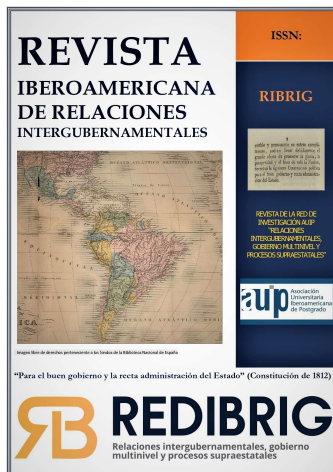


**ALEJANDRO NIETO Y
EL DERECHO DEL ESTADO**

Raquel López Postigo
Universidad de Cádiz

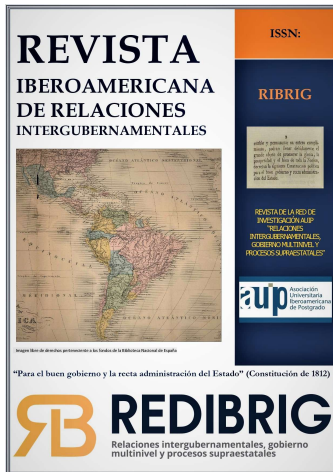


Para citar: R. López Postigo, “Alejandro Nieto y el Derecho del Estado”, *RIBRIG*, 5, 2024, 1-59.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Biografía. 3. El concepto de derecho. 4. El positivismo jurídico español. 5. El análisis de la norma constitucional. 5.1 El carácter programático de la Constitución. 5.2 Los destinatarios de la norma. 5.3 El contenido constitucional. 5.4 La interpretación del texto constitucional. 5.5 El Tribunal Constitucional. 6. El Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo. 6.1 El Derecho Administrativo Sancionador: consideraciones constitucionales. 6.2 Análisis del artículo 25 de la Constitución Española. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El estudio del Derecho Constitucional se nutre de fuentes de conocimiento de naturaleza positiva (fuente del Derecho Constitucional), jurisprudenciales (en virtud de la naturaleza jurisdiccional del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución) y doctrinales. En la configuración doctrinal del Derecho Constitucional, nos guiamos por la Ciencias Jurídica de los denominados constitucionalistas, quienes nos aportan su conocimiento sobre las categorías conceptuales, metodológicas y dogmáticas del Derecho Constitucional. Sin embargo, nos advirtieron constitucionalistas de la talla de Rubio Llorente, Aragón Reyes, Eliseo Aja o Alzaga, que el Derecho Constitucional no debe despreciar las aportaciones que a esta disciplina realizaron maestros



del Derecho Administrativo, la Ciencia Política, la Historia del Derecho o el Derecho Procesal Constitucional. Así lo cumplen tradicionalmente también la Ciencia del Derecho Constitucional en países como Alemania (Derecho Público del Estado) o los Estados Unidos de América (Gobierno como asignatura separada del Constitutional Law), donde las separaciones disciplinarias sobre el aprendizaje de la Constitución no obedecen exactamente a los mismos criterios que en países como España o Italia. Es así que, en España, está asentado el reconocimiento sobre las aportaciones a la normatividad constitucional del profesor García de Enterría o las contribuciones a la historia constitucional de autores como Tomás y Valiente o Varela Suanzes.

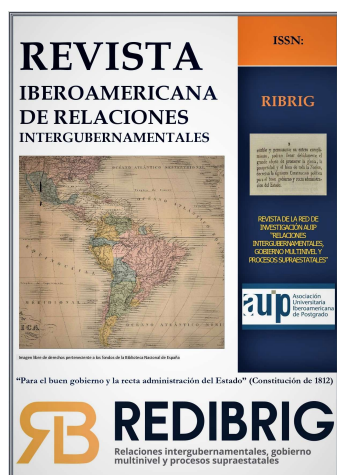
A principios del mes de octubre del año 2023 falleció Alejandro Nieto García, un gran humanista, jurista, abogado e historiador español, discípulo de la Escuela de García de Enterría, cuyo análisis académico y profesional acerca del Derecho público y los poderes del Estado español supuso una revolución en lo que al propio concepto del derecho se refiere¹; así lo han aconsejado autores como Benigno Pendás, Francesc Carreras, Muñoz Machado o Alli Aranguren².

Alejandro Nieto se atrevió a denunciar lo que nadie antes había denunciado, a cuestionar lo tradicionalmente

2

¹ Alli Aranguren, JC. (2023): *Alejandro Nieto García, humanista y jurista*. Iura Vasconiae, 20, 423-458.

² ABC: “La Real Academia de Ciencias Morales y Políticas recuerda a Alejandro Nieto. *Abc.es*, 30 de enero de 2024. Disponible desde Internet en: <https://www.abc.es/cultura/real-academia-ciencias-morales-politicas-recuerda-alejandro-20240130182601-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Fcultura%2Freal-academia-ciencias-morales-politicas-recuerda-alejandro-20240130182601-nt.html> [con acceso el 29-03-25]



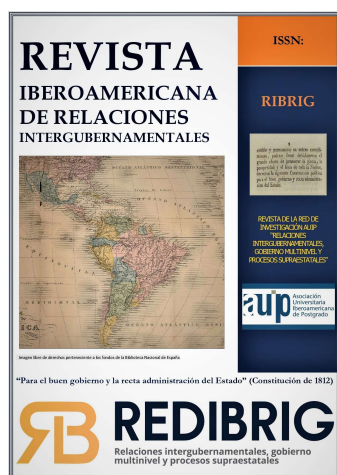
incuestionable, a poner sobre la mesa los aspectos más negativos de la Administración pública³.

Es por ello por lo que este artículo asume como objeto principal la investigación y determinación de las aportaciones más relevantes de Alejandro Nieto al mundo del derecho, centrándose en el análisis de aquellas referentes a la rama constitucional; todo ello sin olvidar las otras disciplinas sobre las que también influyó y que están sometidas a una relación de interdependencia de manera inevitable, pues el derecho es, o al menos, debe ser entendido como un todo.

Para poder cumplir con este propósito general, se establecen una serie de objetivos específicos. En primer lugar, se realizará una revisión bibliográfica de aquellas obras del autor con mayor relevancia a los efectos de este artículo, así como de escritos de otros profesionales del derecho que hayan dedicado partes de sus obras al estudio de las ideas de este gran jurista. En segundo lugar, se estudiará la conexión constitucional de sus principales ideas y críticas y, en tercer lugar, se entablará una necesaria relación entre la materia que aquí preocupa, la constitucional, y la que constituyó el principal objeto de estudio de este jurista, la administrativa.

