

EL TESTIMONIO DE UN JURISTA: ALEJANDRO NIETO

GREGORIO ROBLES

Recientemente Alejandro Nieto ha publicado un libro en el que da cuenta de su trayectoria y de sus preocupaciones intelectuales. Su título: “Testimonios de un Jurista (1930-2017)”¹. Escrito con admirable soltura, que encandila al lector, no quiere ser unas memorias al uso tradicional, sino un testimonio sincero de su autor de las vivencias y visiones del mundo que le ha tocado en suerte. Con estilo fácil nos presenta un cuadro variopinto y complejo de sus experiencias en la Universidad, en la Administración, en la Justicia, en la Ciencia del Derecho, en especial en el Derecho Administrativo. Dice hacer uso del privilegio de distancia que suelen dar los años, pues considera que desde la atalaya de sus 87 abriles “tiene ya bastante con lo que ha visto y ha vivido”, según reza el *motto* preliminar de la obra. Personalmente tengo al profesor Nieto por un hombre maduro, no “viejo”, siempre dispuesto a defender sus ideales con convicción juvenil, frente a la triste y oscura realidad. Yo le veo más como un caballero andante de figura y temple barojianos que como un anciano sedentario y harto de vivir que pasa sus días junto a la estufa. Por eso, estimo que su auto-presentación en este libro como alguien que “ya tiene bastante”, constituye más un recurso retórico para ganar la benevolencia del “auditorio” que un sentimiento real que haya de tomarse al pie de la letra.

El libro se divide en nueve capítulos y un “Codicilo”, este último de gran interés para conocer su concepción del Derecho, y que encaja muy bien con el resto de la obra ya que, si en él el autor defiende su versión del “realismo jurídico”, en las abundantes páginas que le preceden hace uso constante, e incluso manifiesta exhibición, de una visión “descarnada” y “descreída”, o sea, “realista” en el sentido que después diré. Vayamos entonces por partes, desgranando el contenido de cada capítulo.

¹ Global Law Press – Editorial de Derecho Global & INAP (Instituto Nacional de Administración Pública). Sevilla, 2017.

DEL POSITIVISMO LEGALISTA A SU CRÍTICA RADICAL

El primero es de “introducción”. En él confiesa el profesor Nieto su profundo desengaño. Durante años –de sus 33 a sus 55- concibió y explicó el Derecho de acuerdo con el paradigma del positivismo legalista que aprendió en la Universidad de Valladolid. Pero a partir de determinado momento – a sus 55-, tras un proceso largo y penoso de crítica y autocrítica, descreyó de todo lo que había sido su prédica anterior de estricta fe en la ley y en el principio de legalidad. Oigámosle: “Así hasta que me di cuenta de que estaba actuando como un maestro sin pulso, de que vivía engañado y del engaño y engañando a los que me escuchaban, puesto que la justicia de que yo hablaba era un *fata morgana*, y el Derecho y el Estado que explicaba eran instrumentos de explotación inventados por los poderosos y desarrollados por sabios de plantilla. No me fue fácil ciertamente abrir los ojos a la realidad que había descubierto y aún menos obrar de acuerdo con esta nueva diosa; pero el caso es que, sintiéndome ingenuamente como un Diablo Cojuelo, como un Cardenio de Gracián, he estado luego durante casi otros treinta años predicando con entusiasmo de converso la realidad que mis ojos veían y mis manos tocaban.” Obsérvese el lenguaje “religioso” que emplea nuestro autor: su misión profesoral la veía y la sigue viendo como una misión trascendental y trascendente. Y concluye el párrafo como suelen concluir los profetas los suyos: “En este tiempo muchos me han oído, algunos me han escuchado y casi ninguno me ha hecho caso: la verdad asusta, es incómodo aceptarla o sencillamente no interesa; y es inútil dar gritos a quien no quiere oír.” (pp. 15-16).

