

EL ARBITRIO JUDICIAL

ENTRANDO EN LA MENTE DEL JUEZ

Alejandro Nieto García



eBook en www.colex.es

3.^a EDICIÓN



EL ARBITRIO JUDICIAL

Entrando en la mente del juez

3.ª EDICIÓN

Alejandro Nieto García

Catedrático emérito de Derecho Administrativo
(Universidad Complutense de Madrid)

COLEX 2021

Advertencia:

Esta versión de 2021 reproduce el texto de la edición de 2000 con las correcciones y actualizaciones que ha introducido Rosa Esperanza Sánchez Ruiz-Tello, magistrada de lo contencioso-administrativo, junto con un epílogo del autor escrito en el año 2021.

El contenido ha sido también revisado por L. Alfredo de Diego Díez, magistrado y profesor de Derecho procesal.

Copyright © 2021

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Alejandro Nieto García

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3º B (local comercial)
A Coruña, C.P. 15004
info@colex.es
www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1359-324-1
Depósito legal: C 1796-2021

*En memoria de José M. Nieto y Jordi Nonell,
que se fueron durante los largos años
de elaboración de este libro;
y para Alda y Lucas Janssen-Nieto,
que han venido.*

SUMARIO

ABREVIATURAS	17
CAPÍTULO PRIMERO. FALACIAS DEL PARADIGMA JURÍDICO TRADICIONAL	19
I. PARADIGMAS CIENTÍFICOS Y PARADIGMAS JURÍDICOS	20
1. Un útil concepto de moda	21
2. Paradigmas jurídicos	23
II. EL PARADIGMA TRADICIONAL Y SU RENOVACIÓN	25
1. Propositiones fundamentales.....	26
2. Lo viejo y lo nuevo del paradigma renovador.....	28
3. La coyuntura del cambio.....	31
III. LAS FALACIAS DEL PARADIGMA TRADICIONAL.....	32
1. La falacia de los cánones hermenéuticos	33
2. La falacia de la lógica jurídica.....	34
3. La falacia del determinismo legal	39
3.1. La norma jurídica como regla y como pauta.....	40
3.2. La ley como oferta y como directriz	46
4. La falacia de la invalidez de las sentencias ilegales	49
4.1. Ilegalidad e invalidez.....	50
4.2. La aporía de las sentencias contradictorias.....	53
4.3. La aporía de las sentencias contra ley	56
5. La falacia de la única solución correcta.....	61
5.1. La tesis tradicional de la solución correcta única	61
5.2. Los llamados casos difíciles	64
5.3. Algunas causas de la pluralidad de soluciones correctas.....	67
5.4. Calificación jurídica de las diversas soluciones	69
5.5. Opción alternativa	72
6. Consideración final	73

CAPÍTULO SEGUNDO. EL MÉTODO JUDICIAL	75
I. INTRODUCCIÓN.....	77
II. PASOS INICIALES DE ENCUADRAMIENTO DEL DISCURSO.....	80
1. Relación de las pretensiones y argumentaciones de las partes.....	80
2. Planteamiento de la cuestión	81
III. NARRACIÓN SELECTIVA DE LOS HECHOS	83
1. Hecho y Derecho.....	85
2. Vaivén hermenéutico	88
3. Selección de hechos relevantes.....	91
IV. BÚSQUDA Y TRATAMIENTO DE TEXTOS Y NORMAS.....	94
1. El texto aplicable	94
1.1. Selección	94
1.2. Declaración de vigencia y validez.....	95
2. Del texto normativo a la norma jurídica.....	96
3. Establecimiento de la norma general.....	98
4. Construcciones conceptuales y disquisiciones jurídico-sistemáticas	100
V. CREACIÓN JUDICIAL DE NORMAS	103
1. Desarrollo creador inmanente	103
2. Desarrollo creador trascendente.....	105
3. Recapitulación: la vieja cuestión de la creación judicial del Derecho.....	106
VI. FALLO.....	109
1. Doctrina tradicional	109
2. La regla del caso	112
VII. CRÍTICA Y RENOVACIÓN DEL MÉTODO TRADICIONAL.....	113
VIII. RETROCESO DE LA LEY.....	116
1. Jurisprudencia principialista	117
2. Jurisprudencia de valores.....	119
IX. CRISIS DE LA TEORÍA DEL SILOGISMO DE SUBSUNCIÓN.....	122
1. La subsunción judicial	122
1.1. La tradición y su abandono	122
1.2. Casuística.....	127
2. El método lógico-deductivo en las proposiciones de deber ser.....	128
2.1. De la necesidad a la probabilidad y los objetos <i>in verba</i>	129
2.2. Silogismo hipotético	131
3. De la norma general a la regla del caso	132
X. REVISIÓN RADICAL: EL MÉTODO INVERSO	135
1. Un método alternativo.....	135
2. El rechazo impulsivo del procedimiento inverso	139