En consecuencia, la justificación de este TFG se halla, en primer lugar, en la importancia de resaltar el trabajo

³ Sirvan como ejemplo los numerosos artículos publicados en la Revista de Administración Pública (tales como *La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo*, de 1976 o *De la República a la democracia: la Administración española del franquismo*, de 1977) y sus obras (*La "nueva" organización del desgobierno*, de 1996, obra que iría actualizando en posteriores ediciones). Como se irá viendo a lo largo de esta exposición, en ellas ponía en entredicho cualquier planteamiento jurídico, desmantelando cada rincón del Derecho.

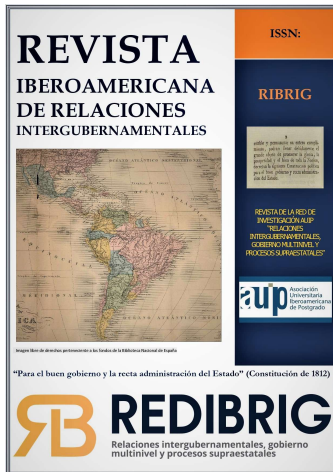


tan extenso como excelente de los juristas más brillantes de la nación española, como ha sido y seguirá siendo Alejandro Nieto. Por otro lado, podría resaltarse también la necesidad de profundizar en el entendimiento del conjunto de principios y normas creados por la sociedad para regular su propia convivencia y relaciones, evitando, a su vez, la arbitrariedad del Estado en el ejercicio de su poder; entendimiento que se ha visto condicionado por los dogmas ya impuestos asumidos como verdades incuestionables y definido por el propio Alejandro Nieto como “un edificio técnico-jurídico sensiblemente falseado” (Nieto, 2019: 16) que ha tenido como principal consecuencia la constitución de una “práctica del Derecho repleta de contradicciones internas y ajenas a la realidad”⁴ (Nieto, 2019: 16).

Este estudio se vuelve aún más necesario si se tiene en cuenta la peculiaridad analítica del autor, pues es de destacar que durante gran parte de su trayectoria vital se dedicó a la enseñanza del Derecho en distintas universidades de España. Esto, en el contexto en el que se ubica este artículo, podría incrementar la trascendencia del contenido que se va a tratar, puesto que va a aportar una perspectiva que a toda la institución universitaria atañe e interesa. Y es que el autor, tras una larga etapa ejerciendo como docente, realiza una crítica del Derecho acerca de

4

⁴ Su larga experiencia vital en contacto directo con el mundo del derecho y sus profesionales le hicieron darse cuenta de que el Derecho, ya desde sus raíces, ha sido malentendido. Incluso, de las palabras del autor podría deducirse que ni siquiera se ha llegado a entender aún, ni bien ni mal, lo que significa realmente lo justo, lo conforme a derecho. Al contrario, a lo que se enfrentan los que son y serán juristas es a un compendio de intentos definitorios contradictorios entre sí con respecto a los que se deberán posicionar a favor o en contra. Esto acarrea directas consecuencias en la enseñanza, práctica y aplicación del derecho. Así lo expone Alejandro Nieto al comienzo de su obra “Una introducción al derecho” (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019) p. 15-29.



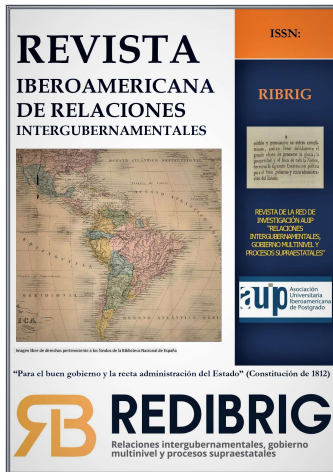
la forma en que es enseñado, objetando que en las universidades se desaprende en lugar de aprender; que se engaña en vez de desengañar; que se fomenta la involución profesional y académica desde todo punto de vista imaginable, haciendo de la institución un auténtico engaño⁵.

En su realización, se ha utilizado, por un lado, una metodología histórica en lo que respecta a la biografía del autor y, de otro lado, una metodología jurídica. La metodología jurídica se basa en el conocimiento, interpretación y aplicación de las normas; en este caso, de los problemas de interpretación y aplicación de las normas tal y como las plantea Alejandro Nieto. Esta tipología metodológica supone la utilización de criterios de interpretación literal, finalística, histórica, sistemática y sociológica. Con respecto a las fuentes, cabe señalar la utilización de fuentes positivas (Constitución, leyes y reglamentos, entre otros) y, primordialmente, de fuentes doctrinales (libros y artículos escritos por Alejandro Nieto). Asimismo, también se ha recurrido a fuentes jurisprudenciales en cuanto al uso de sentencias mencionadas por el propio autor.

5

⁵ En su obra “Una Introducción al Derecho” (2019), Alejandro Nieto muestra cierta decepción en el sistema educativo del que también ha formado parte, cuyo único propósito es expedir titulaciones en nombre de los aspirantes que han demostrado ser capaces de memorizar textos e ideas basados en intachables dogmas. Arrepentido de su participación en esta práctica, ahora intentará enmendar sus errores sembrando la duda en los terrenos axiomáticos del campo jurídico universitario.

Nieto, A. (2019): *Una Introducción al Derecho*, Valencia, Tirant Lo Blanch.



2. BIOGRAFÍA

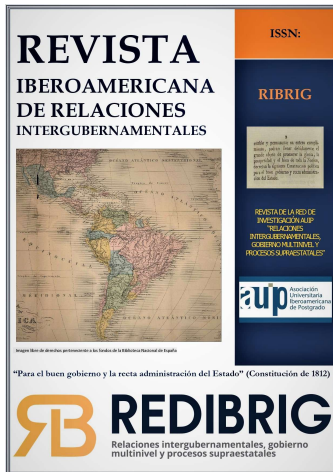
Este apartado biográfico asume, como objetivo primordial, ofrecer una primera aproximación al autor sobre cuyas ideas se basa esta investigación, de tal manera que, a través de su historia y trayectoria, pueda encontrarse explicación a sus reflexiones y críticas más importantes. A tal fin, se expondrá su trayectoria académica y profesional siguiendo un orden cronológico, además de hacer mención de todos sus logros y puntualizar aquellas obras y producciones literarias de mayor alcance a nivel jurídico; todo ello sin olvidar el particular talante crítico y escéptico que tanto lo caracterizaba.