“DERECHO NORMADO” Y “DERECHO PRACTICADO”

Nuestro autor se siente a sí mismo como “outsider”, “enfant terrible”, “piedra de escándalo” (pp. 28-29) en medio de un mundo académico estereotipado, insulso y mendaz. “Las puertas académicas están cerradas”, sus espacios dominados por la rutina, la ignorancia y la comodidad. La consigna es el silencio, el ninguneo. Es necesario abrirlas para que entre la luz y el sol. (p. 27) Así le surge la necesidad de sustituir el

viejo paradigma en el que se educó –el paradigma del llamado “positivismo legalista”- por uno nuevo, el paradigma del “realismo jurídico”. Sin embargo, el grueso del libro no se centra en el desarrollo de dicho paradigma (sí otras obras de Nieto, sobre todo “Crítica de la razón jurídica”, Ed. Trotta), sino en la crítica al aún dominante; si bien la última parte del libro, sobre todo el “Codicilo” final ofrece algunos rasgos de su concepción jurídica. Adelantaré aquí que su idea principal pivota en torno a la diferenciación entre “Derecho normado” y “Derecho practicado”, una distinción que recuerda –aunque presenta sus matices- a la del movimiento del Derecho libre entre “Derecho legislado” (o “Derecho legal”) y “Derecho vivo” (o “Derecho viviente”); y a la manejada por los *sociological jurists* norteamericanos entre “Law in the books” y “Law in the action”, “Derecho en los libros” y “Derecho en la acción”.

Hay que subrayar, no obstante, que en este libro hay muchas más cosas que una crítica de la razón jurídica dominante y unos atisbos de la propuesta que hace Nieto de su concepción del Derecho. Hay un cúmulo de experiencias personales de diverso género que enriquecen la obra sobremanera y que hacen más atractiva su lectura que si sólo tratara de problemas y enfoques jurídicos. Aquí me voy a fijar más en estos últimos aspectos, pues en caso contrario este comentario adquiriría unas dimensiones desmedidas.

LA EXPERIENCIA UNIVERSITARIA: DE TENERIFE A LA COMPLUTENSE

El Capítulo 2º se titula “De una Universidad a otra” y refleja la vida de un profesor de aquellos tiempos y asimismo la enorme nostalgia por un mundo universitario hoy desaparecido. Nieto ganó la Cátedra de La Laguna (Tenerife) en 1964 y allí vivió los mejores años de su actividad como profesor: “El entorno y el ambiente universitario era lo más parecido a un campus norteamericano que podía encontrarse en Europa. (...) Los profesores formábamos una comunidad estrecha. (...) una gran familia de filósofos, latinistas, geógrafos, físicos, químicos y, por supuesto, juristas. (...) Desde el punto de vista académico, la calidad de los catedráticos era excelente.” (pp.42-43). Después va relatando su paso por

las demás Universidades: Autónoma de Barcelona, Alcalá de Henares, Complutense. Paralelamente, cuenta la historia de un gran desengaño, a medida que las condiciones y las costumbres han ido cambiando: “nunca he estado mejor que en Tenerife” (p. 46). El retrato de la Universidad actual es desolador: “Esta institución es un ejemplo perfecto de nuestras torcidas costumbres y actitudes sociales, habida cuenta de que allí se aprenden la ignorancia, el egoísmo y, sobre todo, la hipocresía y la trampa.” (p.33) La pendiente hacia abajo, sin embargo, empezó mucho antes, en los tiempos del tardofranquismo. Ya en Barcelona, al abandonar La Laguna, “aterrizó en otro mundo, (...) más que de una vivencia personal, se trata de un episodio histórico, de un experimento académico que se pretende dolosamente ocultar y que no merece ser olvidado.” (p. 47). El experimento quedó pronto en un “fracaso total” (48). Se pretendió sustituir lo antiguo por algo nuevo, en realidad no se sabía en qué debía consistir lo nuevo: “Aparte de la retórica verbal, la situación era un caos.” Paralelamente al caos universitario le sobrevino al profesor Nieto su crisis de fe en el Derecho: “la Transición política de aquellos años vino acompañada de un quiebro no menos radical de mis ideas sobre el Derecho. (...) perdí mi fe en la completitud de las normas y en la perfección tendencial del ordenamiento jurídico.” (p. 53). Por eso, en la estación siguiente (Alcalá de Henares) “me desperté para enfrentarme, ya definitivamente, con la cruda realidad y con nuevas experiencias, renovadas lecturas y prolongadas reflexiones, empecé a asentar mi propio pensamiento jurídico.” (p.54). Por fin, relata que cayó definitivamente “en el hoyo”: la Complutense. “Mausoleo de todas las vanidades, panteón de todas las celebridades, espejo de todas las universidades hispánicas, cumbre de la ciencia, cifra del saber, meta de ambiciones, fábrica de influencias, tesoro de subvenciones, reserva de mezquindades, sentina donde desaguan las cloacas del universo académico.” (p. 57). Algo bueno sacó: “Tranquilidad sí que encontré, desde luego, porque no veía a nadie”. (p. 58).

