

DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., Derecho e incertidumbre: disputas metodológicas de ayer y hoy, Prólogo de José ESTEVE PARDO, Iustel, 2020, 174 páginas.

La lectura de esta monografía es enriquecedora y muy recomendable, por cuanto aborda cuestiones esenciales para los juristas de toda índole que no deberían ser omitidas en la actualidad, pese a la crisis que desborda nuestras ideas preconcebidas, agudizada por las consecuencias económicas, sociales y políticas derivadas de la pandemia del COVID-19. Por ello felicitamos a la autora, Profesora Titular de Derecho Administrativo, que por iniciativa del Prof. Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, se ha sumergido con acierto en los planteamientos de fondo debatidos por los maestros de Derecho público europeos (principalmente, Kelsen y Schmitt) a partir de la segunda década del siglo XX. Con ello brinda una ocasión para reflexionar sobre las insuficiencias del Derecho vigente y el divorcio entre el Derecho público y la realidad que supera no sólo la ficción sino -mucho antes- la legislación, y desvela en definitiva la pasividad del poder legislativo y también del ejecutivo en la tarea de responder con medidas adecuadas a los retos actuales.

Así lo refleja el brillante prólogo de Esteve Pardo que recuerda el gran debate sobre posiciones, conceptos y método en el Derecho que surgió en la Europa de entreguerras (“una mutación conceptual de gran calado”); así como la creación por Hans Triepel de la Asociación de Profesores de Derecho Público y su funcionamiento con vicisitudes, cuyo centenario se celebra en 2022 en Bremen. De otra parte, el autor del Prólogo considera que la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 nos ha colocado en una situación excepcional, un “estado” de excepción. Para ello, trae a colación algunas de las ideas brillantes de Carl Schmitt (expresadas en 1922 en su obra “Teología política”): soberano es el que decide en el estado de excepción, la excepción es más interesante que el caso normal, de forma que la situación excepcional ha dejado entrever más de una contradicción que estaba latente en la normalidad, finalmente subraya el papel marginal del legislativo y la relevancia del poder ejecutivo.

Esteve Pardo denuncia -con acierto y es opinión mayoritaria en la doctrina- la insuficiencia de la Ley Orgánica de 1981 sobre los estados de alarma, excepción y sitio y la necesidad de una ley específica. Aquí se puede ponderar la legislación de excepción aprobada en Alemania que ha consistido en una reforma aprobada en junio de 2020 de la Ley de protección contra las infecciones (*IfSG, Infektionsschutzgesetz*) de 20 julio de 2001, que otorga nuevas potestades al Ministerio federal de la salud pública frente a los *Länder*.

En este ámbito no cabe olvidar la historia relevante y el uso final de la cláusula de las “medidas excepcionales” que correspondía adoptar al Presidente del *Reich* en

virtud del art. 48.2 de la Constitución de Weimar, cuya interpretación por Schmitt permitía justificar un desarrollo desenfrenado de los poderes de emergencia y allanar el camino a la dictadura. De todo ello se ocupa la autora en el libro con acierto y detalle (p. 64 a 66). Además, descubre una nueva lección actual para nuestros días. De toda esta historia se desprende la trascendencia de exigir a la actuación de los poderes públicos la salvaguarda de los derechos fundamentales que no pueden ser regulados salvo por mandato de reserva de ley (libertad de circulación, reunión, expresión).

También resulta preciso subrayar la idea de que el derecho de excepción ha de ser aplicado sin merma de los derechos fundamentales, pues no es compatible con cualquier medida justificando la salud pública como una nueva “razón de Estado”. Por este motivo tiene sentido la reforma del art. 10.8 LJCA para permitir la ratificación por los TSJ de las CCAA de las medidas sanitarias que impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente, pero esta revisión judicial, si bien no discute la legalidad ordinaria, no puede soslayar las exigencias del principio de reserva de ley en el examen de la normativa reglamentaria sobre las medidas impugnadas (vid. el interesante voto particular discrepante en Auto del TSJ Andalucía de 2 octubre de 2020, recurso 838/2020 y otras Sentencias de TSJ).

Volviendo a la monografía, ésta se ordena en cuatro capítulos ante la constatación de que “el sistema de coordenadas del Derecho Administrativo clásico ha cambiado” en palabras de Jiménez-Blanco (p. 33), así como su constante dificultad para ir de la mano con la realidad que trata de ordenar en continua evolución. Se puede, por tanto, establecer un hilo conductor de la problemática en la que el Derecho se ve envuelto en la actualidad, a través de un notable paralelismo con las disputas metodológicas del periodo de entreguerras, la búsqueda de modelos que atiendan a dicha dicotomía (Derecho-realidad) como el realismo jurídico de Alejandro Nieto, que la autora expone con detalle.