Alejandro Nieto García nace el 21 de agosto de 1930 en Valladolid y fallece a los 93 años el 3 de octubre de 2023, en Madrid. Cursó bachillerato en esa misma ciudad, en el colegio Hermanos de la Doctrina Cristiana. Fue también en Valladolid donde obtuvo su licenciatura en Derecho en el año 1952. Justo 7 años después, en 1959, consiguió ser miembro de la Escala Técnica Superior de Administración Civil y de la delegación del Ministerio de Agricultura de su ciudad natal⁶. Es en este mismo período cuando la universidad de Valladolid le conferiría el título de doctorado, obteniendo una calificación de sobresaliente cum laude en la defensa de su tesis “Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras”⁷. Este título no estuvo exento de controversia, pues Nieto se encontró con numerosos rechazos por parte de los catedráticos por no ser considerada materia propia del Derecho Administrativo. Sin embargo, en García de Enterría pudo encontrar

6

⁶ Alli Araguren, JC. (2023): Alejandro Nieto García, humanista y jurista”. *Iura Vasconiae*, 2023, 20, 423 458.

⁷ Esta tesis doctoral, inicialmente poco valorada por los catedráticos de Derecho administrativo de la Universidad de Valladolid, fue posteriormente clasificada como información de utilidad pública por parte del Ministerio de Agricultura.



un apoyo para la realización de su investigación, quien no dudó de la magnificencia y el potencial de dicho trabajo y aceptó ser su patrocinador⁸. Así, se abre paso a lo que se conoce como la Generación Enterría, compuesta inicialmente por Nieto y su compañero Ramón Parada⁹, a los que más tarde se unieron Lorenzo Martín-Retortillo y Ramón Martín Mateo; todos ellos considerados por el propio maestro García de Enterría (2007) como sus primeros discípulos.

Siguiendo los consejos de su director de tesis, Nieto tomó la decisión de cursar estudios de postgrado fuera del país, en Poitiers, en París y en Gotinga; decisión que provocó un giro en el foco de su estudio, pasando de un interés reduccionista al derecho administrativo a la contemplación de su historia desde un punto de vista más amplio¹⁰.

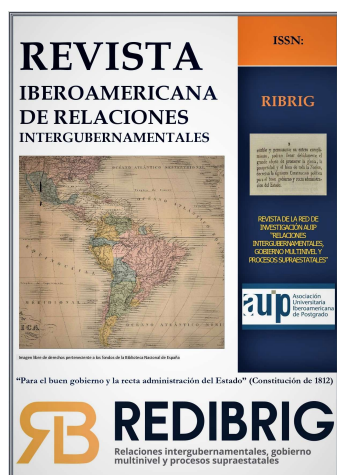
El año 1964 podría decirse que fue uno de los más exitoso para Nieto en lo que a número de consecuciones se

7

⁸ De hecho, García de Enterría, que dedica uno de sus artículos de la Revista de Administración Pública a Alejandro Nieto, manifiesta en el mismo su asombro por la gran labor de investigación de Nieto con respecto a su tesis. Además, admite que fue una experiencia de enriquecimiento recíproco que le abriría horizontes a nuevos intereses y le inspiraría para posteriores obras, como por ejemplo “La Administración española” (Civitas, Navarra, 1994). García de Enterría, E. (2002). “En honor de Alejandro Nieto”. *Revista de Administración Pública*, 153, 5-22.

⁹ José Ramón Parada Vázquez nació el 16 de marzo de 1933 y murió el 27 de marzo de 2024. Fue nombrado catedrático de Derecho Administrativo por la Universidad de la Laguna, de Valencia, de Barcelona, Complutense de Madrid y por la UNED. Ingresó en el Cuerpo Jurídico Militar tras haber obtenido su licenciatura en Derecho en la Universidad de Valladolid en 1953. Fue compañero de curso de Alejandro Nieto, quien le dedica algunas partes de sus obras.

¹⁰ García de Enterría, E. (2002). “En honor de Alejandro Nieto”. *Revista de Administración Pública*, 153, 5-22, p. 6.



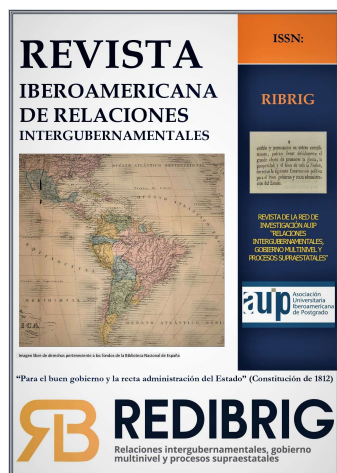
refiere. En primer lugar, se incorporó a la cátedra de García de Enterría en la Universidad Complutense de Madrid como profesor adjunto y fue proclamado como secretario adjunto de la Revista de Administración Pública, a la que tantos artículos aportó. En tercer lugar, consiguió ser nombrado también catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna. Su estancia en las Islas Canarias generó interés en un nuevo enfoque: los funcionarios y el derecho administrativo actual, así como también le sirvió de inspiración para su publicación acerca del estudio de las peculiaridades de la historia de la administración de canarias. Por último, fue en esta época en la que publica una de sus obras maestras, “Bienes comunales”, alabada por grandes juristas como Eduardo García de Enterría¹¹.

La Universidad Autónoma de Barcelona, en 1970, lo nombra catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales, en la que también ostentó el cargo de decano. Apunta García de Enterría que a este nombramiento le acompaña una crisis en su relación con el Derecho Administrativo, con respecto al cual comienza la crítica: atañe únicamente cuestiones patrimoniales individuales, dejando apartado a la sociedad como colectividad¹² (García de Enterría, 2000).

8

¹¹ En su artículo “En honor de Alejandro Nieto”, califica el texto como “insuperada” y como prueba de la calidad de conocimiento técnico y jurídico del autor. García de Enterría, E. (2002). “En honor de Alejandro Nieto”. *Revista de Administración Pública*, 153, 5-22, p. 7.

¹² De hecho, esta individualización del objetivo del Derecho Administrativo constituyó el centro de estudio en uno de sus artículos de la Revista de Administración Pública, “La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo” (1976). García de Enterría, E. (2002). “En honor de Alejandro Nieto”. *Revista de Administración Pública*, 153, 5-22, p. 6.