LA ADMINISTRACIÓN EN EL ESTADO FRANQUISTA Y EN LA DEMOCRACIA

El capítulo 3º (pp. 65-120), titulado “De un Estado a otro” se dedica a comprender la evolución del Estado español desde 1936 hasta 2017. Lleno de comentarios sabrosos desde el punto de vista político, no dejará indiferente a quien lo lea. El autor da una visión de conjunto de las distintas etapas. El Estado franquista atraviesa las siguientes fases: Estado de Guerra, Estado Nuevo, Estado Totalitario Nacional Sindicalista y Estado Administrativo del Tardofranquismo. Por su parte, el Estado democrático también conoce una evolución: Estado de Transición democrática, Estado constitucional y actual Estado de crisis (p. 68). El capítulo se explaya en los rasgos de cada una de las etapas mencionadas. De las muchas observaciones de gran interés, destaco una: “el Estado franquista, rigurosamente inmovilista en política, tuvo el acierto de evolucionar en su forma de gestión, flexibilizando la Administración, adaptándose al cambio de circunstancias, aliviando la presión ejercida sobre los ciudadanos y provocando una mejora sustancial en la economía y en las relaciones sociales que, en definitiva, desestimulaban la oposición violenta y permitían esperar con paciencia la muerte del General y, lo que era aún más interesante, facilitó un cambio posterior rápido y nada traumático. Por así decir, el Estado personal y autocrático del franquismo incubó en paz el huevo del Estado democrático que había de sucederle.” (pp. 95-96).

El cuarto capítulo (pp. 121-183) está dedicado a las Administraciones públicas. En él se despacha a gusto Alejandro Nieto, cuya notable experiencia en este campo viene avalada por su condición de funcionario desde su juventud y de su modesta –como dice él mismo- situación de jubilado en la actualidad. Ineficacia, politización, desmesura, impunidad, inactividad, corrupción, son los términos que mejor definen el capítulo. Y como trasfondo, la tesis básica: su convencimiento, después de tantos años y de tantas experiencias, de que el Estado funcionaba mejor con la fórmula centralista que con la descentralizada de las Comunidades Autónomas, en cuyo seno florecen los frutos perversos de los males señalados. De las pretendidas reformas y de los cambios terminológicos y de estrategia (p.ej., alternancia entre movimiento publicador y privatizador) para que en definitiva “nada cambie” (p. 154). Todo ello posible porque los jueces lo permiten: “los jueces son en España el escudo de los corruptos”. (p. 164). Cuenta con su gracejo habitual su experiencia

de intérprete del Derecho y de aplicador del mismo cuando trabajaba en la Administración. “Y así aprendí también cuál era el papel del Derecho en esta mecánica, puesto que a mí, por mi condición de secretario-letrado, me correspondía redactar los acuerdos y resoluciones que se tomaban indefectiblemente sin consultar la ley. Primero se adoptaba la decisión y luego se me encargaba que la motivase: con ley si es que la había, y si no existía (o era contraria) para que buscara algún argumento jurídico justificativo ‘pues para eso me pagaban’. Aunque también es verdad que en ocasiones me preguntaban antes cuál era la solución, pero únicamente cuando no tenían un criterio propio o un interés previo sobre el particular o no había mediado una llamada telefónica desde Madrid, habida cuenta de que el teléfono era la explicación verdadera de buena parte de lo que se hacía. En definitiva, que con mi experiencia personal directa aprendí lo que no me habían enseñado en la Facultad en cinco años de licenciatura ni había podido leer en libro alguno”. (p. 171).

