como una suerte de derechos fundamentales privilegiados con capacidad para menoscabar lícitamente otros colindantes en base a la función sistémica que desempeñaban. La elaboración de esa doctrina y su comprensión en esos términos no procede directamente de la Constitución, sino que es obra del Tribunal.

No obstante, el ejemplo paradigmático, tal vez, de patología creada por el propio Tribunal Constitucional es la relativa a la deducción de límites implícitos a la reforma constitucional, cuestión tratada en el primer capítulo de este trabajo⁵⁷⁷. En tales supuestos, el sistema no solo padece en su positividad –pues tales límites son un freno a su capacidad de adaptación– sino que, prioritariamente, ve muy reducida su autorreferencialidad. Ello sucede en la medida en que aquél introduce limitaciones materiales a la reforma de la Constitución que no son reconducibles ni explícita ni implícitamente a ningún enunciado normativo de aquélla. Solo cabe sostener, entonces, que se imponen desde fuera del ordenamiento, en base a lo que el máximo intérprete de la Constitución entiende, supone o incluso desea que el constituyente haya querido blindar frente a la posibilidad de cambio o, lo que es lo mismo, actuando él mismo como poder constituyente-constituido de reforma constitucional y, por tanto, desvirtuando el sentido de su actividad jurisdiccional (disfunción por distorsión). Lo nocivo de esta patología es que, en ocasiones, no es percibida como tal sino a la inversa, como un positivo esfuerzo del sistema por readaptarse

⁵⁷⁷ Nos remitimos aquí a la bibliografía y jurisprudencia allí citada.

y protegerse frente a un medio social que pudiera violentarlo. Aquélla no solo proviene de quien es el máximo intérprete de la Carta Magna, sino que su objeto es sustraer a la posibilidad de reforma ciertos componentes que, habitualmente, se identifican con principios y valores democráticos. La presunción de benignidad se refuerza, así, doblemente. Justamente por ello esta patología resulta tan nociva.

En otras ocasiones, sin embargo, lo que sucede es que el Tribunal Constitucional integra una patología ya existente en el sistema y, al hacerlo, la apuntala. Y esto, entiéndase bien, no sucede porque aquél la identifique como tal y la acepte, sino porque no la reconoce como un elemento nocivo. Se muestra, en este sentido, aquiescente con la existencia, alcance o funcionamiento de un elemento (exógeno o endógeno) que es disfuncional a la vista de la identidad del ordenamiento y no hace nada para combatir o corregir dicha anomalía, porque no la advierte así. Mantiene, por el contrario, una interpretación que la sustenta, lo que aumenta exponencialmente las posibilidades de que aquélla permanezca enquistada en el sistema. Esa aquiescencia, demostrada a través de la correspondiente declaración de constitucionalidad, no deja a la patología en el mismo lugar en el que estaba antes de llegar al Tribunal, sino que la refuerza pues, en definitiva, goza del aval del máximo intérprete del texto constitucional.

Así sucede, por mencionar alguno de los ejemplos previamente ofrecidos, cuando el Tribunal consiente la *vis expansiva* de la inviolabilidad regia (art.56.3 CE) o cuando hace lo propio con el discurso del odio, aplicándolo a unas expresiones, como se ha visto, vertidas contra el Jefe del Estado. Sin embargo, el ejemplo más notorio de aquiescencia constitucional quizá sea el relativo al abuso del decreto-ley (art.86 CE)⁵⁷⁸ –patología endógena gestada por *vis*

⁵⁷⁸ Sobre el abuso del decreto-ley en España, entre la reciente y abundante bibliografía al respecto, pueden consultarse más extensamente, entre otros, los trabajos de ARANA GARCÍA, E: «Uso y abuso del decreto-ley», *Revista de la Administración Pública*, núm.191, 2013, pp.337 y ss.; MARTÍN REBOLLO, L.: «Uso y abuso del decreto-ley (un análisis empírico)», *Revista española de*

expansiva—. Y es que, lejos de frenar un uso desmedido y frecuentemente espurio del mismo, el Tribunal lo ha generalmente avalado a través de una interpretación muy deferente sobre la concurrencia del presupuesto habilitante. Aquél ha ejercido una debilísima fiscalización del deber del Gobierno de ofrecer una «motivación explícita y razonada»⁵⁷⁹ sobre su concurrencia, pues fórmulas *passé par tout* se han reputado suficientes para cumplir el requisito⁵⁸⁰. Además, ha interpretado de forma tan extensiva las «circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad»⁵⁸¹ que una amplísima gama de situaciones ha encontrado acomodo en ellas. Véase —sin pretensión de exhaustividad— cómo la necesidad ya no necesita ser imprevisible para ser extraordinaria⁵⁸², pues «lo que importa no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurren»⁵⁸³, aun cuando provengan de la previa inactividad gubernamental. Asimismo, considerando inicialmente que la legislación de urgencia «no podía alterar la estructura del ordenamiento»⁵⁸⁴ o introducir regulaciones con «carácter

Derecho Administrativo, núm.174, 2015, pp. 23-92; ARAGÓN REYES, M.: *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reforma constitucional*, Iustel, Madrid, 2016 o la recapitulación de sus cuarenta años de vigencia, donde se pone de relieve su progresiva expansión, realizada por CARMONA CONTRERAS, A. M.: «El decreto-ley: configuración constitucional y praxis aplicativa», PENDÁS, B. (Dir.): *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, ob. cit. pp. 2063 y ss.

⁵⁷⁹ SSTC 29/1982, de 31 de mayo (FJ 3º), 111/1983, de 2 de diciembre (FJ 5º), 182/1997, de 28 de octubre (FJ 3º), 137/2003, de 3 de julio (FJ 4º), 332/2005, de 15 de diciembre (FJ 6º), 68/2007, de 28 de marzo (FJ 7º), entre otras.

⁵⁸⁰ Tales como la referencia «a una concreta coyuntura económica» (SSTC 12/2015, de 15 de febrero, FJ 4º; 81/2015, de 30 de abril (FJ 4º); 95/2015, de 14 de mayo) o «a una concreta situación de recesión y de crisis económica, financiera y real» (STC 18/2016, de 4 de febrero, FJ 5º). Hubo que esperar veinticinco años para que aquél declarase la inconstitucionalidad de un decreto-ley por emplear «fórmulas rituales de marcada abstracción» (STC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 9º)

⁵⁸¹ Un análisis extenso sobre las mismas, en el que aquí no podemos detenernos, puede encontrarse en las clásicas obras de SALAS, J.: *Los Decretos-Leyes en la Constitución española de 1978*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1979, pp.29 y ss.; ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I.: «Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español», *Revista de Administración Pública*, núm.106, 1985, pp. 97 y ss.; SANTOLAYA MACHETTI, P.: *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, Tecnos, Madrid, 1988, pp.105 y ss.; CARMONA CONTRERAS, A.M.: *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, CEPCC, Madrid, 1997, p.76 y ss., entre otros.

⁵⁸² SSTC 6/1983, de 4 de febrero (FJ 5º), 29/1986, de 20 de febrero (FJ 2º), 68/2007, de 28 de marzo (FJ 8º), entre otras.

⁵⁸³ STC 11/2002, de 17 de enero (FJ 6º).

⁵⁸⁴ STC 29/1982, de 31 de mayo (FJ 6º).

permanente y normal»⁵⁸⁵, ha terminado por sostener que es un instrumento apto para enfrentar situaciones estructurales⁵⁸⁶.

De la misma manera, exigiendo en sus inicios que las medidas adoptadas por el decreto-ley fueran «concretas y de eficacia inmediata»⁵⁸⁷, el Tribunal más tarde precisó que «no se debe confundir la eficacia inmediata de la norma provisional con la ejecución instantánea de la misma»⁵⁸⁸ pues lo relevante es que «modifique de forma inmediata la situación jurídica existente»⁵⁸⁹. Esta concepción de la urgencia ha servido tanto para avalar la constitucionalidad de aquellos decretos-leyes que precisan del correspondiente desarrollo reglamentario –incluso no sujeto a término–⁵⁹⁰ para su implementación, como la de aquellos otros que entran en vigor mucho tiempo después de su aprobación o que difieren su aplicación a un momento futuro⁵⁹¹.

Estas interpretaciones, entre otras, del Tribunal Constitucional han contribuido a consolidar la patología en que el abuso del decreto-ley consiste⁵⁹² que ha pasado de ser un instrumento orientado a satisfacer necesidades extraordinarias y urgentes y, por tanto, colocado al servicio del Estado Social, a un ágil mecanismo legislativo que permite hurtar, fácilmente, la actividad de debate, crítica y enmienda propia del procedimiento legislativo ordinario

⁵⁸⁵ STC 6/1983, de 4 de febrero (FJ 7º).

⁵⁸⁶ SSTC 68/2007, de 28 de marzo (FJ 10º); 31/2011, de 17 de marzo (FJ 4º); 137/2011, de 14 de septiembre (FJ 7º); 47/2015, de 5 de marzo (FJ 5º); 61/2018, de 7 de junio (FJ 4º), entre otras. El Tribunal ha declarado que, en caso de decretos-leyes estructurales, deben concurrir las notas de «excepcionalidad, gravedad, imprevisibilidad o relevancia».

⁵⁸⁷ STC 29/1982, de 31 de mayo (FJ 6º).

⁵⁸⁸ SSTC 237/2012, de 13 de diciembre (FJ 6º), 104/2015, de 28 de mayo (FJ 7º); 93/2015, de 14 de mayo (FJ 7º); 104/2015, de 28 de mayo (FJ 7º), entre otras.

⁵⁸⁹ SSTC 64/2017, de 25 de mayo (FJ 2º), 100/2017, de 20 de julio (FJ 4º), 61/2018, de 7 de junio (FJ 7º), entre las más recientes.

⁵⁹⁰ SSTC 11/2002, de 17 de enero (FJ 7º), 31/2011 de 17 marzo (FJ 7º), 332/2005, de 15 de diciembre (FJ 7º), 156/2015, de 9 de julio (FJ 6º); 64/2017, de 25 de mayo (FJ 2º), entre otras.

⁵⁹¹ Desde las SSTC 29/1986, de 20 de febrero (FJ 2º); 23/1996, de 21 de enero (FJ 6º), hasta las SSTC 93/2015, de 14 de mayo (FJ 9º), 18/2016, de 4 de febrero (FJ 5º), entre otras.

⁵⁹² CARMONA CONTRERAS, A. M.: «Decreto-ley y crisis económica. O cuando la necesidad (política) no hace virtud (constitucional)», *Diritto & Questione Pubbliche*, XVII, 2017, p.136, tilda a esta situación de «patología».

(disfunción). Aquélla se ha consolidado, fundamentalmente, merced al respaldo de la jurisdicción constitucional.

Por último, es posible identificar un tercer escenario respecto al papel que el Tribunal Constitucional desempeña en la gestación de patologías, que ya no tiene que ver tanto ni con su actividad creadora de éstas ni con su actitud aquiescente respecto a las existentes sino, fundamentalmente, con su pasividad. Y es que ésta, si bien tiene distintas formas de expresarse, quizás la más notoria actualmente sea la amplia dilación en la resolución de los asuntos en la que aquél incurre. Lejos de ser una situación anecdótica o meramente residual, es frecuente que ante sus puertas se apilen recursos que acumulan en su haber un número nada desdeñable de años⁵⁹³. Cuando éstos versan sobre cuestiones especialmente controvertidas –presuntas patologías en muchos casos– aquél dilata la deliberación y fallo sobre las mismas esperando que el paso del tiempo haga innecesaria su resolución, habitualmente, porque los recursos hayan perdido su objeto merced a la derogación legislativa; o, al menos, que de existir la prive de efectos prácticos⁵⁹⁴.

Con su pasividad, el Tribunal acaba fomentando que deban ser otros resortes del sistema (Gobierno/Parlamento) los que detecten y combatan

⁵⁹³ Entre los ejemplos más recientes que siguen pendientes de resolución ante el Alto Tribunal se encuentran, entre los más longevos, los recursos interpuestos frente a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana o Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a través de la cual se introduce la pena de prisión permanente revisable. Entre los más longevos en la historia del Tribunal Constitucional, superando la década en la espera, se hallan los interpuestos frente a Ley del Parlamento Vasco 14/1998, de 11 de junio, del deporte (STC 80/2012, de 18 de abril); frente a la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra, resuelta por la STC 93/2013, de 23 de abril o frente a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, declarada constitucional por la STC 198/2012, de 6 de noviembre, entre otros.

⁵⁹⁴ De ahí que, incluso cuando el Tribunal ejerce su labor corrigiendo funcionalmente ciertas patologías, la eficacia de esa fiscalización sea, en ocasiones, reducida. Véase, por seguir con ejemplos previamente mencionados, cómo aquél resolvió el conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales sobre el control parlamentario del Gobierno en funciones, presentado en 2016, dos años más tarde, cuando ya estaba en marcha otra legislatura. La resolución adquiere, no obstante, efectos profilácticos pro futuro.

determinadas patologías y éstos, a su vez, detienen habitualmente su actuación esperando a que el Tribunal resuelva sobre el asunto, descargándose así de la responsabilidad política que pudiera acarrearle la derogación o modificación de la normativa al respecto. Esta pasividad resulta en ocasiones más desconcertante al advertir la celeridad con la que se resuelven otros asuntos, algo que viene propiciado por la inexistencia de criterios, al menos públicos, que guíen la elaboración de la agenda del Alto Tribunal⁵⁹⁵.

Esta actitud acaba provocando, inevitablemente, una bajada de defensas del sistema (inmunidad) por cuanto el órgano llamado a depurar, en último término, el ordenamiento jurídico, abdica en su labor. Con ello, se perpetúa indirectamente la existencia de posibles disfunciones o elementos nocivos en el ordenamiento que, ante la falta de un control sobre los mismos, aumentan exponencialmente sus posibilidades de seguir anidando, cuando no expandiéndose, en su seno, dañando así su propia identidad y afectando negativamente a la positividad y autorreferencialidad sistémicas (inmunidad). Por tanto, esta actitud del Alto Tribunal no solo contribuye, implícitamente, a perpetuar eventuales patologías al postergar o incluso renunciar implícitamente a su control, sino que, en sí mismas, estas dilaciones constitucionales constituyen una patología endógena del sistema –por disfuncionalidad pasiva, en este caso–. No en vano ya han merecido la condena, en varias ocasiones, del TEDH⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ Debe señalarse, a este respecto, que el Tribunal Constitucional, por nota informativa 12/2020 ha acordado publicar en su página web los órdenes del día de sus Plenos y de las Salas Primera y Segunda, de manera que es posible ahora conocer qué es lo que se va a resolver en cada uno de ellos. Sin embargo, queda sin resolver la cuestión de por qué se han escogido esos asuntos para esos días y no otros, es decir, los propios criterios que marcan la agenda del Tribunal.

⁵⁹⁶ Respecto a las dilaciones en la jurisdicción constitucional incompatibles con el art.6.1 CEDH, las SSTEDH, de 23 de junio de 1993, *Ruiz Mateos c. España*; de 11 de enero de 2002, *Díaz Aparicio c. España*; de 25 de febrero de 2004, *Soto Sánchez c. España*; de 27 de abril de 2004, *Quiles González c. España*; de 28 de enero de 2004, *González Doria Durán de Quiroga c. España* y, de la misma fecha, *López Sole y Martín de Vargas c. España*; de 16 de marzo de 2016, *Menéndez García y Álvarez González c. España*. Más extensamente sobre esta cuestión, véanse, entre otros, MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: «Dilaciones indebidas, Justicia constitucional y TEDH: La sentencia del TEDH Soto Sánchez c. España de 25 noviembre de 2003», *Revista europea de derechos fundamentales*, núm.2, 2003, pp. 115-130; DELGADO DEL RINCÓN, L.: «El TEDH y las condenas

a España por vulneración del Derecho a ser juzgado en un plazo razonable: las dificultades para alcanzar una duración óptima de los procesos judiciales», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 569 y ss.

CONCLUSIONES

I

La clásica «lucha contra las inmunidades del poder» fue, tal y como la concibió García de Enterría en sus inicios, la lucha por someter la actividad administrativa a la jurisdicción contenciosa, eliminando así aquellos reductos que entonces quedaban sustraídos a la sumisión a la ley. Marcadas por esa significación inicial, las inmunidades del poder pasaron al acervo jurídico común como una fórmula útil para designar a aquellas áreas exentas de control jurisdiccional y, por ende, intolerables en el seno de un Estado de Derecho. Sin embargo, ese sentido material tradicionalmente atribuido a la expresión, con el que ésta ha pervivido en la doctrina y en la jurisprudencia, ha contribuido a obviar el auténtico significado de la misma y a aislarla del contexto en el que originariamente surgió, donde despliega su verdadero significado.

Si bien esas inmunidades del poder eran áreas exentas de control jurisdiccional, no lo es menos que eran tales en tanto que reflejos del poder *legibus solutus* que entonces existía. Y eso es determinante. Solo porque había un poder inmune, en el sentido de prejurídico y metapositivo, existían inmunidades del poder, que no eran sino la propia emanación de aquél. Al existir un elemento ajeno al sistema jurídico (poder inmune) que lo condicionaba desde el exterior, lo que era manifestación de aquél portaba, necesariamente, esa misma naturaleza. Un sistema heterorreferencial genera,

como resulta inevitable, «heterorreferencialidades». Y tal cosa sucede, no únicamente en el sistema dictatorial que analizaba García de Enterría, sino en cualquier otro donde exista un soberano *legibus solutus*. La expresión tradicional ponía de relieve, en suma, una lógica de funcionamiento sistémico heterorreferencial, aun cuando la misma cristalizó en la literatura jurídica por su contenido material más inmediato, por el que incluso hoy se la sigue reconociendo.