La autora sitúa el punto de partida de la monografía (p. 23 a 33) en la descripción de la época en la que vivimos como la era de la incertidumbre marcada por las sucesivas crisis atravesadas, que inevitablemente caracterizan a su vez al Derecho vigente, en el que opera una bipolaridad o, si se prefiere, una fractura entre el Derecho y la realidad, que conviene ponderar también en particular sobre el Derecho Administrativo.

El Capítulo II (“La disputa metodológica de principios de siglo XX. Un pasado muy presente”, p. 35 a 73) se adentra en el estudio del conocido debate metodológico de principios del siglo XX, en los pensamientos de sus juristas más destacados, sobre todo, Kelsen y Schmitt, y en la Constitución alemana de Weimar de 1919, por su cercanía o parentesco con lo acaecido en el siglo XXI, con numerosos cambios técnicos,

sociales y económicos. Se analizan así dos formas contrarias de entender el Derecho: el positivismo y el decisionismo, en el que se abordan las ideas sobre normalidad y derecho de excepción (p. 56 a 62).

El Capítulo III (“Derecho administrativo del siglo XXI: ¿Realidad o ficción?, ¿un Derecho ajustado a la realidad, p. 75 a 141) profundiza en el debate doctrinal de comienzos del siglo XXI sobre la situación en la que se encuentra el Derecho y el Derecho administrativo en España, y su situación de crisis provocada, entre otros muchos factores, por su falta de adecuación a la realidad. El Derecho -y su producto estrella, la ley-, como producto cultural, inevitablemente se ve afectado por muchos otros elementos que influyen en nuestras vidas de carácter novedoso: la europeización, la globalización, la digitalización, mecanización y la inteligencia artificial. La autora señala algunos de los factores que indudablemente han motivado el cambio de rol en el Estado, la huida del Derecho administrativo y sus límites, así como el desarrollo de un Derecho administrativo impulsado por la Unión Europea y el impacto de la globalización.

A continuación, la autora comenta (p. 117 y ss) la denuncia en torno a la crisis del Derecho y de la ley por parte de autores significativos de nuestra doctrina (Nieto) que no ha estado exenta de generar polémicas. Entiende que una fórmula que puede servir de antídoto para salir del atolladero puede ser el realismo jurídico y, en especial, el de Nieto y su concepto clave del arbitrio judicial, que puede servir a los juristas para entender cómo está funcionando el Derecho en la sociedad (p. 124 y ss).

El Capítulo IV “La primacía del Derecho europeo ¿un principio pacífico?” (p. 143 y ss) aborda otra manifestación que evidencia la separación entre el Derecho y realidad considerando el principio de primacía del Derecho europeo sobre los ordenamientos nacionales, comentando la jurisprudencia europea y constitucional en dos supuestos concretos. En primer lugar la autora explica (p. 148 y ss) el debate sobre la imputación del coste del bono social eléctrico sobre la que recae la STC 37/2019 de 26 de marzo. De una parte, el TS no planteó cuestión prejudicial en el recurso interpuesto frente un reglamento y optó por inaplicar el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, por ser supuestamente contraria a la europea, acudiendo a la doctrina de los “actos aclarados” emanada de la jurisprudencia del TJUE (asunto 283/1981, *Cilfit*). En este caso, la STC 37/2019 realizó una interpretación del sistema de fuentes al estilo kelseniano frente a la doctrina europea del TJUE sobre el «acto aclarado» en la que se apoyó el TS. Con posterioridad esta STC fue reiterada en otras resoluciones semejantes. En segundo lugar, la autora comenta la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 5 de mayo de 2020 que evidencia otro desencuentro con el TJUE, toda vez que el Tribunal alemán desautoriza al Tribunal europeo sobre las compras de deuda del Banco Central Europeo,

aunque el Tribunal de Karlsruhe está obligado a aplicar sus sentencias. En definitiva la autora con el comentario a estos dos ejemplos (STC 37/2019 sobre el bono social eléctrico y la Sentencia del Tribunal alemán de 2020) vuelve a descubrir las resistencias de algunos países al principio de primacía del ordenamiento europeo sobre los ordenamientos nacionales o a una concepción distinta de la del Tribunal Europeo.

En definitiva, esta monografía de la Prof. De la Torre Martínez recuerda un debate histórico en la ciencia del Derecho en la década de los veinte entre Kelsen y Schmitt, aporta un conjunto de ideas de fondo para reflexionar sobre el método jurídico y el Derecho, contribuye a disponer de instrumentos para desvelar las insuficiencias y disfunciones del Derecho y la realidad conforme al realismo de Nieto. Por último la autora no esconde que la respuesta a todo ello es difícil y exige un nuevo desarrollo en los planteamientos y en la aplicación del Derecho.

Antonio Martí del Moral
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Jaén