LOS JUECES

Si las Administraciones públicas no resultan muy bien paradas, la Administración de justicia queda aún mucho peor. No porque el profesor Nieto considere que toda la clase judicial sea corrupta, sino porque piensa que lo es, en un sentido u otro, la cúpula de la misma. A explicar sus ideas sobre los jueces dedica el capítulo 5º del libro que comento, y que ocupa de la página 185 a la 218. Parte el autor de un hecho preocupante e incontrovertible en la sociedad española actual: el sorprendente ascenso de la litigiosidad (p. 187), lo que implica obviamente un aumento de los conflictos de diverso género así como también una cierta tendencia a la querulancia. Lo que antaño se veía como algo en sí mismo malo (las personas resolvían muchos de sus desencuentros sin acudir a los jueces), hoy se ve como la salida natural a cualquier tipo de conflicto. Mi opinión es que este es un rasgo característico de las sociedades con un alto grado de complejidad –aunque es posible que haya algunas sociedades de este tipo que por razones culturales no tengan este rasgo. Irónicamente añade Nieto que esto no está mal del todo, habida cuenta de que hoy “de las leyes vive más gente que del turismo o del automóvil.” (p. 187). Esta

circunstancia de litigiosidad abundante ha generado un cambio en el modo de ver el Derecho y, por tanto, en la manera en que se enfocan los estudios jurídicos en la Facultad: si antes la formación iba dirigida a preparar opositores, hoy va dirigida a la abogacía (pp.188-189). También ha cambiado el modelo judicial, más que debido al fenómeno de la abundante litigiosidad, que también, por las características que ha imprimido en la vida judicial el actual régimen político. Nieto no se posiciona en absoluto contra la democracia, ni contra el Estado de Derecho. Lo que hace es denunciar las prácticas corruptas que, al amparo de la democracia, se producen en este terreno por parte del estamento judicial. Al tema ha dedicado algunos de sus más interesantes y polémicos libros, como *El arbitrio judicial* (Barcelona, Ariel, 2000), *El desgobierno judicial* (Madrid, Trotta, 2ª ed., 2005) y *El malestar de los jueces y el modelo judicial* (Madrid, Trotta, 2010). En este libro que comento, resume al máximo algunas de sus ideas. Con la Transición política cambió el modelo judicial, y aparecieron prácticas y actitudes no conocidas antes en España, que redundaron en el desprestigio (p. 191), en la trivialización de la carrera judicial (p. 193), en el fenómeno de los “polizones” y de los “jueces estrella” (pp. 195-197). Todo ello al socaire de una nueva manera de entender el Derecho, vulgarizadora de la vida jurídica en general: “A más pleitos, más democracia”, “in dubio pro actione”. Se han generado tres tipos de justicia paralelos: la justicia estatal, la justicia mediática y la justicia popular, que se combinan y se entrelazan en un espectáculo indigerible. Las altas esferas de la justicia están, para Nieto, politizadas, empezando por el CGPJ, y siguiendo por el nombramiento de los más altos tribunales (p. 198). Conclusión: “El modelo actual no funciona.” (p. 200) “Es un desastre sin paliativos y sin esperanza de mejora.” (p. 205). A continuación siguen unas reflexiones sobre la función judicial de naturaleza más bien teórica, en torno al arbitrio judicial, a la motivación de las sentencias y a las falacias jurídicas. Todas ellas de gran interés para la Teoría del Derecho.

FRENTE AL LEGALISMO, LA PSICO- SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