SUMARIO

CAPÍTULO TERCERO. MOTIVACIÓN	141
I. INTRODUCCIÓN	143
II. POSITIVACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL	143
III. EXCURSO: COYUNTURALIDAD HISTÓRICA	144
1. Edad Media y Antiguo Régimen	146
1.1. La motivación no estaba prohibida, pero se consideraba desaconsejable ..	146
1.2. La motivación estaba prohibida	147
1.3. Algunas excepciones de Derecho europeo	152
2. La época constitucional	154
2.1. Oportunidades perdidas en los primeros años del constitucionalismo ..	156
2.2. Madurez del constitucionalismo	159
IV. MOTIVACIÓN: EXPLICACIÓN, JUSTIFICACIÓN, ARGUMENTACIÓN	161
V. MOTIVACIÓN PSICOLÓGICA: EXPLICACIÓN CAUSAL	167
VI. MOTIVACIÓN JURÍDICA: JUSTIFICACIÓN LEGAL	170
1. Funciones procesales y políticas	171
2. El Tribunal Constitucional y las funciones de la justificación	176
VII. CONTENIDO	179
1. Teorías de las congruencias y de la relevancia	180
2. Votos particulares separados	185
3. La lucha por el mantenimiento (o la ruptura) de un <i>statu quo</i>	187
VIII. RELACIÓN MOTIVADA DE HECHOS PROBADOS	189
IX. LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL	195
1. Especificidad de la argumentación jurídica	195
2. De lo verdadero a lo plausible	199
3. La sentencia como información	200
4. Objetivo de la argumentación: el convencimiento	202
5. Práctica forense	205
5.1. Variedades	205
5.2. Dificultades	206
X. PSICOLOGÍA DE LA MOTIVACIÓN Y DE LA ARGUMENTACIÓN	209
CAPÍTULO CUARTO. EL ARBITRIO JUDICIAL	213
I. PLANTEAMIENTO	215
II. LEGITIMIDAD	218
III. EXCURSO HISTÓRICO	221
1. Identificación	222
2. Arbitrio y arbitrariedad	225
3. Los excesos de la práctica	226

SUMARIO

4. Arbitrio penal	228
5. Supervivencia de la discrecionalidad penal y administrativa en el siglo XIX ..	230
6. Al margen de la ley: el juicio de albedrío	232
IV. CONCEPTO	233
V. ÁMBITO DE EJERCICIO	237
1. En los huecos de la legalidad	239
2. A través de los intersticios de la legalidad estricta	243
3. En la encrucijada de una pluralidad de soluciones	246
4. Equidad	248
5. El proceso como sucesión de actos arbitrados	251
VI. EN ESPECIAL, EL ARBITRIO EN MATERIA DE PRUEBA	252
1. Sistema legal	253
1.1. Apreciación legalmente tasada	254
1.2. Apreciación absolutamente libre o en conciencia	254
1.3. Apreciación libre con arreglo a la sana crítica	256
1.4. Valoración conjunta de la prueba	257
1.5. Indicios	258
2. Aparición del arbitrio	262
3. Declaración finalista: la verdad procesal	266
VII. EXPLICACIÓN GENERAL	273
1. Insuficiencia de los textos normativos	273
2. Mecanismo de concreción de normas abstractas	275
3. La realidad borrosa	279
4. Necesidad del sistema: el valor normativo de lo fáctico	282
VIII. CRITERIOS DE EJERCICIO	284
CAPÍTULO QUINTO. ENJUICIAMIENTO DE LA SENTENCIA	291
I. INTRODUCCIÓN	292
1. Corrección del fallo y corrección de los fundamentos jurídicos	293
2. Juicios que ha de superar la sentencia	296
II. VICIOS RELEVANTES DE LA JUSTIFICACIÓN	300
1. Ausencia total o parcialmente grave de motivación	301
2. Insuficiencia	302
3. Efectos prácticos	303
4. Otros vicios (remisión)	305
III. VICIOS NO RELEVANTES DE LA JUSTIFICACIÓN	306
IV. JUICIOS OBJETIVOS	310
1. Coherencia lógico-deductiva	311