Siendo esto así, la lucha contra las inmunidades del poder, tal y como fue concebida, fue la lucha por el Estado legal del Derecho, es decir, por someter a normas esas concretas manifestaciones heterorreferenciales, pero no por terminar con la heterorreferencialidad basal que el sistema jurídico portaba. Se eliminaban las inmunidades del poder pero pervivía, indemne, el poder inmune. Aunque a corto plazo dicha lucha fuese en sí mismo necesaria y victoriosa, lo cierto es que para combatir definitivamente las inmunidades del poder era necesario erradicar la fuente última de las mismas, es decir, terminar con el carácter heterorreferencial del sistema normativo.

Tal cosa solo sucedería cuando la Constitución fuese Norma Suprema pues entonces, no solo el límite, sino el propio fundamento de todos los poderes del Estado se hallaría en una operación propia del sistema normativo y no en elementos ajenos a éste. De ahí que, a la larga e indirectamente, la lucha contra las inmunidades del poder condujese a la lucha por la inmunidad del ordenamiento jurídico, es decir, por las dos cualidades de la autorreferencialidad y positividad que le permiten ser genuinamente soberano. Del poder inmune, ajeno e inaprensible para el Derecho, se pasa, entonces, al ordenamiento jurídico soberano. La inmunidad, por tanto, ya no le pertenece a lo que está fuera del ordenamiento y lo somete, sino al sistema jurídico mismo que, al igual que el organismo biológico, también trata de ser un orden protegido frente a injerencias externas (autorreferente) y, al mismo tiempo, adaptado al medio social para lograr sobrevivir como tal (positivo). En estas coordenadas, la lucha

ya no debe ser entonces contra la inmunidad del poder si éste se entiende coherentemente en términos normativos como ordenamiento jurídico, sino indudablemente, a favor de la misma.

El objetivo ya no reside, entonces, en combatir esas manifestaciones reflejas del ya extinto soberano *legibus solutus*, sino en que el sistema normativo conserve su inmunidad (autorreferencialidad y positividad). Ello lo consigue de manera excelsa cuando se articula como un sistema democrático procedimental. Renunciando a colocar sus defensas últimas en ciertas opciones materiales concretas y residenciándola en los propios procesos comunicativos, en sus propios medios de actuación, aquél es capaz de subsistir en contextos muy heterogéneos, precisamente porque es capaz de gestionar elevadas cotas de complejidad social. La democracia procedimental subsiste, de esta manera, disciplinando canales de comunicación con el entorno social y velando por la escrupulosa observancia de los procedimientos, renunciando así a labrarse artificiosos enemigos materiales. En su existencia como proceso abierto, libre y plural descansa su única y mejor defensa, en suma, su inmunidad.

No es difícil, sin embargo, caer en la pretensión contraria y entender que el sistema inmunológico del ordenamiento democrático se halla en los valores básicos en los que se asienta. En último término, eso lo que hace la democracia militante. Sin embargo, el carácter defensivo que clásicamente se le ha atribuido a la misma es únicamente aparente. Para protegerse, aquélla termina por abandonar la autorreferencialidad sistémica y reducir la positividad: acaba situando sus criterios últimos de validez en un orden axiológico (democrático-liberal) y defendiendo su esencia a través de herramientas de corte igualmente heterorreferencial (los instrumentos de defensa de la Constitución). La democracia militante no es entonces más inmune como sistema, sino más vulnerable. Tratando de proteger ese orden axiológico fundante termina por tornarse, en sus extremos, heterorreferencial. Precisamente por ello no resulta descabellado afirmar que en aquélla existe verdaderamente un poder inmune

(orden democrático-liberal) cuyas manifestaciones características, los instrumentos de defensa de la Constitución, constituyen sus lógicas emanaciones (inmunidades del poder).

II

Si el imperio de la soberanía constitucional desbanca a los poderes inmunes y sus correlativas inmunidades del poder, la lucha tradicional queda inevitablemente sin objeto dentro de estas coordenadas autorreferenciales. Y es que, actualmente, el sistema jurídico ya no lucha contra manifestaciones reflejas de poderes ajenos al Derecho, hoy inexistentes, sino contra los cuerpos extraños gestados en su positividad. Si el discurso «pre-soberano» era el de las inmunidades del poder, el «soberano» es el de las patologías. Mientras que la lógica de las primeras es heterorreferencial, pues enfrenta el poder político al Derecho, adoptando la perspectiva de este último como si externamente observara todo lo que el primero trataba de sustraer a su imperio, la lógica de las segundas es plenamente autorreferencial. Por eso encaja fielmente en el Estado constitucional. El ordenamiento ya no observa nada fuera de sí mismo sino su propio funcionamiento recursivo. Precisamente por eso las anomalías que surgen, ahora necesariamente en su interior, ya no son manifestaciones de ningún poder ajeno a éste, sino su propio producto; y, en cuanto tales, no son tampoco inmunidades sino lo contrario. En suma, patologías del sistema.

El reto contemporáneo del ordenamiento jurídico ya no consiste así pues en enfrentarse a elementos ajenos sino en hacerlo, en puridad, solo a sí mismo, a esa amplia gama de elementos que, gestándose por vía legislativa, interpretativa o jurisprudencial o por la propia praxis política, van minando paulatinamente su identidad. Esto, lejos de simplificar el problema, lo vuelve mucho más complejo. Y lo hace, en cierto modo, porque las patologías revisten en sí mismas una alta complejidad la cual desarrollan, justamente, para poder incrustarse y sobrevivir en un sistema que presenta altas cotas de la misma.

Aquellas depuran y refinan su existencia y funcionamiento buscando con ello su mejor adaptación al ordenamiento donde pretenden habitar. Y lo hacen de forma tal que, cuando no neutralizan completamente su detección por parte de aquél, la dificultan de forma notable.

Si bien es cierto que su distinto origen y naturaleza hace notablemente difícil su clasificación, parece que es posible observar dos grandes tipos de patologías en virtud, justamente, de su procedencia. La división de las mismas entre exógenas y endógenas permite explicar cómo la identidad del sistema puede resultar dañada tanto incorporando elementos contrarios a la misma – que son los que ostentan esa presunción de nocividad– como desvirtuando otros colocados, al menos originariamente, a su servicio (presunción de benignidad). Aunque no siempre resulte fácil la identificación de una patología como exógena o endógena, parece posible afirmar que las primeras se introducen el ordenamiento necesariamente por vía infraconstitucional y que las segundas gozan, al menos en buena parte de las ocasiones, de raigambre constitucional.

Lo que sucede, y eso es fruto de la propia complejidad del sistema, es que un elemento exógeno no es siempre necesariamente nocivo, pues puede desempeñar una función al servicio de la identidad de aquél (patología exógena *prima facie*), aunque deba mantenerse siempre bajo sospecha, ni un elemento endógeno es siempre y en toda circunstancia beneficioso, pues puede alejarse de la función que sistémicamente tiene asignada o haber dejado de desempeñarla. Por eso tanto la presunción de nocividad como la de benignidad de aquéllos, respectivamente, son ambas *iuris tantum*. De ahí, justamente, que las patologías puedan proceder tanto de elementos exógenos no susceptibles de desarrollar una función compatible con la identidad del sistema (patologías exógenas *stricto sensu*) como de elementos endógenos que se han separado o no pueden desempeñar la que a nivel de conjunto les corresponde (patología endógena).

Siendo esto así, resulta indudable que la cuestión que las patologías arrastran a primera plana es la de la *disfuncionalidad*. Independientemente de su procedencia (endógena u exógena), aquélla es, en último término, el criterio identificador de las mismas. Y ello no debe llamar la atención pues resulta coherente con la lógica de funcionamiento autorreferencial de un sistema dinámico que sea la falta o el incorrecto desempeño de una función al servicio de la propia identidad de aquél lo que active la nocividad de un elemento; incluso lo que haga difícil su detección, pues tal cosa –la funcionalidad– es, generalmente, una cuestión de grado.

Esa disfuncionalidad, no obstante, ha tendido siempre a interpretarse en términos activos, es decir, identificando como disfuncional aquello que se separa del cometido que algo tiene asignado para desempeñar otro u otros. Sin embargo, la disfuncionalidad también puede ser pasiva, en la medida en que determinados elementos vean vaciada de contenido o mermada su función o eficacia ante el dinamismo propio del sistema jurídico moderno al que aquéllos no se han amoldado. Ambas modalidades pueden ser experimentadas tanto por los elementos exógenos como por los endógenos. Eso será, en ambos casos, lo que acredite la nocividad de los mismos y, por tanto, su conversión en patologías del sistema.

III

La existencia de patologías en el seno del ordenamiento obliga a este a detectar como nocivo aquello que mina su identidad, aun cuando habitualmente se enmascare tratando de resultar atractivo; y, una vez diagnosticada la patología como tal, luchar contra ella como orden autorreferente y positivo, es decir, sin renunciar a sus propios medios de actuación sino a través de los mismos. Una defensa distinta a ésta sería, en suma, otro ataque. La lucha contra las patologías ya no puede decirse que sea, entonces, la lucha contra las inmunidades del poder

sino a la inversa, la lucha por mantener, en último término, la inmunidad del sistema en su conjunto (autorreferencialidad y positividad).

Si bien la existencia de aquéllas resulta perjudicial para el ordenamiento, lo cierto es que también contribuyen a poner a prueba la capacidad de reacción del mismo y, en suma, su propia eficacia. Operan, en este sentido, como motivos de aprendizaje que sirven para testar los niveles de inmunidad que posee el sistema. En la medida en que éste las detecta y procede a su eliminación, labor en la que desempeñan un papel crucial la jurisdicción y, singularmente, el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Norma Suprema, va perfeccionando su capacidad de reacción y, con ello, reforzando su inmunidad de conjunto (autorreferencialidad y positividad). El ordenamiento se pone a prueba a través de lo que amenaza y, desde esta perspectiva, resulta coherente sostener que aquél no se protege frente a las patologías sino también a su través. La permanencia del sistema, su eficacia, no consiste, en definitiva, en la perfección de la quietud, sino en la permanente gestión de la perturbación.

Sin embargo, cuando quién está llamado, en último término, a depurar el ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional, eliminando o corrigiendo las correspondientes disfunciones del sistema, pasa a ser el órgano determinante en el apuntalamiento de las mismas, bien porque él mismo las crea, bien porque las acepta o tolera, al no reconocerlas como tales o bien, sencillamente, por no proceder a su control, las patologías aumentan exponencialmente su nivel de enquistamiento o de arraigo en el sistema, deviniendo entonces especialmente complicada su erradicación. De esta manera, lo nocivo, lo que a la larga conduce a mermar la inmunidad del ordenamiento en su conjunto, no son tanto las patologías del sistema como, fundamentalmente, que el sistema no combata las patologías de que adolece. El ordenamiento jurídico exhibe y refuerza su inmunidad justamente ejerciéndola.

CONCLUSION

I

The classic «fight against the immunities of power» was, as García de Enterría conceived it, the struggle to subject the administrative activity to contentious jurisdiction, eliminating thus the strongholds then not subjected to the law. Marked by this initial significance, the immunities of power moved on to the common legal acquis as a useful formula for designating those areas exempted from judicial review and, therefore, unacceptable in the rule of law. The case is that this traditional material sense, with which the expression has endured in the doctrine and the case law, has contributed both to omitting its true meaning and to isolating it from the context in which it originally arose, where it displays its true purport.

Although those immunities of power were areas exempt from judicial review, they were so as reflections of the *legibus solutus* power that existed at that time. And that is decisive. Only because there was an immune power, in the sense of prelegal and meta-positive, were there immunities of power, which were no more than its logic emanation. Since there was an external element to the legal system (immune power) which conditioned it from the outside, all its expressions enjoyed, necessarily, that very same nature. A heteroreferent system generates, as it is inevitable, heteroreferentialities. And such a thing happens, not only in the dictatorial order analyzed by García de Enterría, but

in any other where a *legibus solutus* sovereign does exist. The traditional expression highlighted, in short, a heteroreferent functioning logic, even though it crystallized in the legal literature by its most immediate material meaning, by which today it is even recognized.

Thus, the fight against the immunities of power, as originally conceived, was the struggle for the rule of law; that is, for subjecting those specific administrative manifestations to the law, but not to end up with the own heteroreference of the legal system itself. The immunities of power were eliminated, but the immune power remained intact. Although in the short term such a struggle was necessary and successful, in order to definitively combat those immunities, it was necessary to eradicate the ultimate source of them; that is, to end up with the heteroreferent nature of the legal order.

Such a thing would only happen when the Constitution was the Supreme Norm. Then, not only the limit, but the very foundation of all State powers would be established in a norm and not in non-normative elements; that is, outside the law. That is why in the long run and indirectly, the fight against the immunities of power led to the struggle for the immunity of the legal system; that is, for the two qualities of self-reference and positivity that enable it to be sovereign. Thus, what is immune is no longer any foreign and elusive political power, since it would not validly exist as such, but the legal order itself. Immunity, therefore, does not belong to what it is outside the legal order but to the legal order itself that, like the biological organism, tries to be an entity protected from foreign inferences (self-referent) and, at the same time, adapted to the social environment in order to survive as such (positive). In these new coordinates, the fight should no longer be *against* the immunity of power, if it is consistently understood in normative terms as the legal system, but undoubtedly *for* it.

Rather than combating these indirect manifestations of a *legibus solutus* sovereign today extinct, the normative system should now focus on keeping its

self-reference and positivity. This is achieved in an excellent way when it is articulated as a procedural democracy. Refusing to place its ultimate defenses on certain material options and putting them on the processes themselves, on its own means, procedural democracy can subsist in very heterogenous contexts, precisely because it is able to manage high levels of social complexity. Procedural democracy subsists just displaying channels of communication with the social environment and ensuring the compliance with the procedures, renouncing in this way to have material enemies. In its existence as an open, free and plural process rests its best and only defense, in short, its immunity.

It is not difficult, however, to claim the contrary and to understand that protecting democracy is defending the basic values on which it is based. This is, in fact, what the militant democracy does. However, the combative character classically attributed to it is feigned. To protect itself, the former gives up the self-referent functioning and diminishes its positivity: it ends up placing its ultimate criteria of validity on an axiological (democratic-liberal) order and defending its essence through equally heteroreferent tools (the instruments of defense of the Constitution). Militant democracy is then no more immune as a system, but more vulnerable. Trying to protect that axiological order, it ends up turning, at its ends, heteroreferent. Precisely for this reason, it is not far-fetched to claim that, in this system, there is truly an immune power (democratic-liberal order) whose typical manifestations, the instruments of defense of the Constitution, are its logic emanations (immunities of power).

II

If the empire of constitutional sovereignty displaces the immune power and its correlative immunities, the traditional fight inevitably becomes obsolete within these self-referent coordinates. The legal system thus ceases to fight against those reflective manifestations of powers placed outside the law, to do so against foreign bodies which now arise in its positivity. If the «pre-

sovereign» discourse was that of the immunities of power, the sovereign one is that of pathologies. While the logic of the former is heteroreferent, since it puts face to face political power and the Law, adopting the perspective of the latter as if it externally observed everything that the former tried to subtract from it, the logic of the latter is fully self-referent. That is why it perfectly fits into the constitutional State. The legal order no longer observes anything outside itself but its own recursive functioning. That is precisely why the anomalies that arise, necessarily within it, are its own product and, in that sense, do not constitute immunities of any power but, coherently, pathologies of the system.

The contemporary challenge of the legal order is no longer to deal, as in the past, with foreign elements but, strictly speaking, to face itself, that is to say, that wide range of elements that, nesting within it, undermine its identity. Far from simplifying the problem, this situation makes it much more complex. And it does so, in a way, because pathologies present a high complexity which they develop in order to be embedded and survive in a system that is in itself extremely complex. Not all of them are of the same type, nor do they attack systemic identity in the same way or, in most cases, their existence is obvious, but the opposite. They polish and refine their existence and functioning seeking their best adaptation to the legal order where they try to reside. And they do so in such a way that, when it does not completely neutralize its detection, makes it remarkably more difficult.

Even if the different nature of pathologies makes it remarkably difficult to classify them, it seems possible to distinguish between two great types depending on their respective origin. The division between exogenous and endogenous pathologies allows explaining how the identity of the system can be damaged both by incorporating elements contrary to it –which are those that hold this presumption of harmfulness– and by distorting others placed, at least originally, at its service (presumption of kindness). Although it is not always easy to identify a pathology as belonging to one type or another, it seems

possible to state that the exogenous ones are necessarily introduced at an infraconstitutional level and that the endogenous ones have, at least in large part, constitutional roots.

What happens, and that is the result of the complexity of the system itself, is that an exogenous element is not always necessarily harmful. It can play a role at the service of the identity of the legal order (exogenous *prima facie* pathology), even if it must always be kept under suspicion. In the same way, an endogenous element is not always and in all circumstances beneficial, because it can move away from the function that is systemically assigned to it or cease to perform it. Therefore, both the presumption of harmfulness and the presumption of kindness are *iuris tantum*. This being so, pathologies can come from exogenous elements not likely to develop a function compatible with the identity of the system (*stricto sensu* exogenous pathologies) or from endogenous elements that have separated or cannot perform the one assigned to them (endogenous pathology).