En el capítulo 5º (pp. 219-272), dedicado al Derecho, además de aspectos biográficos pertinentes para comprender el desencanto del profesor Nieto encontramos dos partes diferenciadas, si bien el autor no las distingue sino que vienen mezcladas en su exposición: la parte que podemos denominar “crítica del Derecho”, y la parte “teórica” en la que plantea una visión sociologista (“realista”) del fenómeno jurídico. En cuanto a los aspectos de su biografía intelectual baste resaltar aquí el descreimiento del Derecho que Nieto muestra como producto de una gran decepción respecto del funcionamiento del positivismo legalista en que se educó, como ya hemos señalado. Declara que ha salido de esas oscuridades –me recuerda a von Jhering cuando se refería al “cielo de los conceptos jurídicos”, donde no penetraba la luz-, gracias a practicar como observador de la realidad un “empirismo exacerbado” (pp. 219-224). La crítica al Derecho no va dirigida tanto a este mismo sino al modo de concebirlo por parte del legalismo. Este movimiento destacó algunos caracteres del Derecho, sobre todo su estatalidad y un claro sistema de fuentes en las que prevalece la ley. Nieto se muestra contrario de ambos aspectos. El Derecho es un fenómeno mucho más amplio y complejo que el Derecho del Estado, eso dice haberlo visto en una investigación que hizo sobre Tariago del Cerrato (231), que le llevó a la conclusión del “protagonismo social en la vida”, y asimismo en la vida jurídica. Por otro lado, reclama la dualidad “Derecho” y “Ley” que ya conocían los romanos (Ius y Lex). Las fuentes no pueden reducirse a la ley, ésta viene a ser una propuesta, pero el Derecho se cocina también en otros lugares: del Derecho de las autoridades, de los juristas y del legislador se ha pasado al Derecho de los jueces. (p.237) Hoy domina un abandono de lo general y una vuelta a lo particular, lo que supone un aumento de la inseguridad jurídica. Su diagnóstico es poco optimista: “leyes deleznable, jurisprudencia desacreditada, doctrina timorata”. (pp. 238-240). ¿Qué queda? La observación de la realidad, que conduce de inmediato a la contraposición entre “Derecho normado” y “Derecho practicado”. (p. 225). Nieto se para aquí un poco para recordar su evolución. Partió de una fe ingenua en el positivismo legalista, para el cual el Derecho era sencillamente la ley: “confieso que empecé siendo un devoto seguidor del positivismo legalista (...) aunque poco a poco me fui apartando de él al

constatar el abuso y arbitrariedades que propiciaba un régimen como el franquista.” (p.244). Se puede decir que en el pecado llevaba la penitencia. Durante tiempo anduvo en la confusión “hasta que empecé a ver una luz en la teoría del reconocimiento social (...) como punto de partida para una reflexión personal”. (p.244) Obsérvese el lenguaje cuasi-religioso que emplea nuestro autor: confesión, ver la luz, reflexión personal... El profesor Nieto abandonó una fe para convertirse a otra. Abandonó el legalismo para convertirse al “realismo”: “Los jueces, a la hora de aplicar las leyes, toman de ellas lo que les conviene (sólo lo que les conviene y en la medida en que les conviene) y fabrican la sentencia, que es el Derecho que entregan a cada ciudadano y que también es lo único que este puede utilizar. Lo mismo hacen las Administraciones públicas a la hora de ejecutar las leyes. Y en último extremo es lo que también realizan los ciudadanos a la hora de cumplirlas. Este producto final es lo que los realistas consideramos que ‘es el Derecho’ y a lo que nos atenemos sin desconocer, naturalmente, la importancia del material bruto originario, es decir, de las normas legales. Así es como he llegado a la distinción entre Derecho normado y Derecho practicado”. (p.245) Este último inciso sugiere que el Derecho tampoco puede entenderse como el conjunto de decisiones judiciales, sino que hay que tener en cuenta también las leyes. Con lo cual no estaríamos ante un anti-legalismo sin más, sino ante algo distinto. Por otra parte, no hace falta ser “realista” para mantener la idea que del Derecho forma parte lo mismo la ley que las sentencias judiciales: esto lo encontramos claramente expuesto en las obras de todos los miembros de la Escuela de Viena. Bien es verdad que Nieto va más allá de lo que se expresa en las afirmaciones transcritas. La misma dualidad entre Derecho normado y Derecho practicado, y su fijación en este último como el verdadero Derecho, implica que a la ley se la ve como una invitación más que como otra cosa: “Lo relevante –afirma– es lo que de veras sucede y no lo que diga un trozo de papel.” (p.247) Si se toma en serio esta afirmación, entonces habría que ver qué es lo que sucede también con las sentencias de los jueces, con lo cual ya no sería suficiente con tener conocimiento de la jurisprudencia de los tribunales. Creo que el profesor Nieto se mueve entre la mentalidad propia del judicialismo, por una parte, y la del sociologismo, por la otra. Algo que

recuerda la ambigüedad característica de algunos movimientos de comienzos del siglo XX: me refiero sobre todo al movimiento del Derecho libre.