SUMARIO

2. Teorías de la argumentación	313
V. JUICIO DE CORRECCIÓN JURÍDICA: LEGALIDAD	314
1. Planteamiento	314
2. La técnica jurídica	318
3. El jurista y la comunidad	324
3.1. La opinión de la mayoría en la comunidad política	326
3.2. Los valores culturales relevantes de la comunidad social	327
3.3. La <i>communis opinio</i> de la comunidad jurídica	328
3.4. La doctrina dominante	330
VI. JUICIO DE VERDAD	332
VII. CONSIDERACIÓN FINAL	334
CAPÍTULO SEXTO. MÁS ALLÁ DE LA LEY: IRRACIONALIDAD, IRRAZONABILIDAD Y ARBITRARIEDAD	337
I. INTRODUCCIÓN	339
1. De nuevo una moda	339
2. Por encima de la ley, más allá de la ley	343
3. Legitimación de la decisión judicial	345
II. RACIONALIDAD	348
1. El racionalismo matriz	348
2. Concepto	351
3. La racionalidad como procedimiento y su control	354
III. RAZONABILIDAD	357
1. Creación judicial	358
2. Razonabilidad y racionalidad	362
2.1. Dos conceptos distintos	362
2.2. Lo razonable como alternativa a lo racional	364
2.3. Lo razonable complementa lo racional	365
2.4. Carácter subsidiario	367
3. Breve excursus de Derecho comparado	368
4. Reelaboración del concepto	370
5. El juicio de razonabilidad y el nuevo paradigma	376
IV. ARBITRARIEDAD JUDICIAL	377
1. La arbitrariedad de la Administración como primera piedra	380
2. De la arbitrariedad a la Administración a la arbitrariedad del legislador	383
3. Estación de término: la arbitrariedad judicial	385
V. CONCEPTO	387
1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su crítica	387

SUMARIO

2. El Código Penal de 1995	391
3. Ejercicio indebido del arbitrio.....	395
VI. CONTROL DE LA ARBITRARIEDAD.....	397
1. Por motivos formales: ausencia de motivación suficiente.....	397
2. Control del ejercicio indebido del arbitrio	402
2.1. Límites tradicionales del arbitrio.....	403
2.2. Técnicas actuales	405
3. En materia de hechos	408
3.1. Control de apelación.....	410
3.2. Control casacional	410
3.3. El principio de inmediatez y la incidencia del error.....	414
3.4. Gradación del arbitrio: secuencia valorativa.....	415
VII. RECTIFICACIÓN Y SUSTITUCIÓN	417
VIII. OBSERVACIONES COMPLEMENTARIAS	420
1. Una innovadora (en su día) reflexión constitucional: la STC 214/1999	420
2. Superinfluencia de conceptos y de técnicas de control	422
CAPÍTULO FINAL. PARÁBOLA DEL PORTAL DE BELÉN	427
I. PARÁBOLA	428
II. INTERESES EN JUEGO.....	429
1. Intereses propios del juez.....	429
2. Asunción de intereses ajenos	429
3. Cálculos estratégicos	430
4. Factores mediáticos	431
III. SENTIMIENTO Y RAZONAMIENTO	432
1. Impulsos personales: intuiciones	433
2. El sentimiento jurídico.....	438
3. El sentimiento de justicia y de injusticia	442
IV. ANÁLISIS SECUENCIAL: PREDISPOSICIÓN Y PREJUICIO.....	445
V. LA PERSONALIDAD DEL JUEZ	448
1. Personalidad individual.....	448
2. Tipologías funcionales.....	450
3. Causas y predicciones.....	454
VI. ESPAÑA.....	455
1. De la carrera judicial a los jueces estrella	455
2. Estudios psicosociológicos.....	459
APÉNDICE. LA CONCIENCIA POSITIVA DE LA INEVITABLE SUBJETIVIDAD	463