Thus, the question that pathologies undoubtedly bring forward is that of *dysfunctionality*. Regardless of their respective origin (endogenous or exogenous), that is, ultimately, the criterion of their identifying. In fact, it is entirely consistent with the self-referent functioning of a dynamic system that it is the lack or incorrect performance of a function at the service of the latter what activates the harmfulness of an element; even what makes it difficult to detect a pathology, because such a thing –functionality– is usually a matter of degree. This dysfunctionality, however, has largely tended to be interpreted in active terms, that is, by identifying as dysfunctional what is deviated from the task that something is assigned to, performing others. Nonetheless, dysfunctionality can also be passive, insofar as certain elements see hampered or diminished their function or effectiveness in the face of the dynamism of the modern legal system, to which they have not been correctly adapted. Both modalities can be experienced both by exogenous and endogenous elements.

That is, in both cases, what proves their harmfulness and, therefore, their translation into pathologies of the system.

III

The existence of pathologies within the legal order forces it to detect as harmful which undermines its identity, even if they are usually masked pretending to be attractive; and, once the pathology has been diagnosed as such, to fight against it as a self-referent and positive order, that is, without giving up its own means of action but through them. A different defence would be, in short, another attack. Thus, the fight against pathologies cannot be said to be the old fight against the immunities of power but the struggle to preserve, ultimately, the immunity of the legal system as a whole (self-reference and positivity).

While the existence of pathologies is detrimental to the legal order, it also contributes to testing its reaction capacity and, in short, its own effectiveness. They operate, in this sense, as learning motives that serve to test the levels of immunity that the system holds. As long as it identifies and eliminates the pathologies, task in which the jurisdiction plays a crucial role and, in particular, the Constitutional Court as the highest interpreter of the Supreme Norm, it improves its capacity to react and, with it, strengthens its immunity (self-reference and positivity). The legal order is tested through what threatens it and, from this perspective, it is consistent to argue that the former is not protected *against* pathologies but also *through* them. The permanence of the system, its effectiveness, is not, in short, the perfection of stillness, but the permanent management of the disturbance.

However, when, who is called, ultimately, to refine the legal system, the Constitutional Court, eliminating or correcting the corresponding dysfunctions, becomes the main responsible for underpinning them, either crating, tolerating, by not recognizing them as such or, not proceeding to their

control, the pathologies exponentially increase their level of entrenchment in the system, thus eradicating them becomes especially complicated. What is harmful, what contributes to undermining the immunity of the legal order as a whole, therefore, is not so much the pathologies of the system but rather that the system does not combat the pathologies from which it suffers. The legal order displays and reinforces its immunity, precisely, exercising it.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, B.: *We the People. Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, Massachusetts, 1991.

- «The rise of world constitutionalism», *Virginia Law Review*, vol.83, 1997, pp.771 y ss.
- *We the People, Vol. 2: Transformations*, Belknap Press for Harvard University Press, Harvard, 1998.
- *Before the next attack: Preserving Civil Liberties in the Age of Terrorism*, Yale University Press, New Haven, 2007.

AGUIAR DE LUQUE, L.: «Encuesta sobre la renovación del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp.47 y ss.

AGUILÓ REGLA, J.: «Presunciones, verdad y normas procesales», *Isegoría*, núm.35, 2006, pp. 9 y ss.

- «Las presunciones en el Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm.34, 2018, pp.201 y ss.

AHUMADA RUIZ, M.: *La jurisdicción constitucional en Europa*, Civitas, Madrid, 2005.

ALÁEZ CORRAL, B.: «Soberanía constitucional e integración europea», en PUNSET BLANCO (Coord.): *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional (Soberanía y Constitución)*, Junta General del Principado de Asturias, KRK, Oviedo, 1998, pp.503 y ss.

- *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, CEPC, Madrid, 2000.
 - «El concepto de supresión general de los derechos fundamentales», en LÓPEZ GUERRA, L.; ESPÍN TEMPLADO, E. (Coord.): *La defensa del Estado. Actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp.233 y ss.
 - «La reforma constitucional como motor de las transformaciones actuales del Estado español», en PÉREZ ROYO, J.; URÍAS MARTÍNEZ, J.P.; CARRASCO DURÁN, M. (Coords.): *Derecho Constitucional para el S.XXI*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp.413 y ss.
 - «Globalización jurídica desde la perspectiva del Derecho constitucional español», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.40, 2017, pp.255 y ss.
 - «El procedimiento de reforma constitucional cuarenta años después», en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L.; PUNSET BLANCO, R. (Coords.): *Cuarenta años de Constitución normativa (1978-2018)*, Thomson Reuters, Navarra, 2018, pp.639 y ss.
 - «Constitución española e integración en la Unión Europea», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. (Coord.): *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: estudios sobre la Unión Europea. Homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo al Profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Thomson Reuters, Navarra, 2019, pp.39 y ss.
- ALBERT, R.: «The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada», *Queen's Law Journal*, num.41, 2015, pp.143 y ss.
- «Four Unconstitutional Constitutions and Their Democratic Foundations», *Cornell International Law Journal*, vol.50, issue 2, 2017, pp.169 y ss.
 - «Discretionary Referenda in Constitutional Amendment», *Boston College Law School Legal Studies Research Paper* No. 460, 2017, pp.1 y ss.
 - «The Case for Presidential Illegality in Constitutional Amendment», *Drake Law Review*, vol.67, num. 4, 2020, pp.857 y ss.
- ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, CEC, Madrid, 1993.

ALMAGRO NOSETE, J.: *Derecho procesal, T. II, Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.

ALONSO GARCÍA, R.: «Constitución Española y Constitución Europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.73, 2005, pp.339 y ss.

ALONSO GONZÁLEZ, L. M.: «La Declaración tributaria especial: luces y sombras de la "amnistía fiscal" o el dulce sabor de la zanahoria», *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 111, núm. 3, 2012, pp. 655 y ss.

ALONSO SANZ, L., VÁZQUEZ ALONSO, V.: *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica Ediciones Universitarias, Sevilla, 2017.

ALCÁZER GUIRAO, R.: «Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm18-11, 2016, pp. 1 y ss.

– «Opiniones constitucionales», *InDret*, 2018.

– «Artículo 18.2. El derecho a la inviolabilidad del domicilio», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.; CASAS BAAMONDE, M.E. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Vol. I., Wolters Kluwer, BOE, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 530 y ss.

ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación de la Constitución*, CEPC, Madrid, 1984.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L.: «Lealtad constitucional y partidos políticos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 10-11, 2002, pp.445 y ss.

– «La defensa de la Constitución durante el periodo de entreguerras», *Historia Constitucional*, núm. 7, 2006, pp.229 y ss.

– *La lealtad constitucional en la Constitución española de 1978*, CEPC, Madrid, 2008.

ALZAGA VILLAMIL, O.: «Sobre la composición del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.10-11, 2002-2003, pp.149 y ss.

– *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016.

AMOEDO-SOUTO, C.A.: «Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm.86-87, 2020, pp.66 y ss.

ANDERSON, C., MATZINGER, P.: «Danger: the view from the bottom of the Cliff», *Seminars in Immunology*, vol. 12, 2000, pp.321 y ss.

ANDERSON, W.: «Getting ahead of One's Self? The common culture of Immunology and Philosophy», *Isis*, vol.105, num. 3, 2014, pp.606 y ss.

ANZILOTTI, D.: *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905.

ARAGÓN REYES, M.: «El control parlamentario como control político», *Revista de Derecho Político*, núm.23, 1986, pp.11 y ss.

- «La eficacia jurídica del principio democrático», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, pp. 9 y ss.
- *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989.
- «La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, 1994, pp.9 y ss.
- *Libertades económicas y Estado Social*, McGraw Hill, Madrid, 1995.
- «Veinticinco años de monarquía parlamentaria», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.24, 2004, pp. 11 y ss.
- *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid, 2016.
- «La monarquía parlamentaria», en PENDÁS, B. (Dir.): *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectiva*, vol. I, CEPC, Madrid, 2018, pp.631 y ss.

ARANA GARCÍA, E: «Uso y abuso del decreto-ley», *Revista de la Administración Pública*, núm.191, 2013, pp.337 y ss.

ARANDA, E. (Coord.): *Lecciones constitucionales de 314 días con el Gobierno en funciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ARCE JANÁRIZ, A.: «Insuficiencias del control parlamentario en las Comunidades Autónomas», en *Informe de Comunidades Autónomas*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1996, pp.639 y ss.

- ARENDRT, H.: *Pensar sin asideros. Ensayos de comprensión 1953-1975*, vol. I y vol. II, trad. R. Ramos Fontecoba, Página indómita, Madrid, 2019.
- ARNALDO ALCUBILLA, E.: «Procesos electorales y opinión pública», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 34, 1995, pp. 173 y ss.
- ARROYO GIL, A.: «De cómo por un mal camino se puede llegar a un buen sitio», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17, 2013, pp.20 y ss.
- ARROYO ZAPATERO, L.: «Derecho penal económico y Constitución», *Revista Penal*, vol. I, 1998, pp.1 y ss.
- ARRUEGO, G.: «Los confines del derecho fundamental a la vida», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 115, 2019, pp. 111 y ss.
- ARTHUR, C.: «Hard Cases Make Good Law», *Yale Law Journal*, num.33, 1923-1924, pp.78 y ss.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X.: *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2014.
- ASTARLOA-HUARTE MENDICOA, I.: «Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español», *Revista de la Administración Pública*, núm.106, 1985, pp.97 y ss.
- ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J.: *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: «Constitución del pluralismo y método jurídico», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 21, 2008, pp.447 y ss.
- «La autonomía del ordenamiento de la Unión y las "Funciones Esenciales" de su sistema jurisdiccional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, pp. 225 y ss.
- BACHOF, O.: *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, trad. L. Álvarez Álvarez, Palestra Editores, Perú, 2008.
- BARAK, A.: *Judicial discretion*, Yale University Press, New Heaven and London, 1989.
- «Unconstitutional Constitutional Amendments», *Israel Law Review*, vol. 4, issue 3, 2011, pp.321 y ss.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997

- «La inviolabilidad del domicilio», en PENDÁS, B. (Dir.): *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, Vol. 3, CEPC, Madrid, 2018, pp.2221 y ss.

BARRERE UNZUETA, M.: *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997.

BARRERO ORTEGA, A.: *La libertad religiosa en España*, CEC, Madrid, 2006.

BASTIDA FREIJEDO, F.: *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura*, Ariel Derecho, Barcelona, 1986.

- «Constitución, soberanía y democracia», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm.8, 1991, pp.9 y ss.
- *El régimen jurídico de la comunicación social*, Instituto de Estudios Económicos, 1994.
- «La soberanía borrosa: la democracia», en PUNSET BLANCO (Coord.): *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional (Soberanía y Constitución)*, Junta General del Principado de Asturias, KRK, Oviedo, 1998, pp.381 y ss.
- «De las defensas y aperturas de la Constitución», en LÓPEZ GUERRA, L.M., ESPÍN TEMPLADO, E. (Coord.): *La defensa del Estado. Actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp.15 y ss.
- «El derecho fundamental a la vida y la autonomía del paciente», en PRESNO LINERA, M. A. (Coord.): *Autonomía personal, cuidados paliativos y derecho a la vida*, Procuradora General del Principado de Asturias, Oviedo, 2011, pp. 23 y ss.
- «La Corona y la República», en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L.; PUNSET BLANCO, R. (Coords.): *Cuarenta años de Constitución normativa (1978-2018)*, Thomson Reuters, Navarra, 2018, pp.363 y ss.

BASTIDA FREIJEDO, F. et al.: *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2005.

BAUDRILLARD, J.: *La Transparence du Mal. Essai sur les phénomènes extremes*, Editions Galilée, París, 1990.

BEAUD, O.: «Le souverain», *Pouvoirs*, num. 67, 1993, pp. 34 y ss.

- *La puissance de l'État*, PUF, Paris, 1994.
- BECKSTROM, J.H.: *Evolutionary jurisprudence: prospects and limitations on the use of modern Darwinism throughout the legal process*, Illinois University Press, 1989.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, E.: «Los límites a la reforma constitucional ante propuestas más propias de una revolución», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, pp. 261 y ss.
- «La evaluación y el control de los actos del Rey como presupuesto para mejorar la racionalización democrática de la Corona», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 51, 2015, pp.155 y ss.
- BERLIA, G.: «Le problème de la constitutionnalité du référendum du 28 octobre 1962», *Revue du Droit Public*, 1962, pp.936 y ss.
- BERMEO, N.: «On democratic backsliding», *Journal of Democracy*, vol. 27, num.1, 2016, pp.5 y ss.
- BERNAL PULIDO, C.: «Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia. An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, issue 2, 2013, pp.339 y ss.
- «Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una Constitución», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 22, 2018, pp. 59 y ss.
- BERTHÉLEMY, J.; DUEZ, P.: *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1933.
- BEYME, K.: «La protección del ordenamiento constitucional y del sistema democrático en la República Federal de Alemania», *Revista de Estudios Políticos*, núm.35, 1993, pp.73 y ss.
- BICKEL, J.: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, The Bobbs-Merrill Company, Inc., New York, 1962.
- BIGLINO CAMPOS, P.: «La inviolabilidad de la persona del Rey y el refrendo de sus actos», en AA.VV.: *La Monarquía parlamentaria, VII Jornadas de Derecho Parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001, pp.201 y ss.

- BILBAO UBILLOS, J.: «La llamada Ley Mordaza: ley orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, pp.217 y ss.
- BIRCH, C., COBB, J.: *The liberation of life. From the cell to the community*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P.: «Sui limiti della revisione costituzionale», en *Annali del Seminario giuridico dell' Università di Catania*, num.3, 1958, pp.122 y ss.
- BLACHÈR, P.: *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale: la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution*, PUF, París, 2001.
- BLACKSTONE, W.: *Commentaries on the Laws of England*, vol. I., Bancroft-Whitney Company, San Francisco, 1915.
- BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del Derecho*, Editorial Debate, 1990.
- BOBEK, M.: *Comparative reasoning in European Supreme Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- BOCKENFÖRDE, E. W.: *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. J. L. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1992.
- *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. De Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000.
- BODIN, J.: *Les six livres de la République*, Scientia Aalen, Paris, 1961.
- BOGDANDY, A.; VILLALÓN, C.; HUBER, P.: *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- BORRADORI, G.: *Philosophy in a Time of Terror: Dialogues with Jürgen Habermas And Jacques Derrida*, The University of Chicago Press, Chicago, 2003.
- BRANCHET, B.: *La révision de la constitution sous la Vè République*, LGDJ, París, 1994.
- BROSSAT, A.: *La démocratie immunitaire*, La Dispute, Paris, 2003.
- BRUGGER, W.: «May Government Ever Use Torture? Two Responses From German Law», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 48, issue 4, 2000, pp.661 y ss.

- BRYCE, J.: «Flexible and rigid Constitutions», *Studies in History and Jurisprudence*, vol. 1, Oxford University Press, 1901, pp.124 y ss.
- BURATTI, A.: *Dal diritto di resistenza al método democrático. Per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, Giuffrè Editore, Milán, 2006.
- BURDEAU, G.: *Traité de Science politique*, tomo IV, 2ª ed., París, 1969, LGDJ.
- BURNET, M.: *The integrity of the body*, Cambridge University Press, Cambridge, 1963.
- BUSTOS GISBERT, R.: *La Constitución en red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, IVAP, Oñati, 2005.
- BUTRÓN BALIÑA, P.M.: *La conformidad del acusado en el proceso penal*, McGraw Hill, Madrid, 1998.
- CAHALAN, M., GUTMAN, G.: «The sense of place in the immune system», *Nature Immunology*, vol.7, 2006, pp.329 y ss.
- CALVO VÉRGEZ, J.: «Luces y sombras en torno a la nueva declaración tributaria especial: ¿un supuesto de regularización próximo a la amnistía fiscal?», *Crónica tributaria*, núm. 146, 2013, pp.7 y ss.
- CANCIO MELIÁ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.): *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. I y II, Edisofer, Madrid, 2006.
- CANES-WRONE, B.; DORF, M.: «Measuring the chilling effect», *New York University Law Review*, vol. 90, 2015, pp.1095 y ss.
- CANO PAÑOS, M. A.: «Análisis ético-jurídico de la denominada “tortura de rescate” ¿Quebrantamiento de un tabú?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm.12, 2014, pp.13 y ss.
- CAPOCCIA, G.: «Militant Democracy: The Institutional Bases of Democratic Self-Preservation», *Annual Review of Law and Social Science*, vol.9, 2013, pp. 207 y ss.
- CARMONA CONTRERAS, A. M.: *La configuración constitucional del decreto-ley*, CEPC, Madrid, 1997.
- «Decreto-ley y crisis económica. O cuando la necesidad (política) no hace virtud (constitucional)», *Diritto & Questione Pubbliche*, XVII, 2017, pp.107 y ss.

– «El decreto-ley: configuración constitucional y praxis aplicativa», PENDÁS, B. (Dir.): *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectiva*, vol. I, CEPC, Madrid, 2018, pp.2063 y ss.

CARRE DE MALBERG, R.: *Contribution à la Théorie Général de l'État*, tome II, CNRS, París, 1922.

– *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Sirey, Paris, 1931.

CARRILLO, M.: «Parlamento y Gobierno en funciones», *Diario La Ley*, núm.8780, 2016.

– «Las atribuciones del Gobierno en funciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, 2017, pp.121 y ss.

CATOIRA, A.: «El Estado de alarma en España», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 313 y ss.

CAVARERO, A.: *Corpo in figure*, Feltrinelli, Milán, 1995.

CAZORLA PRIETO, L. M.: *La llamada "Amnistía Fiscal": estudio pormenorizado de la regulación fiscal especial: (Real Decreto-Ley 12/2012 de 30 de marzo)*, Thomson-Reuters, Navarra, 2012.

– «La inserción de la llamada amnistía fiscal en nuestro ordenamiento jurídico», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm.157, 2013, pp.73 y ss.