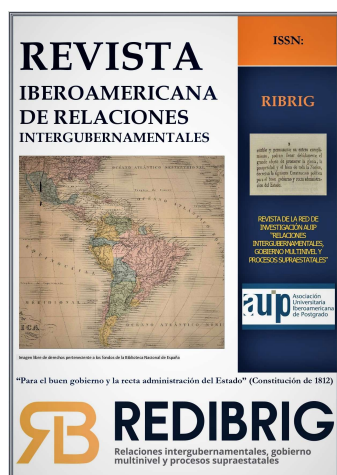
En 1979, se completan sus logros como catedrático con tal nombramiento por las universidades de Alcalá de Henares y la Complutense de Madrid. Pasado un año, obtiene el puesto de presidencia del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (en adelante CISC), que duraría tres años. El papel de Alejandro Nieto en esta institución fue remarcable gracias a haber hecho posible la vuelta de la política científica al CISC. Mencionada la política científica, se hace necesario traer a colación una de sus obras más importantes en este ámbito, “Apuntes para una política científica: Dos años de investigación en el CSIC (1980-1982), redactada con la colaboración de otros expertos en la investigación. A través de ella, hace palpable las carencias españolas con respecto a este campo, a pesar de estar recogida bajo la categoría de derecho fundamental por la Constitución de 1978 (art. 20)¹³.

Hecha esta salvedad, cabe seguir diciendo que fue para muchos un personaje insuperable, y así lo afirman el entonces vicepresidente Emilio Muñoz Ruiz¹⁴ y el que

9

¹³ La Constitución Española de 1978 reconoce concreta y expresamente en su artículo 20.1 b) el derecho de los ciudadanos españoles a la producción científica.

¹⁴ Emilio Muñoz Ruiz fue el vicepresidente del CISC desde el año 1980 a 1982, coincidiendo con la presidencia del profesor Nieto, y fue nombrado presidente del mismo más tarde, en 1988. Sus estudios y contribuciones han ido fundamentalmente dirigidas a la política científica española, centrándose en la esfera social, científica y tecnológica. Es uno de los autores colaboradores de la obra “Apuntes para una política científica: Dos años de investigación en el CSIC (1980-1982), redactada por Alejandro Nieto. CISC: *Emilio Muñoz Ruiz*. Disponible desde Internet en: <https://www.csic.es/es/el-csic/sobre-el-csic/historia/emilio-munoz-ruiz>



sería el siguiente presidente Enric Trillas¹⁵, quien le atribuye todos sus méritos a la anterior labor del profesor Nieto¹⁶.

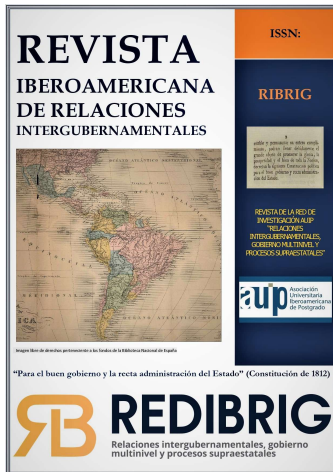
Tras abandonar el CISC comienzan sus años en el ejercicio de la abogacía. Simultáneamente, pasó a formar parte de la Junta Electoral Central en la categoría de Vocales Catedráticos de Derecho o de Ciencias Políticas y Sociología por dos veces consecutivas, desde 1985 hasta 1991, coincidiendo con otros grandes catedráticos como son Luis López Guerra o Pablo Lucas Verdú. Durante ese período, en 1988, consiguió la cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid.

Tras abandonar la profesión de abogado en 1990, volvió a retomar el mundo universitario, consiguiendo en 1995 el título de Doctor Honoris Causa por la Universidad de Buenos Aires y por la Universidad Carlos III de Madrid. Puede apreciarse en el discurso de investidura del profesor Nieto una pequeña recopilación de sus principales inquietudes y descubrimientos; y es que su trayectoria profesional le había abierto los ojos hacia una nueva realidad. Su principal preocupación ahora no era el significado propio del Derecho, sino la actitud de los juristas cuando de aplicar el mismo se trataba, que, a su

10

¹⁵ Enric Trillas Ruiz, un científico matemático nacido en Barcelona, fue en presidente del CISC desde 1984 a 1988. Realizó estudios en los campos de la Inteligencia Artificial y de la Aeronáutica. CISC: *Enrique Trillas Ruiz*. Disponible desde Internet en: <https://www.csic.es/es/el-csic/sobre-el-csic/historia/enrique-trillas-ruiz>

¹⁶ Estas ideas pueden verse reflejadas en las palabras de los propios autores en el documental realizado por el grupo de investigación “Historia y documentación de las Ciencias Naturales”, publicada en su página web “Ciencia con historia”. Disponible en internet a través de: <https://cienciaconhistoria.es/hacer-ciencia-en-espana/entrevistas-2/alejandronieto> [con acceso el 08-03-25].



parecer, está un tanto acomodada en el confort de la ignorancia y basada en una visión económica: lo más importante para los profesionales del derecho es aumentar sus ingresos aplicando leyes manipulables y, de hecho, manipuladas¹⁷.

Al año siguiente, en 1996, publica su obra “Los primeros pasos del Estado Constitucional”¹⁸, a través de la cual fue galardonado con el Premio Nacional de Literatura en la modalidad de Ensayo en 1997. Un año después, adquirió la posesión de la Medalla de Plata del CSIC.

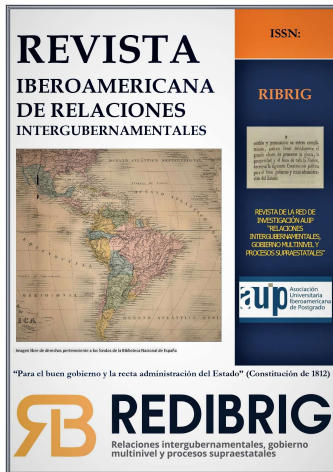
Ya con 70 años Alejandro Nieto decide comenzar a disfrutar de su jubilación, aunque esto no supuso ningún obstáculo, por un lado, en la ampliación de su largo historial de méritos, pues en el año 2007 fue nombrado académico de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, cuyo discurso de ingreso fue “sucesos de Palacio”, del 28 de noviembre de 1843¹⁹. Por otro lado, tampoco lo

11

¹⁷ Alejandro Nieto García, en su discurso de investidura como Doctor honoris causa, afirma que el operador jurídico actual es egoísta y sustituye de manera casi imperceptible el interés social y general por el individual. Así, busca en la norma y aplica únicamente lo que favorece a sus intereses personales y como mejor los satisfaga. Universidad Carlos III de Madrid: *Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa del Profesor Dr. D. Alejandro Nieto García*. Disponible desde Internet en: <https://www.uc3m.es/conocenos/honoris-causa/profesor-alejandro-nieto-garcia>

¹⁸ Esta obra realiza un estudio de la Regencia de María Cristina de Borbón desde el punto de vista la historia administrativa, analizando el papel de las instituciones públicas de un Estado Constitucional marcado por acontecimientos excepcionales propios de tal momento histórico. Nieto, A. (1996): *Los primeros pasos del Estado constitucional*. Barcelona, Ariel.