Con todo esto, entramos en una parte del libro dedicada frontalmente a la concepción jurídica del profesor Nieto, ya apuntada. Los capítulos 7º y 8º están dedicados a su desarrollo, y especialmente el “Codicilo sobre el realismo jurídico”. Sintetizaré ahora los aspectos que me parecen esenciales y concluiré con un breve comentario.

LA LEY COMO “PROPUESTA” Y EL DERECHO REAL

El profesor Nieto se mueve en un plano teórico intermedio entre un extremismo socio-psicologista y ciertas concesiones ambiguas al papel de la ley. En esa zona intermedia trata de hallar la clave de la realidad del Derecho. Unas veces proclama su descreimiento absoluto en la ley, a la que califica de simple “papel”; otras veces, sin embargo, la considera como una referencia, un punto de partida, en definitiva algo que está ahí y con lo que hay que contar; a ello contribuye su concepción de los “círculos secantes” y de la “chatarra legal”. Pero lo que sobresale en su enfoque es el aspecto primero, que desemboca en definitiva en una concepción decisionista del Derecho, entendiendo por “decisiones” las que se generan al final del camino, en el largo proceso de producción jurídica, las decisiones concretas en definitiva, sean de los jueces, de la Administración o de los particulares (cfr. pp. 247 y ss). Además, dependiendo del párrafo que leamos, el número de los protagonistas aumenta o disminuye; en el primer sentido, lo que es el más llamativo, hace de todos los destinatarios de las leyes y de las resoluciones concretas (ya sean destinatarios directos o indirectos) objeto de su consideración socio-psicologista; en ellos se integrarían también los agentes y comunicadores sociales, que “intervienen” desde fuera en los procesos judiciales (piénsese, por ejemplo, en los “procesos paralelos” que tienen lugar en los medios de comunicación de masas). Sus autores preferidos son algunos alemanes: jurisprudencia de intereses, movimiento del Derecho libre; otros, americanos: *legal realism*. Por citar algunos nombres que salen aquí y allá:

Hugo, Ehrlich, Isay, von Bülow, Jung, Spiegel, Gény, Pound, Llewellyn (ver p. 348). Algunas exageraciones son evidentes, quiero pensar que al profesor Nieto se le ha ido la pluma; por ejemplo, ésta: “Hemos vuelto al antiguo Derecho, cuando para dictar una sentencia no hacía falta conocer las leyes (...) sino que bastaba con el sentido común. (...) para determinar si el acto es razonable o irrazonable, no hace falta haber estudiado Derecho y, aparte del sentido común, lo único que puede ayudar es la lógica o la psicología.” (p. 263) Lamento tener que decir que, si el profesor Nieto se internase por los terrenos de la sedicente “lógica jurídica”, y mucho más aún por los de la psicología, se encontraría con un pandemónium en el que las ideas claras y aplicables a la realidad vital brillarían por su ausencia. El argumento es además ideal para algunos estudiantes de la Facultad de Derecho: si con el sentido común, aderezado con la lógica que todo el mundo posee, y la psicología por mayor añadidura, es suficiente para ser un buen jurista, ¿para qué estudiar los gruesos volúmenes de dogmática jurídica?