SUMARIO

EPÍLOGO. SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN	469
I. LA DISCRECIONALIDAD	471
1. Introducción.....	471
2. Contingencia histórica de la discrecionalidad	473
3. Descubrimiento de la figura y su evolución.....	474
4. Errores y carencias de la situación actual	476
5. Lo discrecional y lo reglado	478
6. Norma general y decisión administrativa singular	482
7. Norma general: tipo normativo	483
8. Decisión singular: el proceso de concreción en la ejecución discrecional	485
9. La actividad administrativa de concreción	487
II. CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA	491
1. Inmunidad y control de la discrecionalidad administrativa	493
2. El regreso de la equidad	495
3. Fiscalización indirecta por razones de legalidad	497
4. Legalidad y discrecionalidad: ley y Derecho.....	499
5. Fiscalización directa por razones de equidad	502
6. Control por principios generales individualizados	504
7. Control por principios generales universales.....	507
8. Equidad y caso singular: control casuístico	509
9. Los indultos gubernativos	512
10. La imposible cuadratura del círculo: el sueño de la certidumbre	513
11. Los riesgos de la equidad	517
12. Final	521
BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA	527

CAPÍTULO PRIMERO

FALACIAS DEL PARADIGMA JURÍDICO TRADICIONAL

Una nueva verdad científica no triunfa por medio del convencimiento de sus oponentes, haciéndoles ver la luz, sino más bien porque dichos oponentes llegan a morir y crece una nueva generación que se familiariza con ella (Max PLANCK, 1949).

- I. PARADIGMAS CIENTÍFICOS Y PARADIGMAS JURÍDICOS
 1. Un útil concepto de moda
 2. Paradigmas jurídicos
- II. EL PARADIGMA TRADICIONAL Y SU RENOVACIÓN
 1. Propositiones fundamentales
 2. Lo viejo y lo nuevo del paradigma reformador
 3. La coyuntura del cambio
- III. LAS FALACIAS DEL PARADIGMA TRADICIONAL
 1. La falacia de los cánones hermenéuticos
 2. La falacia de la lógica jurídica
 3. La falacia del determinismo legal
 - 3.1. *La norma jurídica como regla y como pauta*
 - 3.2. *La ley como oferta y como directriz*
 4. La falacia de la invalidez de las decisiones ilegales
 - 4.1. *Ilegalidad e invalidez*
 - 4.2. *La aporía de las sentencias contradictorias*
 - 4.3. *La aporía de las sentencias contra ley*
 5. La falacia de la única solución correcta
 - 5.1. *La tesis tradicional de la solución correcta única*
 - 5.2. *Los llamados casos difíciles.*
 - 5.3. *Algunas causas de la pluralidad de soluciones correctas*
 - 5.4. *Calificación jurídica de las diversas soluciones*
 - 5.5. *Opción alternativa*
 6. Consideración final

I. PARADIGMAS CIENTÍFICOS Y PARADIGMAS JURÍDICOS

En las ciencias naturales, la evolución y el progreso no se producen por acumulación de conocimientos sino por sustitución. Y más todavía en las realizaciones tecnológicas. Solo hay que conocer el último descubrimiento, pues desaparece del horizonte científico y práctico todo lo anterior al difundirse: el tren eléctrico no convive con el de vapor, sino que lo desplaza; y los estudiantes no necesitan memorizar hoy la geografía de Tolomeo. Por tanto, no hay peligro de congestión.