¹⁹ El Profesor Nieto a través de este discurso pretende reflejar aquella incapacidad del Estado Español de introducir un estado constitucional liberal moderno tras la caída del Antiguo Régimen, a pesar de habersele presentado en numerosas ocasiones el escenario cuasi perfecto para ello. Anales de la Real Academia de Ciencias Morales



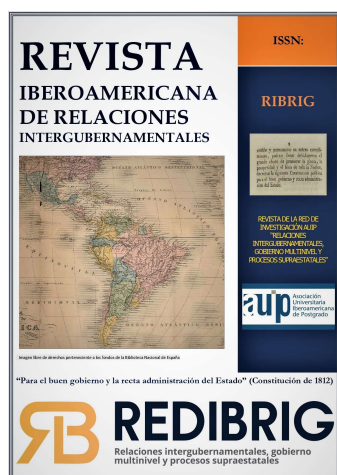
supuso para la redacción de nuevas obras maestras, sirvan de ejemplo “Testimonios de un jurista (1930-2017), publicada en 2017; “Una Introducción al derecho” (2019) y, “El mundo visto a los 90 años”, última obra publicada en 2022. En estas tres obras puede verse el culmen de su irresoluto debate jurídico acerca del Derecho y de sus protagonistas, de inconclusiones más que de respuestas extraídas de toda su experiencia vital. Pero no fue únicamente en estas obras en las que el autor realizaba alguna crítica; el estado español, desde cualquiera de sus aristas, era puesto en cuestión en cada uno de sus textos. Y es que esto es una de las principales consecuencias de su tan peculiar personalidad.

A través de la lectura o visualización de alguna entrevista o discurso puede extraerse el carácter polemista que revestía la personalidad de Alejandro Nieto y su escaso miedo a la crítica pública. No pretendía poner algún límite a su libertad de expresión²⁰, más al contrario, expresaba cualquier inquietud o pensamiento sobre los poderes públicos españoles sin reparo, ni ciñéndose exclusivamente a su ámbito de estudio (la esfera administrativa). De ahí que se pueda encontrar una extensa gama literaria entre sus obras, incluyendo así análisis y críticas de índole constitucional.

12

y Políticas (2007): *Los “sucesos de palacio “de 28 de noviembre de 1843, por el Académico de Número Excmo. Sr. D. Alejandro Nieto García*. Disponible desde internet en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-2007-10052300544 [con acceso el 13-03-25]

²⁰ De hecho, fue comparado por sus más allegados con Pío Baroja, tanto por su imagen como por su prosa, ambas cultivadas desde el liberalismo, sencillez y expresividad más que desde la prudencia (Alli, 2023).



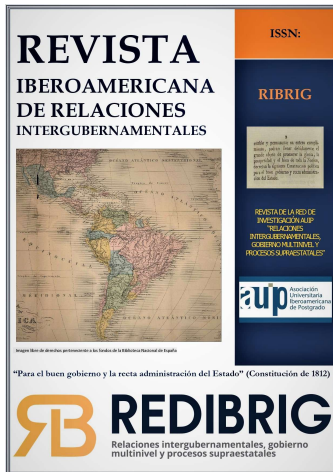
Tanto sus años invertidos en la abogacía como aquellos en los que se dedicó a la docencia universitaria²¹ le habían hecho desarrollar un carácter particularmente esceptico; a partir de entonces, desaprendió todo lo que conocía, desde aquello tan básico como el concepto de Derecho. Su mirada frente a ello no fue positiva, más bien, por el tono de su obra, puede decirse que había perdido toda esperanza por encontrar algún ápice de verdad entre todo el engaño que había descubierto.

Como ya bien se ha destacado, su principal campo de estudio fue el Derecho Administrativo y, en sentido amplio, lo que la doctrina alemana denomina el Derecho Público del Estado o Derecho del Estado sin más adjetivaciones, en el que se desarrolló toda su carrera académica. En términos generales, y sin ánimo de generar una excesiva extensión puesto que excedería de la pretensión principal y la extensión recomendada del presente artículo, Alejandro Nieto hacía hincapié en la historia política española y su incidencia, más bien negativa, en el sistema actual. En esta línea de pensamiento, a través de un análisis del Derecho Administrativo, cayó en la cuenta de que, en realidad, la Administración española no estaba preocupada por los intereses colectivos de su ciudadanía, sino por intereses individuales o la suma de ellos, que no debían ser entendidos como sinónimos de los colectivos²².

13

²¹ Es importante destacar que su recelo jurídico no está siempre presente. Es ya bien adentrado en el mundo de la docencia, como catedrático, cuando admite darse cuenta de las mentiras que intentará desmoronar sin éxito alguno desde ese momento en adelante. Así lo deja ver en su obra “Una Introducción al Derecho”. Nieto, A. (2019): *Una Introducción al Derecho*. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 15.

²² Nieto, A. (1976): “La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo”. *Revista de Administración Pública*, 7, 197-235, donde expone que el origen de esta idea se remonta a finales del siglo



Asimismo, también llegó a afirmar que la administración y el gobierno español no se encuentran en la capacidad de asumir las tareas que los ciudadanos reclaman y que, aún así, asumen, provocando una falta de conexidad entre lo que se pide, lo que se espera y lo que realmente llega²³.

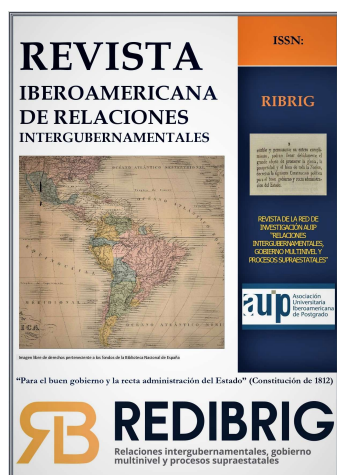
Siguiendo, los principios tradicionales de legalidad, centralización e integración entorpecen el desarrollo de las funciones de la administración, cuyos mecanismos no tienen la capacidad de control suficiente sobre la población en general y, en consecuencia, acaban con la pérdida de la supremacía y soberanía del Estado frente a los ciudadanos²⁴. Profundizando aún más, pierde una mayor fuerza con respecto de ciudadanos elitistas capaces de

14

XIX, cuando la ciudadanía burguesa reclama sus derechos y libertades, teniendo por consecuencia la privatización del Derecho Administrativo y convirtiendo su acceso en un privilegio, una suerte de artículo de lujo que solo aquellos con la suficiente capacidad económica podían adquirir. No se defendía a ciudadanos, sino a clientes. Reclama así el autor un Derecho Administrativo que luche contra la subordinación de los derechos colectivos frente a los individuales y que facilite la defensa jurídica de aquellos.