CHUECA, R.: «El marco constitucional del final de la propia vida», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.85, 2009, pp. 99 y ss.

CICCONETTI, E. M.: *La revisione della Costituzione*, Cedam, Padova, 1972.

CLARK, R.C.: «The Interdisciplinary Study of Legal Evolution», *Yale Law Journal*, núm.90, 1981, pp. pp.1238 y ss.

COHEN, E.: *A body worth defending. Immunity, Biopolitics and the Apotheosis of the Modern Body*, Duke University Press, Durham and London, 2009.

COHEN I.: «Kadishman's tree, Escher's angels, and the immunological homunculus», en COUTINHO, A., KAZATCHKINE, M. (Eds.): *Autoimmunity: Physiology and Disease*, Wiley-Liss, New York, 1994, pp. 7 y ss.

- «Discrimination and dialogue in the immune system», *Immunology*, vol. 12, num.3, 2000, pp. 215 y ss.
- COLE, D.: *Securing Liberty: Debating Issues of Terrorism and Democratic Values in the Post-9/11 United States*, Idebate Press, New York, 2011.
- COLEMAN, P. B.: *Censored: how european «hate speech» laws are threatening freedom of speech*, Kairós, Viena, 2012.
- COLOMINA CEREZO, P.: «Art.17.2. Detención preventiva», en CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (Coords.): *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Tomo I, Wolters Kluwer, BOE, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 464 y ss.
- COLON-RÍOS, J.; HUTCHINSON, A.: «Democracy and Revolution: An Enduring Relationship?», *Denver University Law Review*, vol. 89, num.3, 2012, pp. 593 y ss.
- CONTRERAS CASADO, M.: «Sobre el Título X de la Constitución Española: De la reforma constitucional», *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992, pp. 305 y ss.
- CONTRERAS NAVIDAD, S.: *La protección del honor, la intimidad y la propia Imagen en internet*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012.
- CORBIN, A.: «The Law and the Judges», *Yale Review*, vol.3, 1914, pp.234 y ss.
- COTINO HUESO, L.: «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm.86-87, 2020, pp. 88 y ss.
- COUTINHO, A.: «Size and connectivity: A bit of history of the immune networks», *Journal of theoretical Biology*, num. 149, 1991, pp.17 y ss.
- CRUZ VILLALÓN, P.: «El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.2, 1981, pp. 93 y ss.
- *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.
- «Normalidad y excepción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.71, 2004, pp.187 y ss.

- «El Tratado según la Constitución: tres planteamientos», en CARRILLO, M.; LÓPEZ BOFILL, H. (Coords.): *La Constitución Europea: actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2006, pp.21 y ss.
- CUERDA ARNAU, M. L.; GARCÍA AMADO, J. A. (Dir.): *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- DAVIS, K.C.: *Discretionary Justice: A Preliminary Enquiry*, Louisiana State University Press, Louisiana, 1969.
- DE AREILZA CARVAJAL, J. M.: «La inserción de España en la nueva Unión Europea: la relación entre la Constitución Española y el Tratado Constitucional (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.73, 2005, pp.365 y ss.
- DE BAECQUE, A.: *Le corps de l'histoire. Métaphores et politique (1770-1800)*, Calmann-Lévy, Paris, 1993
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C.: *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, CEPC, Madrid, 2002.
- DE DIEGO DÍEZ, L.: *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.: «Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad», *Revista de Derecho Procesal*, núm.1, 2007, pp.701 y ss.
- DE OTTO, I.: *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, CEC, Madrid, 1985.
- «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, M.; DE OTTO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp.95 y ss.
- «El mando supremo de las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 23, 1988, pp. 11 y ss.
- *Estudios sobre el poder judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 2010.

- «La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional», en *Obras Completas*, CEPC, Universidad de Oviedo Madrid, 2010, pp. 1163 y ss.
- «Estudios sobre el derecho estatal y autonómico», en *Obras Completas*, CEPC, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2010, pp.705 y ss.

DE PANSEY, H.: *De la autorité judiciaire en France*, Paris, Théophile Barrois Père, 3ª éd. 1827.

DE VEGA GARCÍA, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.

DE VERGOTTINI, G.: «La difícil convivencia entre libertad y seguridad. Respuesta de las democracias al terrorismo», *Revista de Derecho Político*, núm. 61, 2004, pp.11 y ss.

DEL MORAL GARCÍA, A.: «La conformidad en el proceso penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)», *Revista Auctoritas Prudentium*, núm.1, 2008, pp.1 y ss.

DELGADO DEL RINCÓN, L.: «El TEDH y las condenas a España por vulneración del Derecho a ser juzgado en un plazo razonable: las dificultades para alcanzar una duración óptima de los procesos judiciales», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 569 y ss.

DELGADO RAMOS, D.: «El veto presupuestario del Gobierno», *Revista de Estudios Políticos*, núm.183, 2019, pp.67 y ss.

DEMETRIO CRESPO, E.: «Del ‘Derecho penal liberal’ al ‘Derecho penal del enemigo’», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm.14, 2004, pp. 87 y ss.

DENNINGER, E.: «Democracia militante y defensa de la Constitución», en BENGA, E.; MAIHOFFER, W.; VOGEL, J.; HESSE, K.; HEYDE, W.: *Manual de Derecho Constitucional*, trad. A. López Pina, Marcial Pons, IVAP, Madrid, 1996, pp.445 y ss.

DEROSIER, J.: *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Étude comparée: Allemagne, France, Italie*, LGDJ, Paris, 2015.

DERRIDA, J.: *Foi et savoir*, Seuil, Paris, 2000.

– «Autoimmunity: real and symbolic suicides», *Philosophy in a time of terror: Dialogues with Jürgen Habermas and Jaques Derrida*, Chicago University Press, Chicago, 2003.

– *Canallas. Dos ensayos sobre la razón*, Trotta, Madrid, 2005.

DERSHOWITZ, A. M.: «Tortured reasoning», en LEVISON, S. (Ed.): *Torture. A Collection*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp.257 y ss.

– «Torture should be legalized and regulated», en *Is Torture Ever Justified?*, Greenhaven Press, USA, 2005, pp.22 y ss.

DÍAZ BUESO, L.: «La relevancia pública en el derecho a la información», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.66, 2002, pp. 213 y ss.

DÍAZ ESPINOSA, A.: «Las redes sociales como reto para los derechos de la personalidad y la protección de datos», en CHUECA, R. (Coord.): *Las fronteras de los derechos fundamentales en la Constitución normativa*, CEPC, Madrid, 2019, pp. 339 y ss.

DICEY, A.: *An introduction to the study of the law of the Constitution*, 8º ed., Macmillan, London, 1915.

DÍEZ SASTRE, S.: «La formación de conceptos dogmáticos en el Derecho Público», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 31, 2015, pp. 105 y ss.

DÍEZ-PICAZO, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, 4ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2013.

DONALD ELLIOT, E.: «The Evolutionary Tradition in Jurisprudence», *Columbia Law Review*, vol.85, 1985, pp.38 y ss.

– «Law and Biology: The New Synthesis?», *Saint Louis University Law Journal*, vol.41, 1997, pp.595 y ss.

DURKHEIM, E.: *La división del trabajo social*, Schapire Editor, Buenos Aires, 1967.

– *Las reglas del método sociológico*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

DWORKIN, R.: *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978.

– *Justice for Hedgedogs*, Harvard University Press, Cambridge, 2013.

- DWYER, J.: *The body at war. The story of our immune system*, Londres, 1988.
- EBERL, G.: «Immunity as equilibrium», *Nature Reviews Immunology*, vol.16, 2016, pp.524 y ss.
- EHRlich P.: «Horror autotoxicus: the concept of autoimmunity», en SILVERSTEIN A.M.: *A History of Immunology*. Elsevier, London, 2009, pp.160 y ss.
- ELVIRA PERALES, A.: «Las Comisiones de Investigación en el Bundestag. Un estudio de jurisprudencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.19, 1987, pp.263 y ss.
- «Información y comparencias: bases del quehacer parlamentario», en PENDÁS, B. (Dir.): *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, vol. V, CEPC, Madrid, 2018, pp.3655 y ss.
 - «La elasticidad del artículo 18 CE: apuntes», en ARAGÓN REYES, M., JIMÉNEZ CAMPO, J., AGUADO RENEDO, C., LÓPEZ CASTILLO, A., GARCÍA GUERRERO, J. L. (Dirs.): *La Constitución de los españoles: estudios en homenaje a Juan José Solozábal Echavarría*, CEPC, Madrid, 2019, pp. 635 y ss.
- ELY, J. H.: *Democracy and distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980.
- EMBIID IRUJO, A.: «El control parlamentario del Gobierno y el principio de la mayoría parlamentaria. Algunas reflexiones», *Revista de las Cortes Generales*, núm.25, 1992, pp. 7 y ss.
- ESCOBAR ROCA, G.: *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, CEC, Madrid, 1993.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: «Crítica al régimen especial de los rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.16, núm.2, 2016, pp.321 y ss.
- ESPÓSITO, R.: *Immunitas. Protección y negación de la vida*, trad. L. Padilla López, Amorrortu editores, Buenos Aires, 2005.
- *Bíos. Biopolítica y filosofía*, trad. C. R. Molinari, Amorrortu editores, Buenos Aires, 2011.
- EXPÓSITO, E.: «El derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17, 2013, pp.22 y ss.

- «Mayorías en el Estado constitucional», en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (Ed.): *Decidir por mayoría*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp.67 y ss.

FACH GÓMEZ, K.: «Unión Europea e inversiones internacionales: el futuro de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 69, 2017, pp.295 y ss.

FALLER, H.: «Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania», *Revista de Estudios Políticos*, núm.7, 1979, pp.47 y ss.

FATOVIC, C.: *Outside the Law, Emergency and Executive Power*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2009.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991.

FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: *La función de Gobierno en la Constitución Española de 1978*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2002.

- «El control parlamentario y su regulación en el ordenamiento jurídico español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.60, 2000, pp.89 y ss.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El Estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, Edersa, Madrid, 1977.

- «Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, núm.18-19, 1983, pp. 31 y ss.
- «La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 33, 1983, pp.123 y ss.
- «La estructura orgánica del Tribunal Constitucional», en TRUJILLO, G.; LÓPEZ GUERRA, L.; GONZÁLEZ- TREVIJANO, P. (Coords.): *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, CEPC, 2000, pp. 429 y ss.
- «El Tribunal Constitucional como legislador positivo», *Pensamiento Constitucional*, vol. 15, núm. 15, 2011, pp.127 y ss.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: «Del intento de ampliar el ámbito material de la inmunidad parlamentaria a determinados procedimientos civiles», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.14, 1984, pp. 9 y ss.

-
- «Artículo 71», ALZAGA VILLAMIL, O.: *Comentarios a las leyes políticas*, vol.6, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, pp.303 y ss.
 - «Encuesta sobre la renovación del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 23 y ss.
- FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P.: *El juez natural de los parlamentarios*, Civitas, Madrid, 2000.
- FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos, R. Cantarero, Trotta, Madrid, 1995.
- *Derecho y garantías: la ley del más débil*, 5ª ed., trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 2006.
 - «El Derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho penal», *Nuevo Foro Penal*, núm.69, 2006, pp. 13 y ss.
 - *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, Vol.1, trad. P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011.
 - *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011.
- FERRERES COMELLA, V.: *Justicia constitucional y democracia*, CEC, Madrid, 1997.
- «La Constitución Española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional», en LÓPEZ CASTILLO, A.; SÁIZ ARNÁIZ, A.; FERRERES COMELLA, V.: *Constitución española y Constitución europea*, CEPC, Madrid, 2005, pp.77 y ss.
 - *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, Yale University Press, New Haven, 2009.
- FINKELSTEIN, C. O.: «When the Rule Swallows the Exception», *Quinnipiac Law Review Association*, vol.19, num.3, 2000, pp.505 y ss.
- FOUCAULT, M.: *Surveiller et punir*, Gallimard, Paris, 1975.
- *Histoire de la sexualité. 1. 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.

FISS, O.: *The irony of free speech*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.

FOX, G.; NOLTE, G.: «Intolerant democracies», *Harvard International Law Journal*, vol.36, num.1, 1995, pp. 1 y ss.

GALLIGAN, D. J.: *Discretionary Powers*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

GÁLVEZ MUÑOZ, L. A.: «La prohibición de difundir encuestas electorales: ¿una norma inconstitucional?», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 41, 1997, pp.45 y ss.

- *Régimen jurídico de la publicación de las encuestas electorales*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2000.

GARCÍA AMADO, J. A.: «¿Puede estar la tortura moralmente justificada en algún caso?», *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 12, núm. 86, 2016, pp.13 y ss.

- «El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs», *Nuevo Foro Penal*, núm.69, 2006, pp. 101 y ss.

GARCÍA AMADO, J. A.; ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: *Un debate sobre la ponderación*, Palestra Ediciones, Perú, 2016.

GARCÍA CANALES, M.: «El refrendo en las Monarquías», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 212, 1977, pp.235 y ss.

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.

- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1985.
- *Revolución francesa y Administración Contemporánea*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, 18ª ed., Civitas, Madrid, 2017.

GARCÍA MAHAMUT, R.: *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 2000.

- «¿El reconocimiento del derecho de la minoría a crear Comisiones de investigación resultaría suficiente para un ejercicio eficaz del control parlamentario?», *Cuadernos de Derecho Público*, núm.17, 2002, pp.27 y ss.

– *El indulto. Un análisis jurídico-constitucional*, Marcial Pons, Barcelona, 2004.

GARCÍA MORILLO, J.: *El control parlamentario del Gobierno en el ordenamiento jurídico español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1995.

GARCÍA MORILLO, J.; PÉREZ TREMPES, P.: «Legislativo vs. Ejecutivo autonómicos: el problema del control del veto presupuestario», *Parlamento y Constitución*, núm. 2, 1998, pp.9 y ss.

GARCÍA RIVAS, N.: «Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», *Revista General de Derecho Penal*, núm.28, 2017, pp.1 y ss.

GARCÍA ROCA, J.: «El control del Gobierno desde la perspectiva individual del parlamentario (y a la luz del art.23.2 CE)», *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm.25, 1992, pp.161 y ss.

– «Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia», en GARCÍA ROCA, J; SANTOLAYA, P. (Coords.): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2005, pp.727 y ss.

– «La selección de los Magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm.15, 2012, pp.3 y ss.

GARCÍA-ATANCE GARCÍA DE MORA, M. V.: «Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional: garantía de permanencia o ruptura de consenso», *Estudios de Deusto*, vol.65/2, 2017, pp. 85 y ss.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P.: «Sobre la calificación de las enmiendas de contenido presupuestario», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm.13, 2006, pp.45 y ss.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 32, núm.3, 1979, pp. 645 y ss.

GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1977.

– «El ‘statuts’ del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, pp. 11 y ss.

- «El Estado Social y democrático de Derecho en la Constitución Española», en *Obras completas*, Vol. II, CEPC, Madrid, 1991.
- «Estado legal y Estado Constitucional de Derecho», en *Obras Completas*, Vol. III, CEC, Madrid, 1991, pp.3028 y ss.

GARCÍA-ROJO, A.: «El control del ejercicio por el Gobierno de la facultad de veto presupuestario (Comentario a la STC 223/2006, con consideración de la 242/2006)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.80, 2007, pp.309 y ss.

GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado Social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991.

GASCÓN ABELLÁN, M.: *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, CEPC, Madrid, 1990.

GASCÓN CUENCA, A.: *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2016.

GENETET, B.: *Histoire de l'immunologie*, Presses Universitaires de France, París, 2000.

GERBER, K. F.: «Lineamenti di diritto pubblico», *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milán, 1971.

GIANNINI, M. S.: «L'analogia giuridica», *Ius. Rivista di Scienze Giuridiche*, 1942, pp.41 y ss.

GILLMAN, H.: «Preferred Freedoms: The Progressive Expansion of State Power and the Rise of Modern Civil Liberties Jurisprudence», *Political Research Quarterly*, vol. 47, num.3, 1994, pp.623 y ss

GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Contra la prisión permanente revisable», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 71, 2018, pp.491 y ss.

GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I.: «El control del parlamento sobre el llamado veto presupuestario del Gobierno», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm.42, 2017, pp.76 y ss.

- GINSBURG, T.; HUQ, A.: *How to Save a Constitutional Democracy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2018.
- GOLUB, E.; GREEN, D.: *Immunology: a synthesis*, 2ª ed., Sinauer, Massachusetts, 1991.
- GÓMEZ ABEJA, L.: *Las objeciones de conciencia*, CEPC, Madrid, 2016.
- GÓMEZ COLOMER, J.L.: «Sobre aforamientos y principio de igualdad», *Revista de Derecho Procesal*, 2009, pp.499 y ss.
- «Sobre el nombramiento del Presidente y de los vocales del Consejo General del Poder Judicial. Una reflexión desde el sentido común», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm., 44, 2019, pp.209 y ss.
- GÓMEZ CORONA, E.: «Las potestades financieras de las Cortes Generales: del uso al abuso del veto presupuestario sobre las enmiendas con repercusiones financieras», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm.28, 2018, pp.1 y ss.
- «Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e internet», en COTINO HUESO, L.: *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Universidad de Valencia, 2011, pp. 444 y ss.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: «Sucesión a la Corona, abdicación y proclamación», en PENDÁS, B. (Dir.): *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, vol. IV, CEPC, Madrid, 2018, pp.2999 y ss.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: «Expulsiones “en caliente”, devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla», *Revista de Administración Pública*, núm.196, 2015, pp.309 y ss.
- GORDILLO PÉREZ, L. I.: *Constitución y ordenamientos supranacionales*, CEPC, Madrid, 2012.
- GRABER, M., SANFORD LEVINSON, S., TUSHNET, M. (Eds): *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- GRACIA MARTÍN, L.: «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘derecho penal del enemigo’», *Nuevo Foro Penal*, núm. 69, 2006, pp. 137 y ss.