LA FACULTAD DE DERECHO Y EL LÍO DE BOLONIA

Sin embargo, no es todo es desacuerdo con el ilustre jurista. Su crítica al pragmatismo ramplón, impuesto en los recientes programas de estudios por el llamado plan Bolonia y que ha desembocado en una especie de apoteosis del Derecho forense, no tiene desperdicio: “Nuestros cultivadores del Derecho forense son, en el fondo, unos aplicadores *avant la lettre* de la actual orientación docente de Bolonia. Para los ideólogos de Bolonia la universidad está para enseñar a los estudiantes el ejercicio de una profesión: a los futuros médicos el arte de prevenir y curar las enfermedades y a los juristas el arte de plantear, dirigir y resolver pleitos. Lo que no sirve para tal fin debe dejarse de lado y en consecuencia no hay otro modo de estudiar y practicar el Derecho que desde la perspectiva del Derecho forense.” (313) Al final, el Derecho forense se transforma en un “manual para prácticos” o, como suelen decir los alemanes, en “*Rabulistik*” (“rabulismo”), en el dominio del “rábula” (DRAE: “abogado indocto, charlatán y vocinglero”). Por eso, los alemanes han preferido seguir con sus programas académicos de siempre en la Facultad de

Derecho, despreciando el “practicismo” boloñés. Por eso, el profesor Nieto no puede por menos que reclamar una Facultad más polivalente e intelectualmente atractiva: “las Facultades de Derecho están para formar juristas polivalentes”. (p. 318).

EL MITO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Un aspecto central de la decepción y desencanto que el profesor Nieto sufrió hace años fue el ir cayendo en la cuenta de lo poco que significa la ley y por tanto el legalismo. Estas impresiones las recoge en el capítulo octavo de la obra. Su impresión personal la expresa muy claramente en la pg. 342: “cada nuevo ‘descubrimiento’ personal [respecto de la ley y el principio de legalidad, *GR*] suponía al tiempo un desengaño y una decepción vocacional e incluso una sensación de culpabilidad pensando en las falsedades que yo había estado explicando a los estudiantes en los primeros cursos de mi carrera avalado por la autoridad de la cátedra, ya que no de mi persona.” Poco a poco su noción sublime de la ley y del principio de legalidad, ante la observación de la realidad de los hechos, se fue viniendo abajo y desembocó en la sensación de un “naufragio total” (pp. 329-330) de dichas ideas. Si bien afirma que en 1980 había motivos para el optimismo, señala que a lo largo de estos años se ha producido un “vaciamiento de la base ideológica” (pp.332-333) del legalismo, quedando reducido el principio de legalidad a una mera “cuestión académica” (p. 334), a un mito (pp. 336-337). La igualdad de la ley es ficticia, como demuestra la tensión constante entre igualdad formal y desigualdad real (p. 338). La generalidad de la ley también se ha visto socavada por la proliferación de las leyes medida y las leyes singulares (p. 339). La ley ni siquiera es ya una fórmula de compromiso, sino un medio para “arrollar a los adversarios” (p. 340). Lo que caracteriza a la ley es su “plasticidad”, viene a ser un instrumento de quien la maneje y, para órganos y ciudadanos, “una simple oferta o directriz” (p. 343). Con la ley el intérprete hace lo que le viene en gana: “El intérprete hace decir a la ley lo que él quiere, la voluntad del juez es la que decide.” De tal manera que “retuerquen su sentido sin demasiado esfuerzo con el uso alternativo del Derecho.” (p. 343). Declara el profesor Nieto que ninguno de sus maestros

le abrió la mente a esas realidades, sino que fue descubriéndolas poco a poco por medio de las lecturas de los autores citados y sobre todo debido a su personal observación de la realidad. Se sitúa en la órbita del *Freirechtsbewegung*, de la libre *recherche scientifique* y del *American legal realism*; se diferencia de este, no obstante, en que no sólo se fija en cómo practican los jueces el Derecho, sino también la Administración y los particulares. Su concepción de la Ciencia del Derecho la podemos calificar de “psico-sociologista”; su campo de observación es el conjunto de operadores jurídicos, y el método es la observación de lo que sucede con las norma en la realidad vital. No menciona al realismo jurídico escandinavo, si bien en esta corriente es posible encontrar relevantes puntos de contacto. Consecuencias de todo lo anterior son: A) El fracaso de la seguridad jurídica. B) Lo absurdo de creer en la tesis de la única solución correcta: “La tesis sostenida en una sentencia no puede demostrarse (en el sentido lógico del término) sino únicamente argumentarse y en esta argumentación caben infinidad (*sic*) de opiniones contrarias, cuyo poder de convicción depende de la habilidad del expositor y de la receptividad del auditorio.” “El secreto de ganar un pleito no consiste en ‘tener razón’ sino en tener la misma razón que el juez que ha de decidir.” (p. 354). C) La incongruencia de la validez y de la eficacia de las resoluciones ilegales (pp. 355 y ss.).