²³ Estas fueron las declaraciones de Alejandro Nieto en la conferencia que tuvo lugar en San José, Costa Rica, con motivo del Seminario Latinoamericano de Derecho Administrativo Público en 1981; publicado por la Revista de Derecho Público en 1982.

²⁴ Según declara Alejandro Nieto en su obra *La “nueva” organización del desgobierno* (1996), el Estado español habría perdido poder al depender de los ciudadanos para poder llevar a cabo sus acciones. Así lo ejemplifica con el principio de legalidad: las leyes no serían promulgadas, o lo serían en vano, si el Estado no contara con un compromiso de cumplimiento por parte de sus destinatarios. Por tanto, su supuesta supremacía quedaría subordinada y dependiente de aquellos obligados a cumplirlas. Nieto, A. (1996): *La “nueva” organización del desgobierno*. Barcelona, Ariel, pp. 69, 109; Nieto, A. (2019): *Una Introducción al Derecho*. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 45.



doblegar el poder de la administración y volverlo en su propia contra²⁵ (Nieto, 1996).

Llegó también a analizar el funcionamiento de los presupuestos del Estado desde una perspectiva económica, procedimental y social, resaltando su carácter lento, inútil y tendente a la delincuencia²⁶, haciendo de España un estado con unos niveles de corrupción muy por encima de aquellos socialmente aceptados²⁷.

En definitiva, y como conclusión de todo lo aprendido a lo largo de todos los años dedicados al Derecho Administrativo, el profesor Nieto (2017) admite haber presenciado un cambio en el mismo, perdiendo de esta forma la esencia que revisitó en la época posfranquista como límite y control del Estado de Derecho. Consideraba esta desvirtualización administrativa como una repercusión directa del fenómeno de la constitucionalización de 1978, que lo habría sustituido y dejado inaplicable a la democracia que se había consolidado tras la Transición²⁸.

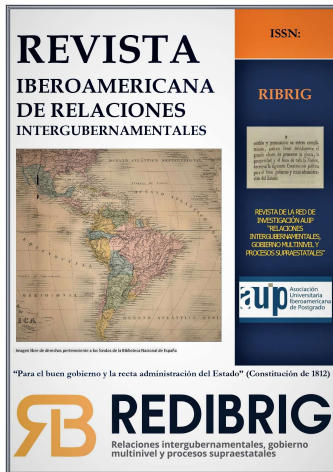
15

²⁵ Esto se basa, según el autor, en la capacidad de los ciudadanos y empresas poderosas de manipular el significado del contenido de las leyes de tal manera que la perjudicada principal sea la propia Administración. Por ello, la actitud del gobierno adquiere frente ellos cierto grado de permisibilidad e incluso, tal y como afirma el autor, de amabilidad. Nieto, A. (1996): *La "nueva" organización del desgobierno*. Barcelona, Ariel, p. 112.

²⁶ Nieto, A. (1996): *La "nueva" organización del desgobierno*. Barcelona, Ariel, pp. 121-123. Se declara en estas páginas la lentitud en el pago y el consecuente aumento de créditos, la relegación de la utilidad del procedimiento a un segundo plano, por detrás de su formalidad y la frecuencia con la que los funcionarios incumplen inevitable y necesariamente leyes presupuestarias.

²⁷ Nieto, A. (1996): *La "nueva" organización del desgobierno*. Barcelona, Ariel, p. 215.

²⁸ El Derecho Administrativo fue de gran utilidad para el período inmediatamente posterior al franquismo, siendo la base jurídica del panorama transicional de la época. No obstante, cuando se consigue la consolidación del estado democrático a través de la Constitución



Ahora estaríamos ante un Derecho Administrativo obsoleto e incapaz de actualizarse; una crisis conceptual y práctica cuya solución aún no está clara.

Ya esclarecidos las ideas y conceptos más básicos de Alejandro Nieto, se procederá en los siguientes apartados al desglose analítico de aquellas nociones que competen a este artículo: el derecho y sus vertientes constitucional y administrativa.

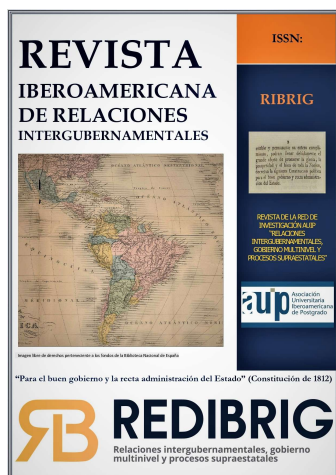
3. EL CONCEPTO DE DERECHO

Un breve recorrido histórico demuestra que para encontrar las primeras manifestaciones del Derecho es necesario remontarse a la Antigua Mesopotamia, en cuya época se redacta el primer compendio de lo que hoy se entienden como leyes: el Código de Hammurabi²⁹; al Antiguo Egipto y al Derecho Hebreo. Son estas tres corrientes las pioneras de la justicia y del sentimiento de necesidad de seguridad y protección comunitaria. Más tarde, irían adquiriendo un mayor desarrollo gracias al Derecho Canónico en la Edad Media, pasando primero por la gran influencia del Derecho Griego y la Codificación romana

16

de 1978, las funciones que el derecho administrativo pretendía cubrir quedaron suplidas por la labor de los constitucionalistas, desvirtuándose así el derecho administrativo tal y como se venía entendiendo. Nieto, A. (2017): *Testimonios de un jurista (1930-2017)*. Sevilla, Global Law Press- Editorial Derecho Global, pp. 294-298.

²⁹ Ramis Darder, F. (2019): *Mesopotamia y el Antiguo Testamento*. España, Verbo Divino, pp. 121-123. El Código de Hammurabi, datado hacia el año 1700 a.C, recogía un sistema de ordenación la sociedad de aquel entonces. Entre ellas, la más destacable sin duda era la Ley del Talión, que refleja una comunidad con una enorme ansia por establecer una regulación de sus relaciones, aunque sin reconocer algún tipo de límites o respeto por la esfera personal de los ciudadanos.



de Justiniano del siglo VI³⁰, hasta llegar a la sociedad contemporánea actual, que cuenta con la mayor consolidación conceptual, jurídica y garantista que jamás ha existido.