GRECO, L.: «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs», trad. E. Riggi, *InDret*, núm. 4, 2007, pp.159 y ss.

GRINGOLIO et al.: «Towards a liquid self: how time, geography and life experiences reshape the biological identity», *Frontiers in Immunology*, vol.5, 2014, pp.153 y ss.

GROSS, O.: «Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?», *The Yale Law Journal*, vol. 112, num. 5, 2003, pp. 1011 y ss.

GROSS, O.; NI AOLÁIN, F.: *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

GUARESCHI, M.; RAHOLA, F.: «Il sublime dell'eccezione», en PRESNO LINERA, M. (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, Oviedo, 2014, pp.357 y ss.

GUASTINI, R.: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. M. Gascón, M. Carbonell, Porrúa, UNAM, México, 2001.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: «La dignidad quebrada», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.14, 2004, pp.331 y ss.

- «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.

GUTMANN, A.; THOMPSON, D.: *Democracy and disagreement*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.

HÄBERLE, P.: «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución», en *Retos actuales del Estado Constitucional*, Instituto Vasco de la Administración Pública, Oñati, 1996.

- *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional en la sociedad abierta*, trad. E. Mikunda-Franco, Tecnos, Madrid, 2002.

- HAN, B.C.: *La sociedad del cansancio*, trad. A. Saratxaga Arregi, Herder, 1º ed., 7ª reimp., Barcelona, 2012.
- HARAWAY, D.: «The biopolitics of Postmodern Bodies: determinations of Self in Immune System Discourse», *Differences*, num.1, 1989, pp.3 y ss.
- HARIOU, M.: *Précis de droit administratif et droit public*, 8ª ed., Sirey, Paris, 1914.
- *Précis de Droit Constitutionnel*, Sirey, Paris, 1923.
- HART, H.L.A.: *The concept of law*, 2º ed., Clarendon Press, Oxford, 1994.
- HART ELY, J.: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1980.
- HARVEY, A.D.: *Body politic: political metaphor and political violence*, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge, 2007.
- HASSEMER, W.: *La verdad y la búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución*, Ubijus Editorial, México, 2009.
- HELLER, H.: *Teoría del Estado*, trad. L. Tobio, Fondo de Cultura Económica, México, 1942.
- HESSE, K.: *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. P. Cruz Villalón y M. Azpitarte Sánchez, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, CEPC, Madrid, 2011.
- 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.
- HOFFMANN-RIEM, W.: «Libertad y seguridad en la estela de los atentados terroristas», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.12-13, 2003, pp. 471 y ss.
- HOLGADO GONZÁLEZ, M.: «Publicidad e información sobre elecciones en los medios de comunicación durante la campaña electoral», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.40, 2017, pp.457 y ss.
- HOLMES, O.: *The Common Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1881.
- «Law in Science and Science in Law», *Harvard Law Review*, vol. 12, num.7, 1899, pp.443 y ss.

HOVENKAMP, H. J.: «Evolutionary Models in Jurisprudence», *Texas Law Review*, vol.64, num.4, 1985, pp.645 y ss.

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.

ILLUECA BALLESTER, J. E.: «El derecho a la participación política directa. La iniciativa popular, realidad y posibilidades», *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, pp. 1095 y ss.

INVERNIZZI ACCETTI, C.; ZUCKERMAN, I.: «What's Wrong With Militant Democracy», *Political Studies*, num.65, 2017, pp.182 y ss.

IPSEN, J.: «Political parties and constitutional institutions», en STARCK, C. (Ed.): *Studies in German Constitutionalism*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995, pp.195 y ss.

IRTI, N.: *La edad de la descodificación*, trad. L. Rojo Ajura, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992.

IRURETAGOIANA AGUIRREZABALAGA, I.: «Mecanismos de arreglo de diferencias entre inversores y Estados (ISDS) y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea: ¿una ecuación imposible?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 59, 2018, pp.219 y ss.

ISSACHAROFF, S: «Fragile democracies», *Harvard Law Review*, vol.120, num.6, 2007, pp.1405 y ss.

IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (Dir.): *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Aranzadi, Navarra, 2019.

JACKSON, V.: «Unconstitutional Constitutional Amendments: A Window into Constitutional Theory and Transnational Constitutionalism», en BÄUERLE, M. *et al* (Eds.): *Demokratie-Perspektiven Festschrift für Bruno Otto Bryde zum 70*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, pp. 47 y ss.

– *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

JACOBSON, G.: *Constitutional identity*, Harvard University Press, Massachusetts, 2010.

JAKOBS, G.: «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», trad. de Cancio Meliá, en JAKOBS, G; MELIÁ, C.: *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.

JELLINEK, G.: *Teoría General del Estado*, trad. F. de los Ríos, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 2000.

JERNE, N.: «Towards a network theory of the immune system», *Annales de l'Institut Pasteur. Immunologie*, num. 125, 1974, pp.373 y ss.

JIMÉNEZ ALEMÁN, A.: «Universalismo y particularismo en el Tribunal Constitucional: sobre su uso (y abuso) de los precedentes extranjeros», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.40, 2017, pp.531 y ss.

JIMÉNEZ CAMPO, J.: «Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución», *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 7, 1980, pp.6 y ss.

JOHNSON, L.: «Terror, torture and democratic autoimmunity», *Philosophy and Social Criticism*, núm.38, 2012, pp.105 y ss.

JUANATEY DORADO, C.: «Una moderna barbarie: la prisión permanente revisable», *Revista General de Derecho Penal*, núm.20, 2013, pp. 1 y ss.

KANTOROWICZ, E.H.: *The king's two bodies. A study in medieval political theology*, Princeton University Press, 2016.

KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 1ª ed., 2ª reimp., trad. R. J. Vernego, UNAM, México, 1982.

- *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, trad. A. Carrino, Giuffrè, Milano, 1989.
- *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. R. J. Brie y ed. E.Bulygin, Tecnos, Madrid, 1995.
- *Teoría general del Estado*, trad. L. Legaz Lacambra, Comares, Granada, 2002.
- *De la esencia y valor de la democracia*, trad. R. Luengo y L. Legaz Lacambra, Comares, Granada, 2002.
- «La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)», trad. R. Tamayo y Salmorán, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, 2011, pp.249 y ss.

– *What is justice? Justice, Law, and politics in the mirror of science*, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2013.

KIRCHHEIMER, O.: «Weimar – And What then?», en BURIN, F.; SHELL, K. (Eds.): *Politics, Law and Social Change. Selected Essays of Otto Kirchheimer*, Columbia University Press, New York and London, 1969, pp.71 y ss.

– *Costituzione senza sovrano, Saggi di teoria e costituzionale*, a cura di A. Bolaffi, De Donato, Bari, 1982.

KISKA, R.: «Hate speech: a comparison between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court jurisprudence», *Regent University Law Review*, num.25, 2012, pp.107 y ss.

KLAMERT, M.: «The Autonomy of the EU (and of EU Law): Through the Kaleidoscope», *European Law Review*, num.6, 2017, pp. 815 y ss.

KLAMT, M.: «Militant Democracy and the Democratic Dilemma: Different Ways of Protecting Democratic Constitutions», en BRUINSMA, F.; NELKENSUBRAYA, D. (Eds.): *Explorations in Legal Cultures*, Elsevier, La Haya, pp. 133 y ss.

KLEIN, J.: *Immunology: science of self/nonsel self discrimination*, John Wiley and Sons Inc, New York, 1982.

KLEINKNECHT, T.: «La procedure sommaire comme élément de la répression d'actes illicites dans la République Fédérale d'Allemagne», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1962, pp.393 y ss.

KOMMERS, D., MILLER, R: *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3^a ed., Duke University Press, Durham and London, 2012.

KRIELE, M.: *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. E. Bulygin, Depalma, Buenos Aires, 1980.

KUMM, M.: «The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 20, 2013, pp.629 y ss.

LANDAU, D.: «Abusive constitutionalism», *University of California Davis Law Review*, vol.47, 2013, pp.189 y ss.

- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., GASCÓN INCHAUSTI, F.: «¿Por qué se conforman los inocentes?», *InDret*, núm.3, 2018, pp.1 y ss.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; PÉREZ MANZANO, M.; ALCÁCER GUIRAO, R.; ARROYO ZAPATERO, L.; LEÓN VILLALBA, J.; MARTÍNEZ GARAY, L.: «Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.): *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp.17 y ss.
- LATORRE, M.: «La teoría del derecho a la tortura», *Derechos y Libertades*, núm.17, época II, 2007, pp.71 y ss.
- LATOUR, B.: *We have never been modern*, Harvard University Press, Cambridge (Massachussets), 1993.
- LAUDAN, L.: *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo de epistemología jurídica*, trad. C. Vázquez y E. Aguilera, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- LAVILLA RUBIRA, J.L.: «Diversas cuestiones relativas a las prerrogativas de los parlamentarios autonómicos», *Revista de las Cortes Generales*, núm.25, 1992, pp. 219 y ss.
- LEWIS, M.: «Of (Auto-)Immune Life: Derrida, Esposito, Agamben», en MEACHAM, D. (Ed.): *Medicine and Society, New Perspectives in Continental Philosophy*, Springer, New York, 2015, pp.213 y ss.
- LINDE PANIAGUA, E.: «Amnistía e indulto en la Constitución Española de 1978», *Revista de Derecho Político*, núm.2, 1979, pp.55 y ss.
- LINDSAY, A.D.: *The modern democratic State*, Oxford University Press, Oxford, 1943.
- LLOBET ANGLÍ, M.: «¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?», *InDret*, núm.3, 2010, pp.1 y ss.
- LOCKE, J.: *Two treatises of Government*, Guernsey Press, Londres, 1986.
- LOEWESTEIN, K.: «Militant democracy and fundamental rights», *The American Political Science Review*, vol. 31, num. 3, 1937, pp.147 y ss.
- *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976.
- LONG, M.: «Derrida Interviewing Derrida: Autoimmunity and the Laws of the Interview», *Australian Humanities Review*, vol. 54, 2013, pp.113 y ss.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F.: *La oposición parlamentaria y el orden constitucional. Análisis del estatuto de la oposición en España*, CEC, Madrid, 1988.

- «Encuesta sobre determinados status privilegiados por la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.5, 2000, pp.38 y ss.
- LÓPEZ CASTILLO, A.: *Constitución e integración*, CEC, Madrid, 1998.
- LÓPEZ GUERRA, L.: «Algunas consideraciones sobre el derecho de resistencia: insurrección, resistencia y desobediencia civil», en MORENO CATENA, V (Ed.): *Constitución y Derecho Público. Estudios en Homenaje a Santiago Varela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp.261 y ss.
- «El control parlamentario como instrumentos de las minorías», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm.8, 1996, pp.81 y ss.
- LÓPEZ RUBIO, D.: «Radiografía de una propuesta olvidada: la proposición de reforma constitucional de la Junta General asturiana sobre democracia semidirecta», *Estudios de Deusto*, vol.67, núm.2, pp. 263 y ss.
- LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F.: «La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina alemana: parámetros de admisibilidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.34, 1992, pp.99 y ss.
- LÓPEZ-LARREA, C.: *Self and Nonself*, Springer, New York, 2012.
- LOZANO CUTANDA, B.: «Procedimientos abreviados para la represión de las infracciones administrativas: el pago voluntario en cuantía reducida», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 66, 1990, pp.221 y ss.
- LUHMANN, N: *Sociología del diritto*, trad. A. Febbrajo, Laterza, Bari, 1977.
- *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. I. de Otto, CEC, Madrid, 1983.
 - *Essays on self-reference*, Columbia University Press, New York, 1990.
 - *Sociedad y sistema. La ambición de la teoría*, trad. S. López Petit y D. Schmitz, Paidós, Barcelona, 1990.
 - «The coding of the legal system», en TEUBNER, G; FEBRAJJO, A. (Eds.): *State, Law and Economy. Regulation and autonomy in a new perspective*, Giuffrè Editorie, Milan, 1992, pp.145 y ss.
 - *Teoría política en el Estado de Bienestar*, trad. F. Vallespín, Alianza Universidad, Madrid, 1993.
 - «La Constitution comme acquis évolutionnaire», *Droits*, num. 22, 1995, pp.103 y ss.

-
- *Introducción a la Teoría de Sistemas*, trad. J. Torres Nafarrate, Anthropos, México, 1996.
 - *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. S. Pappé y B. Erker, Anthropos, Barcelona, 1998.
 - «Closure and Openess: On reality in the World of Law», en TEUBNER, G.: *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Walter de Gruyter, Berlin, 1998, pp. 335 y ss.
 - *La légitimation par la procédure*, trad. L. K. Sosoe y S. Bouchard, Les presses de l'Université de Laval, Canada, 2001.
 - *El derecho de la sociedad*, 2ª ed., trad. J. Torres Nafarrate, Herder, México, 2005.
 - *Confianza*, trad. A. Flores, Anthropos, Madrid, 2005.
 - *Los derechos fundamentales como institución*, trad. J. Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana, México, 2010.

LUTZ, D. S.: «Towards a theory of constitutional amendment», *American Political Science Review*, vol. 8, num. 2, 1994, pp.335 y ss.

MAESTRO BUELGA, G.; LÓPEZ BASAGUREN, A.: «Garantismo, emergencia y suspensión de derechos fundamentales en la legislación de excepción», *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm.21, 1988, pp.33 y ss.

MARCOS DEL CANO, A.M.; DE LA TORRE, J. (Eds.): *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, Dykinson, Madrid, 2019.

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.

MARTÍN DE LA VEGA, A.: *La sentencia constitucional en Italia. Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*, CEPC, Madrid, 2003.

MARTÍN PALLÍN, J. A.: «¿Es constitucional la conformidad?», *Revista del Poder Judicial*, núm.19, 2006, pp.213 y ss.

- «La inviolabilidad del Rey», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.854, 2012.

MARTÍN REBOLLO, L.: «La Administración de garantías: vigencia y limitaciones», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm.13, 1992, pp.31 y ss.

- «Uso y abuso del decreto-ley (un análisis empírico)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.174, 2015, pp.23 y ss.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *La cláusula de orden público como límite -impreciso y creciente- del ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid, 1975.
- «El orden público como límite al derecho de libertad religiosa», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *Bajo el signo de la Constitución*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1983, pp.111 y ss.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L.: «El aforamiento de los cargos públicos: Derecho español y Derecho Comparado», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.35, 2015, pp.437 y ss.
- MARTÍNEZ ELIPE, L.: «Prerrogativas parlamentarias», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 2000, pp.43 y ss.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: «Fronteras sin derechos. Las "devoluciones en caliente"», en LÓPEZ SALA, A.M.; GODENEAU, D. (Coords.): *Estados de contención, estados de detención: el control de la inmigración irregular en España*, Anthropos, Barcelona, 2017, pp.54 y ss.
- MARTÍNEZ OTERO, J.M.: «Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 2016, pp.119 y ss.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: «Dilaciones indebidas, Justicia constitucional y TEDH: La sentencia del TEDH Soto Sánchez c. España de 25 noviembre de 2003», *Revista europea de derechos fundamentales*, núm.2, 2003, pp. 115-130.
- MASSARO, T.: «Chilling Effects», *University of Colorado Law Review*, vol.88, issue 1, 2016, pp.33 y ss.
- MASSING, O.: «Recht als Korrelat der Macht», en *Der CDU-Staat*, 1967.
- MATÍA PORTILLA, J.: *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, McGraw-Hill Interamericana de España, 1997.
- «Dos Constituciones y un solo control: el lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.74, 2005, pp.341 y ss.

- «Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 541 y ss.

MATÍA PRIM, J.: *El abuso del derecho de huelga*, CES, Madrid, 1996.

MAYER, O.: *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, Munich-Leipzig, 1924.

MEIKLEJOHN, A.: «The first Amendment is an Absolute», *The Supreme Court Review*, 1961, pp. 245 y ss.

MELERO ALONSO, E.: «El retorno en frontera en Ceuta y Melilla (o las “expulsiones en caliente”): un supuesto de Derecho Administrativo del enemigo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 174, 2015, pp.401 y ss.

MILLER, L.: «Rules and exceptions», *Ethics*, num.66, 1956, pp.262 y ss.

MIR PUIG, C.: *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, Librería Bosch, Barcelona, 1986.

MODUGNO, F.: «Il problema dei limiti alla revisione costituzionale (in occasione di un commento al messaggio alle camere del Presidente della Repubblica del 26 giugno 1991)», *Giurisprudenza Costituzionale*, num.2, 1992, pp.1649 y ss.

MOLAS BATLLORI, I.: «La oposición en el parlamentarismo mayoritario», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm.2, 1989, pp.47 y ss.

MOLERO ALONSO, D.: *Las interpelaciones parlamentarias*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003.

MOLERO MARTÍN-, M. P.: *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*, CEPC, Madrid, 2014.

MOLINA FERNÁNDEZ, F.: «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿Es justificable la tortura?», en CUERDA RIEZU, A. (Dir.): *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos*, Madrid, 2006, pp.265 y ss.

MONTERO AROCA, J.: «Los privilegios en el proceso penal», *Poder Judicial*, núm.39, 1995, pp.107 y ss.

MONTERO GIBERT, J. R.: *El control parlamentario*, Tecnos, Madrid, 1984.