SU PROPUESTA DEFINITVA: EL REALISMO JURÍDICO

La parte final del libro la dedica su autor a resumir su concepción teórica del Derecho, más en concreto su “realismo jurídico”. Lo que se intenta desde esa “actitud” es “reflejar y explicar la realidad observada”, “cómo está funcionando el Derecho en la sociedad.” (p. 398). En definitiva, una visión sociológica del Derecho. Dice Nieto que el realismo jurídico “se originó en buena medida como consecuencia de una serie de desengaños intelectuales y vitales que se sucedieron desde mediados del siglo XIX” (p.399). El pensamiento jurídico tradicional se encontraría lleno de falacias y de falsos dogmas, encubridores de la realidad. Los libros de Derecho estarían llenos de “erudita retórica” (p. 405). Frente al positivismo –que el autor identifica con el legalismo- el realismo deja al descubierto las

trampas de la ideología jurídica dominante (véanse pp. 406 y sgs.). Todo su planteamiento invita a atenerse a los hechos. Sin embargo, declara que no puede prescindirse de las normas: “El Derecho está anclado sobre dos elementos inseparables: las normas y los hechos. Aquellas sin estos son meras palabras y estos sin aquellas carecen de valor jurídico.” (pp.413-414). A pesar de este aserto, a continuación introduce un tercer factor: las personas. “El Derecho es una cuerda en la que se trenzan las normas, las personas y los hechos de tal manera que si falta uno de estos hilos ni la cuerda ni el Derecho pueden cumplir sus funciones.” (p. 414). Todo esto es verdad, la realidad se muestra multifacética y con multitud de aspectos inescindibles. Ahora bien, el problema creo que no se resuelve apelando a un método sincrético que mezcle los aspectos, sino, justo al revés, se resuelve generando para cada aspecto una perspectiva diferente. De modo similar a como operan las ciencias de la naturaleza. La realidad natural es una y en ella se dan todos los aspectos diferenciados por cada una de las ciencias: Física, Química, Biología, etc. El hecho de que, por ejemplo, la Química se fije sólo en la composición de los cuerpos no significa que niegue los aspectos en los que se fija la Física. La realidad es una, y el conocimiento humano es siempre perspectivista. El Derecho es un nombre para una realidad compleja. Cada Ciencia sobre el Derecho se ocupa de un aspecto: La Teoría del Derecho no es Sociología jurídica, ni ésta es Análisis económico del Derecho. El realismo jurídico es mixtificador, pero en él sobresale el aspecto socio-psicológico, y también posiblemente el económico y el político. Estas perspectivas son legítimas, pero también lo es la propia del jurista que estudia los textos jurídicos. Además de esta crítica epistemológica al planteamiento del profesor Nieto, hay otra no menos importante, que es esta: el realismo es en realidad poco “realista”, ya que es imposible conocer de manera rigurosa en todos sus extremos cómo es exactamente el “Derecho practicado” o “Derecho vivo”; para ello deberíamos tener estudios de cómo funciona efectivamente el Derecho en todos sus campos y dimensiones, cosa que hasta el momento nadie ha presentado (salvo generalidades más o menos optimistas o más o menos pesimistas).

CONCLUSIÓN

En suma, estamos ante una obra de un gran jurista que ha vivido y vive apasionadamente su profesión. En ella se mezclan biografía, inquietudes y propuestas. Un libro singular, enormemente estimulante, tanto por ser su autor testigo privilegiado de toda una época en España, caracterizada por el cambio continuo y profundo, como por su visión agudamente crítica, sin paliativos y sin fórmulas de compromiso, así como también por darnos en breves trazos –pero muy elocuentes- lo principal de su concepción del Derecho. Con toda sinceridad: aunque no comulgo con todo lo que el profesor Nieto sostiene en este libro, he disfrutado muchísimo leyéndolo.