En la ciencia jurídica, por el contrario, no hay sustitución sino acumulación. El interesado debe caminar cargado con una mochila de conocimientos cuyo peso y contenido aumentan constantemente. El jurista que está leyendo la última directiva de la Unión Europea no puede prescindir del *Corpus iustiniano*; de la misma manera que los trabajos de Díez Picazo no sustituyen a los de Clemente de Diego ni los de Covarrubias a los de Juan Hispano. El resultado inevitable es una saturación que impide —más que dificulta— el dominio técnico simultáneo de todos los saberes.

Partiendo de la doctrina consolidada, los profesores van añadiendo cada año un nuevo círculo de precisiones que se superponen como los anillos del tronco de un árbol que termina «rigidificándose» cuando alcanza un determinado grosor. Ni la jurisprudencia ni los árboles pueden crecer indefinidamente, y al llegar a un cierto punto de desarrollo se les empieza a secar de forma inexorable el corazón.

Una vez iniciado el proceso degenerativo, no obstante, cabe el alivio de una «poda» enérgica del material inservible. En el campo del Derecho se suelen realizar «limpiezas del pasado» que envían muchos libros a los sótanos de la historia o del olvido con objeto de hacer sitio a los nuevos en las estanterías en uso. Los juristas han de aprender, como los ecólogos —en palabras de F. X. Kaufmann («Abshlissende Bemerkungen», en *Das sogennante...*, 329)—, el arte de quitar del medio los desperdicios y residuos inútiles, incluida la «chatarra normativa» de la que ha hablado nuestro Consejo de Estado. Operación que también tiene lugar mediante recopilaciones, codificaciones o cambios legislativos y constitucionales, los cuales envían al cesto de los papeles no solo la legislación anterior, sino también la jurisprudencia y doctrina superadas.

Sin embargo, periódicamente se produce un cambio mucho más profundo que el de la mera limpieza porque ya no se refiere en exclusiva a elementos concretos sino a todo el conjunto, es decir, al paradigma dominante. Una forma, en definitiva, de romper con la acumulación e introducir una especie de sustitución.

1. Un útil concepto de moda

Paradigma, en la acepción que Kuhn ha vulgarizado y que aquí va a manejarse, es el conjunto de conocimientos que comparte una comunidad científica. O sea, lo que piensan las personas que componen un círculo social o científico porque se han formado de igual manera y están haciendo lo mismo.

La ciencia y la cultura se vertebran en tomo a paradigmas, dado que únicamente si se cuenta con una referencia común hay posibilidad de entenderse. Sin estos apoyos culturales no se comprenderían los hablantes o tendrían que explicar previamente el sentido que dan a cada palabra que utilizan.

Los miembros de un círculo comparten un patrimonio cultural y vital singularmente preciso cuando se trata de una comunidad científica. Patrimonio integrado por ideas rigurosamente trabadas, que antes solía denominarse «sistema», y que identifica a quienes lo han recibido y aceptado. Es raro que toda una generación profese el mismo paradigma, y así se explica, por ejemplo, que en el campo epistemológico convivan los racionalistas y los irracionalistas, como en el jurídico los positivistas y los iusnaturalistas. Cada «escuela» tiene sus propias creencias; pero de ordinario se trata de simples modalidades afirmadas sobre un paradigma dominante común, que es el que marca el estilo de la época a despecho de la existencia de otros rivales. Y así es como puede hablarse de la época de la física newtoniana o de la del método exegético de las leyes.

El paradigma dominante no puede, sin embargo, pervivir indefinidamente porque su imperio se ve amenazado por circunstancias cuantitativas y cualitativas. Un acervo de conocimiento evoluciona de manera constante y tiende a expandirse. De hecho, crece de forma ininterrumpida, puesto que los investigadores cada día afinan y profundizan sus saberes. Este crecimiento, además de la dimensión cuantitativa, tiene otra cualitativa, ya que no puede desbordar ni contradecir los elementos fundamentales del paradigma que desarrolla.