MORLOK, M.: *Escritos de Derecho de Partidos*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

MORREE, P.: *Rights and wrongs under ECHR: the prohibition of abuse of rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights*, Intersentia Ltd., Cambridge, 2016.

MORRIS, B.: *Anthropology of the self. The individual in cultural perspective*, Pluto Press, London, 1994.

MORTATI, C.: *La Costituzione in senso materiale*, Giuffré, Milano, 1940.

– «Concetto, limite, procedimento delle revisione costituzionale», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1952, pp.377 y ss.

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.

– «Un objet scientifique à la chanière des sciences biologiques et sociales : la système immunitaire», *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, vol.3, núm.2, 1996, pp.300 y ss.

– «Une science dans le siècle: immunology or the science of Boundaries», KRIGE, J., PESTRE, D. (Ed.): *Science in the twentieth century*, Harwood Academic Publishers, Amsterdam, 1997, pp.479 y ss.

MÜLLER, J.: «Militant democracy», en SAJÓ, A.; ROSENFELD, M. (Ed.): *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp.1253 y ss.

MUÑOZ CONDE, F.: «De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo», *Revista Penal*, núm.16, 2005, pp. 123 y ss.

– «Los orígenes ideológicos del Derecho penal del enemigo», *Revista Penal*, núm.26, 2010, pp.139 y ss.

MURPHY, W.: «Merlin 's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity», en LEVINSON, S. (Ed.): *Responding to imperfection. The theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton University Press, Princeton, 1995, pp. 163 y ss.

MUTSAERS, I.: *Immunological Discourse in Political Philosophy. Immunisation and its Discontents*, Routledge, Nueva York, 2016.

NAAS, M.: *Derrida from Now On*, Fordham University Press, New York, 2009.

- NAPIER, D.: *The Age of Immunology: Conceiving a Future in an Alienating World*, University of Chicago Press, Chicago, 2003.
- NARANJO DE LA CRUZ, R.: «Matrimonio homosexual y categorías jurídicas», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm.17, 2013, pp.24 y ss.
- NIETO, A.: *El arbitrio judicial*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000.
- NILSSON, L.: *The body victorius. The illustrated story of our immune system and other defenses of the human body*, New York, 1987.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A.: «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm.86-87, 2020, pp.22 y ss.
- NÚÑEZ PAZ, M.A.: *Interrupción voluntaria de la vida humana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- OLWIG, K.: *Landscape, nature, and the body politic*, University of Wisconsin Press, Wisconsin, 2002.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L.: «La coacción institucional para desistir del acceso al juez», *Revista de la Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, pp.1437 y ss.
- PACE, A.: *Il potere d'inchiesta delle Assemblée Legislative*, Giuffrè, Milán, 1973.
- «La instauración de una nueva Constitución. Perfiles de teoría constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, núm.97, 1997, pp.9 y ss.
- PACE, A.; VARELA, J.: *La rigidez de las Constituciones escritas*, CEC, Madrid, 1995.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Derecho y derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993.
- PEGORARO, L.: «Para una clasificación dúctil de democracia militante», *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 96, 2013, pp.191 y ss.
- PEÑA FREIRE, M. A.: *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Trotta, Madrid, 1997.
- PERELMAN, A., WEISBUCH, G: *Theoretical and experimental insights into immunology*, Springer Berlin Heidelberg, 1992.
- PÉREZ LUÑO, E.: «La interpretación de la Constitución», *Revista de las Cortes Generales*, núm.1, 1984, pp.82 y ss.

PÉREZ MANZANO, M., TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: «Artículo 15», en CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Tomo I, Wolters Kluwers, Madrid, 2018, pp. 375 y ss.

PÉREZ ROYO, J.: *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

– *Curso de Derecho Constitucional*, 10^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.

PÉREZ ROYO, J.; CARRASCO DURÁN, M. (Dir.): *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

PÉREZ-MONEO AGAPITO, M.: *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

PÉREZ-TREMPS, P.: «Constitución española y Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004, pp.103 y ss.

PFERSMANN, O.: «Shaping Militant Democracy: Legal Limits to Democratic Stability», en SAJÓ, A. (Ed.): *Militant Democracy*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2004, pp.47 y ss.

PINELLI, C.: «Gli appelli alla natura e le prospettive del diritto costituzionale», *Diritto Pubblico*, vol.14, num.3, 2008, pp. 703 y ss.

– «Constitutional Reasoning and Political Deliberation», *German Law Journal*, vol.14, issue 8, 2013, pp. 1171 y ss.

– «Le teorie del costituzionalismo globale e la sfida dei mercati finanziari», 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, pp. 141 y ss.

– «Principi, regole, istituti», *Diritto Pubblico*, vol.21, num.1, 2015, pp.35 y ss.

– «Financial Markets and Societal Constitutionalism», *Journal of Law and Society*, vol.45, issue 1, 2018, pp.204 y ss.

PIZZORUSSO, A.: «Las sentencias "manipulativas" del Tribunal Constitucional italiano», en VV.AA.: *El Tribunal Constitucional*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, pp. 275 y ss.

– «Las inmunidades parlamentarias. Un enfoque comparativista», trad. J. Ballarín, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 2, 1984, pp.27 y ss.

- POERKSEN, U.: *Plastic words. The Tyranny of a Modular Language*, The Pennsylvania State University, Pennsylvania, 1995.
- POPPER, K.: «Self-reference and meaning in ordinary language», *Mind*, num.6, 1954, pp.162 y ss.
- *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. E.Loedel, Buenos Aires, Paidós, 1957.
- POSNER, R.: «Jurisprudence of Skepticism», *Michigan Law Review*, num.86, 1987-1988, pp.827 y ss.
- POST, R.: «Racist Speech, Democracy, and the First Amendment», *William & Mary Law Review*, num.32, 1991, pp. 267 y ss.
- PRADEAU, T; CAROSELLA, E.: «The self model and the conception of biological identity in immunology», *Biology and Philosophy*, vol.2, num. 2, 2005, pp.235 y ss.
- PRESNO LINERA, M.A.: *Los partidos políticos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel, Barcelona, 2000.
- «La participación ciudadana en el procedimiento legislativo como parte de la esencia y valor de la democracia», en *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 27, 2012, pp.96 y ss.
 - «Encuesta sobre el control del poder y quienes lo ejercen», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.31, 2013, pp.19 y ss.
 - «El matrimonio ¿garantía institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012 de 6 de noviembre sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm.19, 2013, pp. 403 y ss.
 - «Fatiga del parlamentarismo y algunas propuestas para revitalizarlo», en PINELLI, C.; PRESNO LINERA, M.: *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, pp.53 y ss.
 - «El primer anteproyecto de ley orgánica para la protección de la seguridad ciudadana», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 34, 2014, pp.269 y ss.
 - «Una crítica al uso de la teoría de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales», en VV.AA.: *Liber amicorum*:

homenaje al profesor Luis Martínez Roldán, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2016, pp.575 y ss.

- «Espacios públicos y ejercicio de derechos fundamentales en la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana», en ALÁEZ CORRAL, B. (Coord.): *Conflicto de derechos fundamentales en el espacio público*, Marcial Pons, Barcelona, 2017, pp.15 y ss.
- «Crónica de una condena anunciada: el Asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España sobre la quema de fotos del Rey», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 239 y ss.
- «¿Es constitucional la pena de prisión permanente revisable?», en ROCA DE AGAPITO, L.: *Un sistema de sanciones penales para el S.XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.251 y ss.
- «El discurso del odio contra las minorías sexuales: respuestas penales y administrativas», en MATIA PORTILLA, J., ELVIRA PERALES, A., ARROYO GIL, A.: *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 279 y ss.
- «Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm.86-87, 2020, pp. 54 y ss.

PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

- *Sobre principios y normas*, CEC, Madrid, 1992.

PUNSET BLANCO, R.: «Sobre la extensión del ámbito personal de las prerrogativas parlamentarias», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol.1, núm.3, 1981, pp.93 y ss.

- «Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios de las Comunidades Autónomas», *Revista de las Cortes Generales*, núm.3, 1984, pp. 111 y ss.
- «En el Estado constitucional hay soberano (Reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional)», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional (Soberanía y Constitución)*, Junta General del Principado de Asturias, KRK, Oviedo, 1998, pp.329 y ss.

-
- «Soberanía estatal e integración europea», *Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm.25, 2011, pp.143 y ss.
 - «Derechos fundamentales y primacía del Derecho europeo antes y después del caso Melloni», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.39, 2017, pp.189 y ss.
- RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, trad. J. Medina Echavarría, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.
- RANDO CASERMEIRO, P.: *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- REBATO PEÑA, E.: *La detención desde la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- REBENTISCH, J.: «Derrida, democracy and America», *Cardozo Law Review*, vol.27, num. 2, 2005, pp. pp.927 y ss.
- REED AMAR, A.: «Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article 5», *Chicago Law Review*, vol.5, num.4, 1988, pp.1043 y ss.
- «The Consent of the Governed: Constitutional Amendment outside Article V», *Columbia Law Review*, vol. 94, 1994, pp.457 y ss.
- REMOTTI CARBONELL, J. C.: *Constitución y medidas contra el terrorismo: la suspensión individual de derechos y garantías*, Colex, Madrid, 1999.
- REQUEJO PAGÉS, J. L.: *Jurisdicción e independencia judicial*, CEC, Madrid, 1989.
- «La posición de las normas internacionales en el ordenamiento español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992, pp.41 y ss.
 - *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, Madrid, MacGraw Hill, 1995.
 - *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, CEPC, Madrid, 1998.
 - «El poder constituyente constituido. La limitación del soberano», en PUNSET, R. (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.361 y ss.

- «Apuntes para una interpretación constitucionalmente conforme de la prerrogativa de gracia», *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, núm.15, 2003, pp.89 y ss.
- «Dependencias y servidumbres del juez independiente», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76, 2006, pp.75 y ss.
- *El sueño constitucional*, KRK, Oviedo, 2016.
- «Artículo 168», en CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*. Tomo II, Wolters Kluwer, BOE, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 1879 y ss.

REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1997.

- *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Ariel, Barcelona, 2000.
- «¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?», *Revista de Derecho Político*, núm.51, 2001, pp.105 y ss.
- «La suspensión individual de los derechos fundamentales en el art.55.2 CE», en ESPÍN TEMPLADO, E., LÓPEZ GUERRA, L. (Coord.): *La defensa del Estado. Actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp.275 y ss.
- «La posición de las minorías en el Estado democrático», en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (Ed.): *Decidir por mayoría*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp.101 y ss.
- «Artículo 55», en CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Tomo I, Wolters Kluwer, BOE, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp.1521 y ss.

RESCIGNO, P.: *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 1998.

RESCIGNO, U: *La responsabilidad política*, Giuffré, Milán, 1967.

REVIRIEGO PICÓN, F.: *El gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español*, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003.

– «La permanencia en funciones del Gobierno en la doctrina del Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, 2017, pp.379 y ss.

REY MARTÍNEZ, F.: *Eutanasia y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2008

– «Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018», *Revista de Derecho Político*, núm.100, 2017, pp.125 y ss.

RICHTER, H.: «Beyond the ‘other’ as constitutive outside: The politics of immunity in Roberto Espósito and Niklas Luhmann», *European Journal of Political Theory*, 2016, pp.1 y ss.

RIPOLLÉS SERRANO, R.: «Gobierno en funciones y control parlamentario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, 2017, pp.155 y ss.

RODOTÀ, E.: «¿Cuál Derecho para el nuevo mundo?», *Revista de Derecho Privado*, núm. 9, 2005.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: «No existe contradicción entre la Constitución Española y la Constitución Europea: la declaración del Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm.20, 2005, pp. 5 y ss.

ROIG TORRES, M.: «Revisión del delito de torturas tras la reciente STEDH de 7 de octubre de 2014 de condena a España. El debate sobre la tortura de rescate (Rettungsfolter)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm.11, 2014, pp.295 y ss.

ROLLNERT LIERN, G.: «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 115, 2019, pp. 81 y ss.

ROSENFELD, M.: *Identity of the constitutional subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, Routledge, Oxford, 2009.

ROSS, A.: *Sobre el Derecho y la justicia*, 5ª ed., trad. G. R. Carrió Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994.

ROVIRA VIÑAS, A.: *El abuso de los derechos fundamentales*, Ediciones Península, Barcelona, 1983.

ROZNAI, Y.: *Unconstitutional Constitutional Amendments. The limits of amendment powers*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

RUBIO LLORENTE, F.: «La doctrina del derecho de resistencia frente al poder injusto y el concepto de Constitución», en VV.AA.: *Libro homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, pp.919 y ss.

- «La Constitución europea y el Tratado de Maastricht», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.36, 1992, pp.253 y ss.
- *La forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993.
- «La constitucionalización del proceso de integración en Europa», *Revista de Occidente*, núm.284, 2005, pp.5 y ss.

RUIPÉREZ ALAMILLO, J.: «De la reforma constitucional y sus límites materiales. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.30, 2012, pp.89 y ss.

RUIZ MIGUEL, A.: «Autonomía individual y derecho a la propia muerte», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.89, 2010, pp. 11 y ss.

SAIZ ARNÁIZ, A.: *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, CGPJ, Madrid, 1999.

- «De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», en LÓPEZ CASTILLO, A.; SÁIZ ARNÁIZ, A.; FERRERES COMELLA, V.: *Constitución española y Constitución europea*, CEPC, Madrid, 2005, pp.51 y ss.

SAJÓ, A.: «From Militant Democracy to the Preventive State», *Cardozo Law Review*, vol. 27, 2006, pp.2255 y ss.

SALAS, J.: *Los Decretos-Leyes en la Constitución española de 1978*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1979.

SALAT PAISAL, M.: «El Derecho penal como *prima ratio*: la inadecuación del procedimiento administrativo sancionador y la necesidad de buscar soluciones en el Derecho penal», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm.51, 2019, pp.1 y ss.

SÁNCHEZ MUÑOZ, O.: *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, CEPC, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ NAVARRO, A.: *La oposición parlamentaria*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: «Las "devoluciones en caliente" en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03-10-2017)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm.65, 2018, pp.101 y ss.

SANTAMARÍA ARINAS, R. J.: «Artículo 3. Prohibición de tortura», en LASAGABASTER HERRARTE, I. (Coord.): *Convenio europeo de derechos humanos: comentario sistemático*, Civitas, Madrid, 2009, pp. 46 y ss.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: *El Parlamento y sus instrumentos de información (preguntas, interpelaciones y Comisiones de Investigación)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

- «Encuesta sobre determinados status privilegiados por la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 2000.
- «Artículo 71», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.; CASAS BAAMONDE, M. E.: (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Tomo I, Wolters Kluwer, BOE, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp.97 y ss.

SANTOLAYA MACHETTI, P.: *El régimen constitucional de los Decretos-leyes*, Tecnos, Madrid, 1988.

SARTORI, G.: «Concept Misformation in Comparative Politics», *The American Political Science Review*, vol. 64, num. 4, 1970, pp. 1033 y ss.

- *Teoría de la democracia. 1. El debate contemporáneo*, trad. S. Sánchez González, Alianza Universidad, Madrid, 1988.
- *Partidos y sistema de partidos*, 2ª ed., trad. F. Santos Fontenla, Alianza Editorial, Madrid, 1999.
- *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, trad. M. Ángel Ruiz de Azúa, Taurus, Madrid, 2001.

SCHAUER, F.: «Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect», *Boston University Law Review*, vol.58, 1978, pp.685 y ss.

- «Exceptions», *The University of Chicago Law Review*, vol.58, num.3, 1991, pp.871 y ss.

SCHEPPELE, K. L.: «Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models», *International Journal of Constitutional Law*, vol.1, issue 2, 2003, pp. 296 y ss.

– «Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 19, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 3 y ss.

SCHMITT, C.: *La dictadura*, trad. J. Díaz García, Revista de Occidente, Madrid, 1968.

– *Legalidad y legitimidad*, trad. J. Díaz García, Aguilar, Madrid, 1971.

– *El concepto de lo político*, trad. E. Molina y Vedia y R. Crisafio, Folios Ediciones, Buenos Aires, 1984.

– *Teología Política: cuatro ensayos sobre la soberanía*, trad. F. J. Conde, Editorial Struhart & Cía, Buenos Aires, 1988.

– *Sobre el parlamentarismo*, trad. de T. Nelsson y R. Grueso, Tecnos, Madrid, 1990.

– *Teoría de la Constitución*, trad. de F. Ayala, Alianza Editorial, Madrid, 2011.

SCHNEIDER, H.: «Political parties and the German Basic Law», *The Western Political Quarterly*, vol. 10, num.3, 1957, pp.527 y ss.

– «El Gobierno como parte del poder ejecutivo en la República Federal de Alemania», en *Democracia y Constitución*, CEC, Madrid, 1991.

SCHWABE, J.: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Fundación Konrad Adenauer, 2009.

SEIJAS VILLADANGOS, E.: «El control de las actuaciones de un Gobierno en funciones», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm.42, 2017, pp.103 y ss.

SERRA CRISTÓBAL, R.: «Las responsabilidades de un Jefe de Estado», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 115, 2002, pp.155 y ss.

– «La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Una propuesta de Consejo más integrador e independiente», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.31, 2013, pp.299 y ss.

SIEYÈS, E.: *Qu'est-ce que le tiers état?*, PUF, Paris, 1982.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch Editor, Barcelona, 1992.

- *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

SILVERSTEIN, A.M.: *A History of Immunology*, Elsevier, London, 2009.

SILVERSTEIN, A.M., ROSE N.: «On the mystique of the immunological self», *Immunological Reviews*, vol. 159, 1997, pp.197 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.