No obstante, sería un error considerar que el Derecho ha alcanzado un estado de madurez plena, que todo lo descubierto hasta ahora es indudablemente verdad y que lo único que resta por hacer es adaptar esa verdad a los nuevos tiempos. Y es justamente esto lo que pretendía denunciar el profesor Alejandro Nieto en cada una de sus reflexiones; que el Derecho es una construcción inevitable de la sociedad³¹ necesitada de actualización³² y que ha venido sufriendo una desvirtualización hasta tal punto de quedar reducido a la simple creación y resolución de pleitos, dejando inexplicablemente las cuestiones metalegales fuera de la preocupación de los juristas³³ (Nieto, 2019: 227).

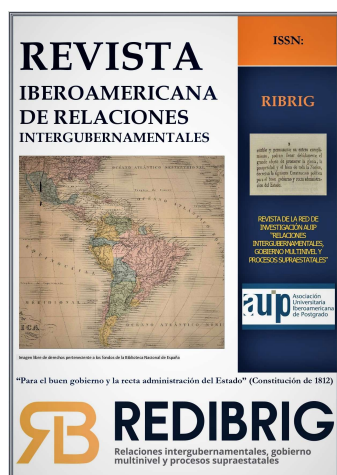
17

³⁰ Gacto Fernández, E.; Alexandre García, J.A.; García Marín, J.M. (2009): *Manual Básico de Historia del Derecho*. Madrid, Laxes.

³¹ Nieto defiende que el Derecho es la única herramienta que permite la existencia de las relaciones sociales en tanto que proporciona a los sujetos seguridad para arriesgarse a ello. Nieto, A. (2019): *Una Introducción al Derecho*. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 48.

³² El Derecho, como fenómeno social, debe ser adaptado a las exigencias que surgen de las nuevas sociedades y, con él, también deben serlo los expertos que se dedican a su interpretación y aplicación, pues el nuevo derecho dejaría de ser efectivo si es tratado con mecanismos ya desfasados. Nieto, A. (2019): *Una Introducción al Derecho*. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 227.

³³ Nieto expresa que el Derecho debe ir más allá de la simple aplicación de las leyes, que el Derecho debe ser también entendido desde el debate histórico-filosófico pero que, sin embargo, ha sido excluido de la buena práctica de los juristas, cambiando, cuando no menoscabando, el significado y la finalidad real del Derecho. Nieto, A. (2019): *Una introducción al derecho*. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 234-235.



Pues bien, el Derecho queda definido en nuestra sociedad actual como la totalidad de normas y demás instrumentos jurídicos que permiten establecer unas pautas para el desarrollo ordenado de las relaciones sociales y el ejercicio de los poderes públicos³⁴. Para Alejandro Nieto (2019), esta consolidada definición no dejaría de ser la simple suma de las características comunes que presentan las innumerables interpretaciones que los expertos han tratado de dar a lo largo de los tiempos³⁵. Partiendo de este punto, son varias las matizaciones principales que pueden extraerse de las ideas de Nieto, expuestas a continuación.

En primer lugar, el Derecho nace como un concepto abstracto³⁶ cuya función no es otra sino la de servir³⁷ a unos valores considerados como superiores por la sociedad³⁸, frente a los que está subordinado y frente a los cuales, como lógica consecuencia, pierde cierto estatus.

18

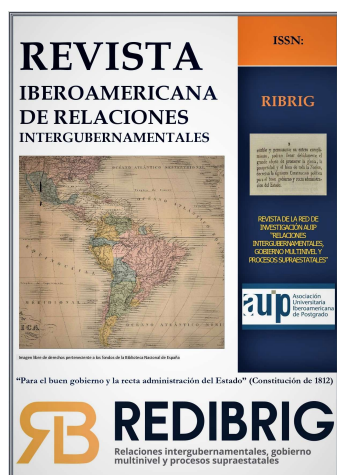
³⁴ Definición ofrecida por el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico.

³⁵ En su obra "Testimonios de un jurista (1930-2027)", p. 270, el autor hace referencia a la clasificación de las interpretaciones más predominantes de nuestra era: normativistas, judicialistas y realismo.

³⁶ El Derecho es abstracto en tanto en cuanto se ubica en la esfera de lo intelectual y su existencia depende de la voluntad de un autor de crearlo. Nieto, A. (2007): *Crítica de la Razón Jurídica*. Madrid, Trotta, p. 17.

³⁷ Visión instrumentalista del Derecho. Nieto, A. (2019): *Una Introducción al Derecho*. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 36.

³⁸ Estos valores superiores a los que Nieto hace referencia son "la Justicia, el Orden y el Bien Común" (Nieto, 2019: 36). No obstante, nuestra Constitución Española 1978, en su artículo 1.1, establece como los valores propios del Estado social y democrático de Derecho sobre el que se constituye el Estado Español la libertad, justicia, igualdad y pluralismo político.

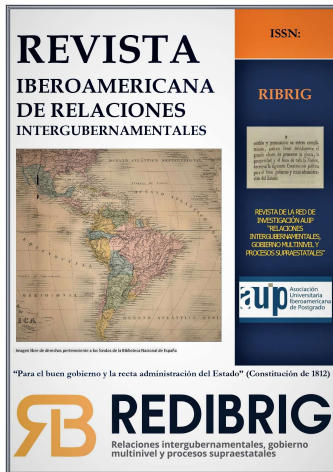


Nieto acude al “relativismo axiológico”³⁹, mostrando un corte similar al pensamiento nietzscheano⁴⁰, para explicar esta imprecisión del Derecho: los valores superiores son el resultado de interpretaciones ajustadas a una cultura y realidad concreta, propuestas por los poderes políticos del momento y, a veces⁴¹, aceptados por quienes componen esa sociedad específica. Estos valores se traducen en el interés general que fundamenta al Derecho y

³⁹ El relativismo axiológico al que referencia Nieto (2019: 37) explica que el juicio valorativo de estas órdenes superiores reviste un carácter subjetivo, toda vez que cada sujeto, en función de su experiencia e interpretación, dará un determinado significado e importancia al valor en cuestión. Esto dota a los valores superiores de inevitable mutabilidad, sujeta a los cambios producidos en cada etapa social. Véase, por ejemplo, la Ley 4/2023 relativa a la igualdad de las personas trans y los derechos del colectivo LGTBI, fruto de un avance con respecto a los conceptos de expresión, orientación e identidad sexual que un siglo atrás hubiera sido impensable.