En efecto, se ejerce un control muy riguroso para evitar que las nuevas conquistas pongan en peligro la supervivencia del paradigma. La ciencia oficial se comporta inquisitorialmente silenciando, e incluso castigando, a los heterodoxos y, en el supuesto más benévolo, los ignora. Porque si el progreso que se anuncia es demasiado radical, el paradigma dominante ya no podría asimilarlo e inevitablemente se generaría una tensión que terminaría en guerra a muerte, tanto más implacable cuanto que no hay posibilidad de convencimiento recíproco y ni siquiera de diálogo porque se hablan lenguajes distintos y se opera en dos ondas comunicadas.

Unos y otros ven cosas distintas, ya que miran objetos diferentes; seleccionan en sus observaciones fenómenos no homologables y, para mayor desgracia, si contemplan lo mismo, lo miran con distintos ojos. En contra de lo que suele creerse, las dificultades no son creadas por la percepción de situaciones distintas o por la emergencia de problemas nuevos sino por el cambio de perspectiva de sus observaciones.

«Lo que ve un hombre —ha escrito Kuhn, 186— depende tanto de lo que mira como de lo que su experiencia visual conceptual previa lo ha preparado a ver». El viejo no entiende los nuevos planteamientos sencillamente porque no ve el problema —que, para él, en consecuencia, no existe— ni entiende los nuevos mecanismos de percepción. ¿Cómo podrían llegar a un acuerdo un idealista con un positivista?

Si los practicantes de paradigmas distintos ven cosas diferentes —y no ya solo porque las contemplan desde perspectivas diferentes— y hablan diversos lenguajes, es claro que están condenados a no entenderse por muy fuertes que sean las pruebas de que dispongan y contundentes los argumentos que manejen. «Aunque estoy absolutamente convencido de mis opiniones —confesó resignadamente Darwin—, no espero convencer de ninguna manera a los naturalistas experimentados cuyas mentes están llenas de multitud de hechos que, durante un transcurso muy largo de años, han estado viendo desde un punto de vista directamente opuesto al mío. Pero miro con firmeza hacia el futuro, a los naturalistas nuevos que están surgiendo, porque ellos serán capaces de ver ambos lados de la cuestión con imparcialidad». Y en palabras aún más crudas de Max Planck, «una nueva verdad científica no triunfa por medio del convencimiento de sus oponentes, haciéndoles ver la luz, sino más bien porque dichos oponentes llegan a morir y crece una nueva generación que se familiariza con ella» (*apud* Kuhn, 234).

Sea como fuere, los paradigmas dominantes, atrincherándose en los mecanismos defensivos de la incompreensión y, en su caso, de la condena de las ideas revolucionarias emergentes, pueden prolongar su existencia algo más de lo razonable, aunque nunca pueden asegurarse una supervivencia indefinida.

La aparición de un paradigma nuevo va madurando lentamente conforme algunos investigadores van percatándose de las contradicciones del vigente, de la existencia de aporías intolerables (aporía, del griego «camino sin salida»), es una proposición que ofrece dificultades insuperables de comprensión, por carecer de explicación conocida) y de preguntas sin respuesta. Cuantos autores se han ocupado de este extremo han llegado a la

conclusión de que, una vez que los tiempos están maduros, el nuevo paradigma «cristaliza» súbitamente. De la noche a la mañana se apartan las vendas de los ojos y de pronto se ven las cosas de otra manera. Se entiende lo que hasta hacía un momento era incomprensible: es la caída del caballo de Saulo en el camino de Damasco.

Ahora bien, es normal que los «precursores» no consigan audiencia suficiente y sean rechazados por la comunidad científica, de modo que haya que esperar mucho tiempo a la generalización de las nuevas doctrinas. Nos lo acaban de recordar los testimonios de Darwin y Planck; y se comprueba en la cotidiana recuperación de grandes hombres y grandes obras que en su tiempo fueron injustamente condenados o silenciados por los caudillos y administradores del paradigma a la sazón dominante.