- «Evolution in Law: Second Thoughts», *University of Detroit Mercy Law Review*, vol.71, 1993-1994, pp.31 y ss.

SLOTEDIJK, P.: *Esferas I: Burbujas. Microsferología*, trad. I. Reguera, Siruela, Madrid, 2003

- *Esferas II: Globos. Macrosferología*, trad. I. Reguera, Siruela, Madrid, 2004.

- *Esferas III: Espumas*, trad. I. Reguera, Siruela, Madrid, 2005.

SMEND, R.: *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. J. A. Beneyto Pérez, CEC, Madrid, 1985.

SOLÉ TURA, J.; APARICIO PÉREZ, A. M.: *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Tecnos, Madrid, 1984.

SOLER GARCÍA, C.: «La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España», *Revista General de Derecho Europeo*, núm.45, 2018, pp. 107 y ss.

SOLOZÁBAL ECHAVARRIA, J. J.: «Alcance jurídico de las cláusulas definitorias constitucionales (A propósito de la calificación como Cámara de representación territorial)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.15, 1985, pp. 79 y ss.

- «Límites y soberanía en el orden constitucional español», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm.19, 2009, pp.265 y ss.

- «Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión», *Revista de Estudios Políticos*, núm.77, 1992, pp.237 y ss.

STERN, K.: *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, trad. J. Pérez Royo y P. Cruz Villalón, CEC, Madrid, 1987.

SUNSTEIN, C.R.: *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1993.

- *Democracy and the Problem of Free Speech*, The Free Press, 1993.
- *Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1997.
- *Why Societies Need Dissent*, Harvard University Press, Massachussets, 2005.
- «Fear and Liberty», *Social Research*, vol.71, num.4, 2004, pp.967 y ss.

SWIATZAK, B.: «Immune balance: the development of the idea and its applications», *Journal of History of Biology*, vol. 47, 2014, pp.419 y ss.

TAJADURA TEJADA, J.: «La reforma de la Constitución (arts. 166-169 CE)», en FREIXES SANJUÁN, T.; GAVARA DE CARA, J. C. (Coords.): *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica*, vol. I, BOE, Madrid, 2016, pp. 257 y ss.

TARUFFO, M.: *Simply the truth. El juez y la construcción de los hechos*, trad. D. Accatino Scagliotti, Marcial Pons, Madrid, 2010.

TAUBER, A.: «Conceptual shifts in immunology», *Theoretical Medicine and Bioethics*, vol.19, 1998, pp.457 y ss.

- «The immune system and its ecology», *Philosophy of Science*, vol.75, num.2 2008, pp.224 y ss.
- «Immunity in context: science and society in dialogue», *Theoria*, vol.31, num.2, 2016, pp.207 y ss.
- «Philosophy of immunology», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016.
- *Immunity: The Evolution of an Idea*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

TENORIO, P.: «El derecho comparado como argumento de las decisiones del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 108, 2016, pp.275 y ss.

TERUEL LOZANO, G.: «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 114, pp. 13 y ss.

TEUBNER, G.: *Constitutional fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

THIEL, M.: «Germany», en THIEL, M. (Ed.): *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies*, Ashgate, Surrey, 2009, pp.109 y ss.

TIERNEY, S.: *Constitutional Referendums –The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

TOMÁS Y VALIENTE, F.: «La resistencia constitucional y los valores», *DOXA*, núm. 15-16, 1994, pp.635 y ss.

– *A orillas del Estado*, Madrid, Taurus, 1996.

TORRES BONET, M.: *Las comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del Gobierno*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1999.

TORRES DEL MORAL, A.: «Interpretación teleológica de la Constitución», *Revista de Derecho Político*, núm.63, 2005, pp.9 y ss.

– «Democracia militante», en PÉREZ ROYO, J, URÍAS MARTÍNEZ, J. P.; CARRASCO DURÁN, M. (Coords.): *Derecho Constitucional para el S.XXI*. Tomo I. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pp.209 y ss.

– «Relaciones entre la Unión Europea y los Estados Miembros según el Tratado constitucional europeo. Principios que las rigen», *Revista de Derecho Político*, núm.65, 2006, pp.95 y ss.

– «Libertad de comunicación pública de los parlamentarios: inviolabilidad y secreto», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm.28, 2013, pp.11 y ss.

TORRES MURO, I.: *Las comisiones parlamentarias de investigación*, CEPC, Madrid, 1998.

TRIEPEL, H.: *Droit international et droit interne*, trad. R. Brunet, Á. Pedone, Oxford: Impr. de l'Université, Paris, Oxford, 1920.

– «Les rapports entre le droit interne et le droit international», in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 1, 1923-I.

TULKENS, F.: «When to say is to do. Freedom of expression and hate speech in the case law of the European Court of Human Rights», *European Court of Human Rights-European Judicial Training Network. Seminar on Human Rights*, 2015, pp. 1 y ss., disponible en: <https://bit.ly/2H9d3gz> (última consulta 30 de abril de 2020).

TUSHNET, M.: «Emergencies and the Idea of Constitutionalism», en TUSHNET, M. (Ed.): *The Constitution In Wartime: Beyond Alarmism And Complacency*, Duke University Press, Durham, 2005, pp.39 y ss.

- «How do Constitutions constitute constitutional identity?», *International Journal of Constitutional Law*, vol.8, num.3, 2010, pp. 617 y ss.
- «Authoritarian Constitutionalism», *Cornell Law Review*, vol.100, num.2, 2015, pp.391 y ss.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.: «El derecho de resistencia y su constitucionalización», *Revista de Estudios Políticos*, núm.103,1999, pp.222 y ss.

ULLMAN-MARGALIT, E.: «On presumptions», *The Journal of Philosophy*, vol.80, num.3, 1983, pp.143 y ss.

ULVESTAD, E.: *Defending life. The nature of host parasite relations*, Springer, Dordrecht, 2007.

VARELA, F. et al.: «Cognitive networks: immune, neutral and otherwise», en PERELSON, A. (Ed.): *Theoretical Immunology*, Part Two, Addison-Wesley, Redwood City, CA, 1988, pp.359 y ss.

- *El fenómeno de la vida*, Dolmen, Santiago de Chile, 2003.

VARELA-SUANZES CARPEGNA, J.: «Rey, Corona y Monarquía. Los orígenes del constitucionalismo español: 1808-1814», *Revista de Estudios Políticos*, núm.55, 1987, pp.123 y ss.

VAROL, O.: «Stealth Authoritarianism», *Iowa Law Review*, vol.100, 2015, pp.1673 y ss.

VECCHIO, F.: *Primacía del Derecho Europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales. Consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*, Agencia del BOE, Madrid, 2015.

VERMEULE, A., POSNER, R.: *Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

VIDAL PRADO, C. (Coord.): *Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, CEC, Madrid, 2011.

VILE, M.: *Constitutionalism and Separation of Powers*, Liberty Found, Indianápolis, 1998.

VILE, R.: «The Case Against Implicit Limits on the Constitutional Amendment Process,» en LEVINSON, S. (Ed.): *Responding to imperfection. The theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton University Press, Princeton, 1995, pp.191 y ss.

VILLARINO MARZO, J.: «El indulto en España», *Revista de las Cortes Generales*, núm.66, 2005, pp.63 y ss.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: «El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 49, 2014, pp.20 y ss.

– «Verdad y Constitución. Una incipiente dogmática de las ficciones constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 2016, pp.149 y ss.

– «El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del S.XXI tras 40 años de Constitución Española de 1978», en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L.; PUNSET BLANCO, R. (Coords.): *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018)*, Aranzadi, Navarra, 2018, pp.31 y ss.

– «Artículo 20», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.; CASAS BAAMONDE, M. E.: (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Tomo I, Wolters Kluwer, BOE, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp.581 y ss.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.; FRUMMER, P.: *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013.

VÍRGALA FORURIA, E.: «La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.40, 1994, pp.61 y ss.

– «La exclusión política como instrumento de la lucha antiterrorista en España», en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (Coord.): *Mecanismos de*

- exclusión en la democracia de partidos*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp.31 y ss.
- VOLOKH, E.: «The mechanisms of the slippery slope», *Harvard Law Review*, vol.114, num.4, 2006, pp.1026 y ss.
- VON IHERING, R.: *La lucha por el Derecho*, trad. A. Posada, Perrot, Buenos Aires, 1977.
- VV. AA.: «Encuesta sobre la independencia del Poder Judicial», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, pp.15 y ss.
- VV.AA.: «Encuesta sobre el Gobierno en funciones», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.40, 2017, pp.43 y ss.
- VV.AA.: «The Stablishment Clause and the Chilling Effect», *Harvard Law Review*, vol.133, 2020, pp. 1338 y ss.
- WALDRON, J.: *The dignity of Legislation*, Cambridge University Press, New York, 1991.
- *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- 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.
- WEBER, A.: «Manual on hate speech». Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2009, disponible en: <https://bit.ly/2NTX8TM> (última consulta 30 de abril de 2020).
- WECKEL, P.: «Le statut incertain des détenus sur la base américaine de Guantanamo», *Revue General de Droit International Publique*, 2002, pp.357 y ss.
- WILSON, D.: *The Science of Self: A report of the New Immunology*, Longman, Essex, 1971.
- WISE, J.: «Dissent and the Militant Democracy: The German Constitution and the Banning of the Free German Workers Party», *University of Chicago Law School Roundtable*, vol.5, issue 1, pp.1998, pp.301 y ss.
- ZAFFARONI, E.: *El enemigo en el Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006.
- ZAGREBELSKY, G.: *El Derecho dúctil*, 5ª ed., trad. M. Gascón, Trotta, Madrid, 2003.

ZAMBONI, M.: «From “Evolutionary Theory and Law” to a “Legal Evolutionary Theory”», *German Law Journal*, vol.9, issue 4, 2008, pp.515 y ss.

REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA

I. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

A) Sentencias.

- STC 5/1981, de 13 de febrero.
- STC 11/1981, de 8 de abril.
- STC 25/1981, de 14 de julio.
- STC 38/1981, de 23 de noviembre.
- STC 15/1982, de 23 de abril.
- STC 24/1982, de 13 de mayo.
- STC 29/1982, de 31 de mayo.
- STC 72/1982, de 2 de diciembre.
- STC 6/1983, de 4 de febrero.
- STC 101/1983, de 18 de noviembre.
- STC 111/1983, de 2 de diciembre.
- STC 120/1983, de 15 de diciembre.
- STC 122/1983, de 16 de diciembre.
- STC 17/1984, de 7 de febrero.
- STC 22/1984, de 17 de febrero.
- STC 93/1984, de 16 de octubre.
- STC 114/1984, de 29 de noviembre.
- STC 51/1985, de 10 de abril.
- STC 53/1985, de 11 de abril.
- STC 104/1985, de 17 de julio.
- STC 107/1985, de 7 de octubre.
- STC 137/1985, de 17 de octubre.
- STC 28/1986, de 20 de noviembre.
- STC 29/1986, de 20 de febrero.
- STC 60/1986, de 20 de mayo.
- STC 64/1986, de 21 de mayo.
- STC 65/1986, de 22 de mayo.
- STC 98/1986, de 10 de julio.
- STC 108/1986, de 29 de julio.
- STC 133/1986, de 29 de octubre.
- STC 159/1986, de 16 de diciembre.
- STC 166/1986, de 19 de diciembre.
- STC 19/1987, de 17 de febrero.
- STC 37/1987, de 26 de marzo.
- STC 128/1987, de 16 de julio.
- STC 160/1987, de 27 de octubre.
- STC 161/1987, de 27 de octubre.
- STC 199/1987, de 16 de diciembre.
- STC 6/1988, de 21 de enero.
- STC 19/1988, de 16 de febrero.
- STC 107/1988, de 8 de junio.
- STC 243/1988, de 19 de diciembre.
- STC 179/1989, de 2 de noviembre.
- STC 194/1989, de 16 de noviembre.

- STC 9/1990, de 18 de enero.
- STC 23/1990, de 15 de febrero.
- STC 55/1990, de 28 de marzo.
- STC 76/1990, de 26 de abril.
- STC 105/1990, de 6 de junio.
- STC 119/1990, de 21 de junio.
- STC 120/1990, de 27 de junio.
- STC 137/1990, de 19 de julio.
- STC 171/1990, de 12 de noviembre.
- STC 172/1990, de 12 de noviembre.
- STC 184/1990, de 15 de noviembre.
- STC 214/1990, de 20 de diciembre.
- STC 28/1991, de 14 de febrero.
- STC 64/1991, de 22 de marzo.
- STC 70/1991, de 8 de abril.
- STC 74/1991, de 8 de abril.
- STC 20/1992, de 14 de febrero.
- STC 206/1992, de 27 de noviembre.
- STC 229/1992, de 14 de diciembre.
- STC 238/1992, de 17 de diciembre.
- STC 240/1992, de 21 de diciembre.
- STC 3/1993, de 14 de enero.
- STC 33/1993, de 1 de febrero.
- STC 148/1993, de 29 de abril.
- STC 166/1993, de 20 de mayo.
- STC 168/1993, de 27 de mayo.
- STC 178/1993, de 31 de mayo.
- STC 278/1993, de 23 de septiembre.
- STC 304/1993, de 25 de octubre.
- STC 341/1993, de 18 de noviembre.
- STC 371/1993, de 13 de diciembre.
- STC 71/1994, de 3 de marzo.
- STC 89/1994, de 17 de marzo.
- STC 127/1994, de 5 de mayo.
- STC 179/1994, de 16 de junio.
- STC 308/1994, de 21 de noviembre.
- STC 317/1994, de 28 de noviembre.
- STC 320/1994, de 28 de noviembre.
- STC 321/1994, de 28 de noviembre.
- STC 16/1995, de 24 de enero.
- STC 34/1995, de 6 de febrero.
- STC 56/1995, de 6 de marzo.
- STC 128/1995, de 26 de julio.
- STC 181/1995, de 11 de diciembre.
- STC 23/1996, de 21 de enero.
- STC 35/1996, de 11 de marzo.
- STC 55/1996, de 28 de marzo.
- STC 78/1996, de 20 de mayo.
- STC 166/1996, de 28 de octubre.
- STC 177/1996, de 11 de noviembre.
- STC 197/1996, de 28 de noviembre.
- STC 22/1997, de 11 de febrero.
- STC 30/1997, de 24 de febrero.
- STC 66/1997, de 7 de abril.
- STC 82/1997, de 18 de octubre.
- STC 98/1997, de 20 de mayo.
- STC 156/1997, de 29 de septiembre.
- STC 182/1997, de 28 de octubre.
- STC 81/1998, de 2 de abril.
- STC 235/1998, de 14 de diciembre.
- STC 24/1999, de 8 de marzo.
- STC 49/1999, de 5 de abril.
- STC 94/1999, de 31 de mayo.
- STC 136/1999, de 20 de julio.
- STC 154/1999, de 14 de septiembre.
- STC 171/1999, de 27 de septiembre.
- STC 174/1999, de 27 de septiembre.
- STC 176/1999, de 30 de septiembre.
- STC 235/1999, de 20 de diciembre.
- STC 14/2000, de 17 de enero.

- STC 31/2000, de 3 de febrero.
- STC 47/2000, de 17 de febrero.
- STC 73/2000, de 14 de marzo.
- STC 91/2000, de 30 de marzo.
- STC 110/2000, de 5 de mayo.
- STC 112/2000, de 5 de mayo.
- STC 115/2000, de 5 de mayo.
- STC 149/2000, de 1 de junio.
- STC 179/2000, de 26 de junio.
- STC 289/2000, de 30 de noviembre.
- STC 46/2001, de 15 de febrero.
- STC 49/2001, de 26 de febrero.
- STC 128/2001, de 4 de junio.
- STC 148/2001, de 27 de junio.
- STC 204/2001, de 15 de octubre.
- STC 10/2002, de 17 de enero.
- STC 11/2002, de 17 de enero.
- STC 17/2002, de 28 de enero.
- STC 23/2002, de 28 de enero.
- STC 53/2002, de 27 de febrero.
- STC 76/2002, de 8 de abril.
- STC 83/2002, de 22 de abril.
- STC 96/2002, de 25 de abril.
- STC 98/2002, de 29 de abril.
- STC 154/2002, de 18 de julio.
- STC 185/2002, de 14 de octubre.
- STC 16/2003, de 30 de enero.
- STC 32/2003, de 13 de febrero.
- STC 40/2003, de 27 de febrero.
- STC 48/2003, de 12 de marzo.
- STC 51/2003, de 17 de marzo.
- STC 88/2003, de 19 de mayo.
- STC 124/2003, de 19 de junio.
- STC 137/2003, de 3 de julio.
- STC 152/2003, de 17 de julio.
- STC 5/2004, de 16 de enero.
- STC 89/2004, de 25 de mayo.
- STC 101/2004, de 2 de junio.
- STC 113/2004, de 12 de julio.
- STC 148/2004, de 13 de septiembre.
- STC 181/2004, de 2 de noviembre.
- STC 189/2004, de 2 de noviembre.
- STC 191/2004, de 2 de noviembre.
- STC 204/2004, de 18 de noviembre.
- STC 10/2005, de 20 de enero.
- STC 48/2005, de 3 de marzo.
- STC 57/2005, de 4 de marzo.
- STC 284/2005, de 7 de noviembre.
- STC 332/2005, de 15 de diciembre.
- STC 31/2006, de 30 de octubre.
- STC 33/2006, de 13 de febrero.
- STC 78/2006, de 13 de marzo.
- STC 111/2006, de 5 de abril.
- STC 112/2006, de 5 de abril.
- STC 113/2006, de 5 de abril.
- STC 133/2006, de 27 de abril.
- STC 154/2006, de 22 de mayo.
- STC 196/2006, de 3 de julio.
- STC 223/2006, de 6 de julio.
- STC 242/2006, de 24 de julio.
- STC 333/2006, de 20 de noviembre.
- STC 68/2007, de 28 de marzo.
- STC 235/2007, de 7 de noviembre.
- STC 236/2007, de 7 de noviembre.
- STC 12/2008, de 29 de enero.
- STC 34/2008, de 25 de febrero.
- STC 49/2008, de 9 de abril.
- STC 51/2008, de 14 de abril.
- STC 103/2008, de 11 de septiembre.
- STC 170/2008, de 15 de diciembre.

- STC 13/2009, de 19 de enero.
- STC 31/2009, de 29 de enero.
- STC 37/2009, de 9 de febrero.
- STC 38/2009, de 9 de febrero.
- STC 65/2009, de 9 de marzo.
- STC 92/2009, de 20 de abril.
- STC 126/2009, de 21 de mayo.
- STC 199/2009, de 28 de septiembre.
- STC 20/2010, de 27 de abril.
- STC 23/2010, de 27 de abril.
- STC 31/2010, de 28 de junio.
- STC 96/2010, de 15 de noviembre.
- STC 31/2011, de 17 de marzo.
- STC 34/2011, de 28 de marzo.
- STC 37/2011, de 28 de marzo.
- STC 40/2011, de 31 de marzo.
- STC 41/2011, de 11 de abril.
- STC 62/2011, de 5 de mayo.
- STC 111/2011, de 4 de julio.
- STC 136/2011, de 13 de septiembre.
- STC 137/2011, de 14 de septiembre.
- STC 177/2011, de 8 de noviembre.
- STC 5/2012, de 17 de enero.
- STC 12/2012, de 30 de enero.
- STC 19/2012, de 15 de febrero.
- STC 80/2012, de 18 de abril.
- STC 140/2012, de 2 de julio.
- STC 160/2012, de 20 de septiembre.
- STC 163/2012, de 20 de septiembre.
- STC 184/2012, de 17 de octubre.
- STC 198/2012, de 6 de noviembre.
- STC 212/2012, de 14 de noviembre.
- STC 224/2012, de 29 de noviembre.
- STC 237/2012, de 13 de diciembre.
- STC 238/2012, de 13 de diciembre.
- STC 20/2013, de 31 de enero.
- STC 93/2013, de 23 de abril.
- STC 171/2013, de 7 de octubre.
- STC 174/2013, de 10 de octubre.
- STC 176/2013, de 21 de octubre.
- STC 190/2013, de 18 de noviembre.
- STC 189/2013, de 7 de noviembre.
- STC 207/2013, de 5 de diciembre.
- STC 208/2013, de 16 de diciembre.
- STC 211/2013, de 16 de diciembre.
- STC 9/2014, de 10 de febrero.
- STC 13/2014, de 30 de enero.
- STC 33/2014, de 27 de febrero.
- STC 42/2014, de 25 de marzo.
- STC 79/2014, de 28 de mayo.
- STC 119/2014, de 16 de julio.
- STC 200/2014, de 15 de diciembre.
- STC 141/2014, de 11 de septiembre.
- STC 185/2014, de 6 de noviembre.
- STC 12/2015, de 15 de febrero.
- STC 18/2015, de 16 de febrero.
- STC 24/2015, de 16 de febrero.
- STC 47/2015, de 5 de marzo.
- STC 50/2015, de 5 de marzo.
- STC 60/2015, de 18 de marzo.
- STC 81/2015, de 30 de abril.
- STC 93/2015, de 14 de mayo.
- STC 95/2015, de 14 de mayo.
- STC 104/2015, de 28 de mayo.
- STC 140/2015, de 22 de junio.
- STC 145/2015, de 25 de junio.
- STC 156/2015, de 9 de julio.
- STC 177/2015, de 22 de julio.
- STC 233/2015, de 5 de noviembre.
- STC 259/2015, de 2 de diciembre.

- STC 18/2016, de 4 de febrero.
- STC 56/2016, de 17 de marzo.
- STC 58/2016, de 17 de marzo.
- STC 83/2016, de 28 de abril.
- STC 89/2016, de 9 de mayo.
- STC 112/2016, de 20 de junio.
- STC 116/2016, de 24 de abril.
- STC 118/2016, de 23 de junio.
- STC 122/2016, de 23 de junio.
- STC 140/2016, de 21 de julio.
- STC 161/2016, de 3 de octubre.
- STC 139/2018, de 17 de diciembre.
- STC 185/2016, de 3 de noviembre.
- STC 191/2016, de 15 de noviembre.
- STC 215/2016, de 15 de diciembre.
- STC 226/2016, de 22 de diciembre.
- STC 24/2017, de 16 de febrero.
- STC 26/2017, de 16 de febrero.
- STC 37/2017, de 1 de marzo.
- STC 47/2017, de 27 de abril.
- STC 52/2017, de 10 de mayo.
- STC 64/2017, de 25 de mayo.
- STC 73/2017, de 8 de junio.
- STC 90/2017, de 5 de julio.
- STC 100/2017, de 20 de julio.
- STC 114/2017, de 17 de octubre.
- STC 117/2017, de 19 de octubre.
- STC 123/2017, de 2 de noviembre.
- STC 124/2017, de 8 de noviembre.
- STC 3/2018, de 22 de enero.
- STC 16/2018, de 22 de febrero.
- STC 31/2018, de 10 de abril.
- STC 34/2018, de 12 de abril.
- STC 35/2018, de 12 de abril.
- STC 44/2018, de 26 de abril.
- STC 58/2018, de 4 de junio.
- STC 61/2018, de 7 de junio.
- STC 72/2018, de 21 de junio.
- STC 74/2018, de 5 de julio.
- STC 89/2018, de 6 de septiembre.
- STC 94/2018, de 17 de septiembre.
- STC 97/2018, de 19 de septiembre.
- STC 98/2018, de 19 de septiembre.
- STC 124/2018, de 14 de noviembre.
- STC 127/2018, de 26 de noviembre.
- STC 133/2018, de 13 de diciembre.
- STC 136/2018, de 13 de diciembre.
- STC 140/2018, de 20 de diciembre.
- STC 17/2019, de 11 de febrero.
- STC 19/2019, de 12 de febrero.
- STC 24/2019, de 25 de febrero.
- STC 25/2019, de 25 de febrero.
- STC 29/2019, de 28 de febrero.
- STC 30/2019, de 28 de febrero.
- STC 32/2019, de 28 de febrero.
- STC 34/2019, de 14 de marzo.
- STC 56/2019, de 6 de mayo.
- STC 62/2019, de 7 de mayo.
- STC 93/2019, de 15 de julio.
- STC 98/2019, de 17 de julio.
- STC 111/2019, de 2 de octubre.
- STC 115/2019, de 16 de octubre.
- STC 5/2020, de 15 de enero.
- STC 6/2020, de 27 de enero.
- STC 22/2020, de 13 de febrero.
- STC 24/2020 de 13 de febrero.
- STC 27/2020, de 24 de febrero.
- STC 37/2020, de 25 de febrero.
- STC 6/2020, de 27 de enero.
- STC 35/2020, de 25 de febrero.

B) Autos.

- ATC 360/1990, de 5 de octubre.
- ATC 71/1993, de 1 de marzo.
- ATC 240/1997, de 25 de junio.
- ATC 333/1997, de 13 de octubre.
- ATC 135/2000, de 8 de junio.
- ATC 129/2016, de 21 de junio.
- ATC 56/2019, de 6 de mayo.
- ATC 184/2019, de 18 de diciembre.
- ATC 11/2020, de 28 de enero.

C) Declaraciones

- DTC 1/1992, de 1 de julio.
- DTC 1/2004, de 13 de diciembre.

II. TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL.

A) Sentencias.

- STS 8992/1994, de 27 de diciembre.
- STS 17852/1994, de 27 de diciembre.
- STS 1415/2004, de 2 de febrero.
- STS 342/2009, de 11 de febrero.
- STS 2941/2009, de 11 de mayo.
- STS 2942/2009, de 11 de mayo.
- STS 3154/2009, de 11 de mayo.
- STS 6637/2009, de 21 de octubre.
- STS 7046/2009, de 5 de noviembre.
- STS 3369/2010, de 21 de junio.
- STS 6681/2010, de 13 de diciembre.
- STS 6998/2010, de 21 de diciembre.
- STS 553/2011, de 11 de febrero.
- STS 3837/2012, de 25 de mayo.
- STS 5393/2015, de 4 de diciembre.
- STS 4255/2016, de 29 de septiembre.
- STS 5612/2016, de 21 de diciembre.
- STS 459/2019, de 14 de octubre.
- STS 3148/2019, de 8 de octubre.

B) Autos

- ATS 1580/1992, de 17 de febrero.
- ATS 18221/2005, de 28 de noviembre.
- ATS 9060/2014, de 22 de octubre.
- ATS 152/2015, de 28 de enero.
- ATS 163/2015, de 4 de febrero.
- ATS 6972/2018, de 26 de junio.
- ATS 5620/2006, de 28 de febrero.

III. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

A) Sentencias

- STJUE 26/62, de 5 de febrero de 1963, asunto *Van Gend en Loos*.
- STJUE 6/64, de 15 de julio de 1964, asunto *Costa/ENEL*.
- STJUE 102/81, de 23 de marzo de 1982, asunto *Nordsee*.
- STJUE 107/2013, de 26 de febrero de 2013, asunto *Melloni*.
- STJUE 377/13, de 12 de junio de 2014, asunto *Ascendi Beiras Litoral e Alta*.
- STJUE 284/16, de 6 de marzo de 2018, asunto *Achmea*.

A) Dictámenes

- Dictamen del TJUE 1/91, de 14 de diciembre de 1991.
- Dictamen del TJUE 1/00, de 18 de abril de 2002.
- Dictamen del TJUE 1/09, de 8 de marzo de 2011.
- Dictamen del TJUE 2/13, de 18 de diciembre de 2014.
- Dictamen del TJUE 1/17, de 30 de abril de 2019.

IV. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

- STEDH de 27 de febrero de 1980, *Deweert c. Bélgica*.
- STEDH de 8 de julio de 1986, *Lingens c. Austria*.
- STEDH de 22 de febrero de 1989, *Barfod c. Noruega*.
- STEDH de 23 de abril de 1992, *Castells c. España*.
- STEDH de 16 de diciembre de 1992, *Niemietz c. Alemania*.
- STEDH de 23 de junio de 1993, *Ruiz Mateos c. España*.
- STEDH de 13 de julio de 1995, *Tolstoy Milovslasky c. Reino Unido*.
- STEDH de 27 de marzo de 1996, *Goodwin c. Reino Unido*.
- STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*.
- STEDH de 25 de noviembre de 1997, *Zana c. Turquía*.
- STEDH de 22 de abril de 1998, *Richard c. Francia*.
- STEDH de 28 de julio de 1999, *Selmouni c. Francia*.
- STEDH de 29 de febrero de 2000, *Fuentes Bobo c. España*.
- STEDH, de 18 de enero de 2001, *Chapman c. Reino Unido*.
- STEDH de 13 de febrero de 2001, *Schöps c. Alemania*.
- STEDH de 11 de enero de 2002, *Díaz Aparicio c. España*.
- STEDH de 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido*.
- STEDH de 17 de diciembre de 2002, *A. c. Reino Unido*.

- STEDH de 30 de enero de 2003, *Cordova c. Italia* (No.1).
- STEDH de 30 de enero de 2003, *Cordova c. Italia* (No.2).
- STEDH de 13 de noviembre de 2003, *Scharsach y News Verlagsgesellschaft c. Austria*.
- STEDH de 4 de diciembre de 2003, *Gündüz c. Turquía*.
- STEDH de 28 de enero de 2004, *López Sole y Martín de Vargas c. España*.
- STEDH de 28 de enero de 2004, *González Doria Durán de Quiroga c. España*.
- STEDH de 25 de febrero de 2004, *Soto Sánchez c. España*.
- STEDH de 27 de abril de 2004, *Quiles González c. España*.
- STEDH de 3 de junio de 2004, *De Jorio c. Italia*.
- STEDH de 6 de julio de 2005, *Nachova y otros c. Bulgaria*.
- STEDH de 13 de marzo de 2006, *Bekos and Koutropoulos c. Grecia*.
- STEDH de 20 de abril de 2006, *Patrono, Cascini et Stefanelli c. Italia*.
- STEDH de 13 de noviembre de 2007, *D.H. y otros c. República Checa*.
- STEDH de 27 de noviembre de 2007, *Nur Radyo Ve Televizyon Yayıncılığı A.Ş. c. Turquía*.
- STEDH de 29 de enero de 2008, *Saadi c. Reino Unido*.
- STEDH de 19 de febrero de 2009, *A. y otros c. Reino Unido*.
- STEDH de 24 de febrero de 2009, *C.G.I.L y Cofferati c. Italia*.
- STEDH de 16 de julio de 2009, *Féret c. Bélgica*
- STEDH de 3 de diciembre de 2009, *Kart c. Turquía*.
- STEDH de 10 de diciembre de 2009, *Danilenkov y otros c. Rusia*.
- STEDH de 1 de junio de 2010, *Gafgën c. Alemania*.
- STEDH de 20 de enero de 2011, *Haas c. Suiza*.
- STEDH de 13 de marzo de 2011, *Kanagarantnam y otros c. Bélgica*.
- STEDH de 7 de julio de 2011, *Bayatyan c. Armenia*.
- STEDH de 9 de febrero de 2012, *Vejdeland c. Suecia*.
- STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*.
- STEDH de 24 de abril de 2012, *Yordanova y otros c. Bulgaria*.
- STEDH de 27 de marzo de 2013, *Suso Musa c. Malta*.
- STEDH de 17 de octubre de 2013, *Winterstein y otros c. Francia*.
- STEDH de 18 de abril de 2013, *Saint-Paul Luxembourg S.A. c. Luxemburgo*.
- STEDH de 29 de abril de 2013, *Sampani y otros c. Grecia*.
- STEDH de 9 de julio de 2013, *Vinter y otros c. Reino Unido*.
- STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*.
- STEDH de 16 de marzo de 2016, *Menéndez García y Álvarez González c. España*.
- STEDH de 26 de abril de 2016, *Murray c. Holanda*.

- STEDH de 9 de junio de 2016, *Popovi c. Bulgaria*.
- STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*.
- STEDH de 17 de enero de 2017, *Hutchinson vs. United Kingdom*.
- STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D y N.T. c. España*.
- STEDH de 3 de octubre de 2017, *Dmitriyevskiy c. Rusia*.
- STEDH de 13 de marzo de 2018, *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*.
- STEDH de 28 de agosto de 2018, *Ibragim Ibragimov y otros c. Rusia*.
- STEDH de 13 de febrero de 2020, *N.D y N.T. c. España*.

V. SENTENCIAS DE LA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA.

- Sentenza n° 81/1975, 21 marzo.
- Sentenza n° 170/1984, 5 giugno.
- Sentenza n° 1146/1988, 15-29 dicembre.
- Sentenza n° 232/1989, 13-21 aprile.

VI. DECISIONES DEL CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS.

- Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962.
- Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970.
- Décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985.
- Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985.
- Décision n° 91-294, du 25 juillet 1991.
- Décision n° 92-208, du 9 avril 1992.

VII. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN.

- BVerfGE 2,1.
- BVerfGE 5, 85.
- BVerfGE, 39, 334.
- BVerfGE 89, 155.
- BVerfGE 108, 282.
- BVerfGE 123, 267.

VIII. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS.

- *Northern Securities Co vs. United States*, 193 US 197, 400 (1904).
- *United States vs. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

- *Murdock vs. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943),
- *Korematsu vs. United States*, 323 U.S. 214 (1944).
- *Wieman vs. Updegraff*, 344 U.S. 183, 195 (1952).
- *Bolling vs. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954).
- *New York vs. O’Neill*, 359 U.S. 1 (1959).
- *McLaughlin vs. Florida*, 379 U.S. 184 (1964).
- *Harris vs. United States*, 390 U.S. 234 (1968).
- *McDonald vs. Board of Election Comm’rs*, 394 U.S. 802 (1969).
- *Kramer vs. Union Free School Dist. No. 15*, 395 U.S. 621 (1969).
- *San Antonio Independent School District vs. Rodríguez*, 411 U.S. 1 (1973).
- *McDonnell Douglas Corp. vs. Green*, 411 U.S. 792 (1973).
- *Nixon vs. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425 (1977).
- *Teamsters vs. United States*, 431 U.S. 324 (1977).
- *Furnco Constr. Corp. vs. Waters*, 438 U.S. 567 (1978).
- *Texas Department of Community Affairs vs. Burdine*, 450 U.S. 248 (1981).
- *Washington vs. Seattle School District No. 1*, 458 U.S. 457 (1982).
- *R. A. V. vs. St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).
- *United States vs. Fordice*, 505 U.S. 717 (1992).
- *St. Mary’s Honor Center vs. Hicks*, 509 U.S. 502 (1993).
- *United States vs. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803 (2000).

IX. OTRAS RESOLUCIONES.

- Auto del Juzgado de Primera Instancia núm.19 de Madrid 12/2012, de 9 de octubre.
- Auto del Juzgado de Primera Instancia núm.19 de Madrid, 13/2012, de 9 de octubre.
- Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2014.
- AAN 1118/2017, de 13 de noviembre.
- Decisión del TEDH de 2 de octubre de 2001, *Pichon y Sajous v. Francia*.
- Dictamen el Consejo de Estado 892/2018, de 25 de octubre de 2018.