Por lo que se refiere al «nuevo» paradigma jurídico que se recoge en este libro, luego podremos comprobar que no es tan nuevo. Ya estaba completamente perfilado en las primeras décadas del siglo XX y hoy tiene tanta prescancia científica como cualquier otro. Pero aún no ha desplazado al «dominante», ya que, según se ha indicado, en el mundo del Derecho las teorías más incompatibles se superponen sin fusionarse ni desplazarse, como el agua y el petróleo o como el aceite y el vinagre.

Los juristas, en lo que a este libro afecta, están condenados a vivir perpetuamente en la cruz de la sumisión mecánica —o en la sumisión contraria: arbitrada— del juez a la ley. Es una cuestión que nos acompañará hasta la última página a partir de este momento.

2. Paradigmas jurídicos

Debe tenerse muy presente que el marco conceptual de los paradigmas fue elaborado pensando en el mundo científico, es decir, en el de las llamadas ciencias naturales. Esto significa que la teorización sobre los paradigmas científicos no puede trasladarse, sin más, a los paradigmas jurídicos.

En el mundo del Derecho los autores han hablado siempre de «sistemas»: el sistema del Derecho romano, el del *common law*, el de la codificación. Sistema y paradigma son conceptos que en modo alguno pueden identificarse. El sistema es más amplio y se refiere a datos reales e interrelacionados que forman una unidad inescindible; son las normas existentes y aceptadas, las instituciones materiales y formales, los procedimientos y la formación ideológica y técnica de los practicantes. En cambio, el paradigma es una suma de conocimientos, una actitud intelectual ante el sistema.

EL ARBITRIO JUDICIAL

Entrando en la mente del juez

Si la «interdicción de la arbitrariedad» que proclama la Constitución es la técnica más avanzada que tenemos en España para controlar la discrecionalidad de la Administración, vamos apañados. Se la debemos a una genialidad de García de Enterría, pero es puro humo, dice Alejandro Nieto.

Y como esta, más trasgresiones. Como afirmar que el silogismo judicial de la Ilustración está superado o la ruptura de la subordinación del juez a la ley.

Todo el libro es una revelación que, con el detalle del Jardín de las Delicias, pinta un fresco apabullante del Derecho Judicial. Alejandro Nieto entra en la mente de los jueces y describe cómo motivan según las reglas de la argumentación. La verdad jurídica no se puede comprobar, de ahí que las sentencias sean justificaciones *ex post* siempre sustituibles por el criterio del juez superior. Hasta el Tribunal Supremo vería corregidas sus sentencias si hubiera un Tribunal Supersupremo.

Sabremos así que el arbitrio es el hueco que deja la ley —a través de sus lagunas, conceptos jurídicos indeterminados, imprecisiones o ambigüedades— al criterio subjetivo del juez. El juez aquilata la regla de la ley al caso singular por racionalidad, razonabilidad, interdicción de la arbitrariedad o proporcionalidad, que no son más que modos nuevos de nombrar la vieja equidad.

Resolver con arbitrio por equidad; eso es lo que hace el juez. Con todo, es una apuesta de confianza en la subjetividad del juez que sitúa sus límites en la ética —personal y corporativa— y en la motivación de la sentencia.

Y así termina el libro: arbitrio judicial revisando al arbitrio administrativo. Este es el nuevo paradigma y el remedio para controlar la Administración.

Porque el juez tiene la última palabra.



ALEJANDRO NIETO GARCÍA

Valladolid, 1930

Catedrático emérito de la Universidad Complutense de Madrid, doctor *honoris causa* por las Universidades Carlos III y Nacional de Buenos Aires. Premio Nacional de Ensayo. Expresidente del CSIC. Entre sus obras de carácter jurídico destacan: *Bienes comunales* (1964), *La retribución de los funcionarios en España* (1967), *Derecho administrativo sancionador* (5.ª ed., 2012), *Balada de la Justicia y la Ley* (2002), *Crítica de la razón jurídica* (2007), *Testimonios de un jurista* (2017) y *Una introducción al derecho* (2019).

PVP: 25,00 €

ISBN: 978-84-1359-324-1



9 788413 593241