⁴⁰ Pueden verse en las palabras del Profesor Nieto (2019: 37) ciertas connotaciones nihilistas con las que se podría establecer un símil con respecto al pensamiento de Friedrich Nietzsche. Este filósofo y poeta basaba su tesis en la idea de inexistencia de una verdad común y absoluta; por el contrario, establecía que no puede saberse el significado cierto y objetivo de los valores, que quedaban reducidos a meras interpretaciones subjetivas y en la mayoría de las ocasiones, impuestas por el Poder del momento. Aspiunza, J. (2016): “La metáfora en Nietzsche, de verdad”. *Laocoonte. Revista de Estética y Teoría de las Artes*, 3, 3, 61-74, p. 6-7.

⁴¹ Alejandro Nieto (2019: 37-39) hace hincapié en que son los Poderes políticos que gobiernan cada sociedad los que se encargan de interpretar e imponer los valores que según sus intereses convengan, pues son quienes realmente tienen la fuerza de decidir en la sociedad democrática. Más aún, denuncia la corrupción de dichos Poderes, subordinados a los grupos elitistas de la sociedad.



suele coincidir, aunque no en contenido por lo anteriormente expuesto, con la Justicia (Nieto, 1989: 17-18)⁴².

Relacionado con este primer punto se encuentra la idea del Derecho como límite a las facultades de los Poderes públicos, cuya principal manifestación se encuentra en la constitución del Estado Español bajo la premisa de “Estado de Derecho”⁴³. Frente a la capacidad política del gobierno para dirigir la dinámica estatal, la sociedad invoca al Derecho por medio de leyes⁴⁴ aparentemente derivadas de la propia voluntad de la ciudadanía para interponer una barrera a la arbitrariedad de las decisiones de los poderes públicos. No obstante, poco a poco se ha ido descubriendo que dicha arbitrariedad puede seguir camuflándose entre las leyes desde los tres distintos niveles, esto es, desde el plano legislativo, el ejecutivo y el judicial (Nieto, 2019: 46).

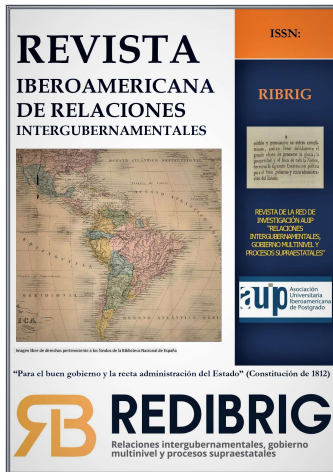
Por otro lado, el Derecho no nace con la única pretensión de ejercer control al poder del Estado, sino que, además, ofrece un contexto seguro en el que las relaciones sociales pueden desarrollarse. El Derecho proporciona pautas de convivencia que generan límites al comporta-

20

⁴² Nieto, A. (1989): “El positivismo jurídico y la Constitución de 1978”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 9-39.

⁴³ Nieto, A. (2007): *Crítica de la Razón Jurídica*. Madrid, Trotta, p. 130-131, obra en la que define esta filosofía política como un acto de legitimación recíproca entre ambos sujetos: mientras que el Estado le permite al Derecho existir, el Derecho le permite al Estado poder actuar.

⁴⁴ Estas normas tienen por contenido conductas y consecuencias y son, o deben ser, el reflejo del interés general. Nieto, A. (1989): “El positivismo jurídico y la Constitución de 1978”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 9-39, p. 19.



miento de los individuos y, por ende, genera cierta confianza entre los miembros de la sociedad⁴⁵. Esto respondería a la que sería su finalidad principal según el profesor Nieto, que es la “ordenación social”⁴⁶ (Nieto ,1989: 19).

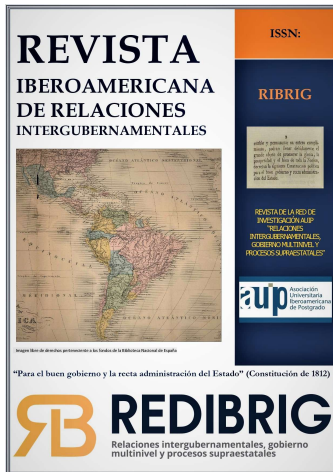
El cuarto punto versa sobre el contenido del Derecho. Alejandro Nieto parte de una concepción amplia del Derecho, declarando una necesaria heterogeneidad de sus elementos. Entiende, por tanto, que debe incluir no sólo aquellas normas de carácter jurídico, sino además aspectos que carecen estrictamente de tal naturaleza. En concreto, hace referencia a elementos religiosos, morales y culturales, entendiendo que son los instrumentos auxiliares de la interpretación del propio Derecho, y que, por tanto podrían establecerse como agentes determinantes de los valores superiores (Nieto, 2007: 67-74). En otras palabras, Nieto niega el papel protagonista de las leyes, reduciéndolas, por el contrario, a contenido mínimo (Nieto, 2019: 56). De hecho, ya en la edición ampliada de su obra “El Derecho Administrativo Sancionador” (2002: 39-41), advierte de una sustitución de las normas positivas por principios generales constitucionalmente regulados y, a su parecer, abusivamente utilizados⁴⁷. Más

21

⁴⁵ Nieto, A. (2019): *Una introducción al derecho*. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 48-50. A esta característica es a la que el autor denomina como “certidumbre”.

⁴⁶ El Derecho da dos pasos a tal fin. En primer lugar, crea intereses comunes, de tal manera que evita que se generen conflictos por desacuerdos entre los miembros de la sociedad. En segundo lugar y una vez creado inevitablemente el conflicto, ofrece una resolución al mismo. ⁴⁷ Nieto, A. (1989): “El positivismo jurídico y la Constitución de 1978”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 9-39, p. 19.

⁴⁷ Nieto, A. (2002). *El Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid, Tecnos, pp. 39-41. Alejandro Nieto dedica un breve apartado a la denuncia de un uso excesivo y abusivo de los principios generales



aún, incluso cae en la cuenta de que hay una tendencia jurisprudencial actual que está omitiendo el uso de las leyes, teniendo por base únicamente la razón; es a lo que denomina “Derecho sin ley”⁴⁸ (Nieto, 2017: 261-265).

En quinto lugar, Nieto habla de un proceso de deshumanización legislativa, por cuanto se ha trasladado el foco de atención a la empresa y al capital. Los agentes que tienen el Derecho en su poder ya no lo utilizan para regular las relaciones de las personas humanas como individuos, sino que se dirigen a las personas jurídicas y a valores colectivos de la sociedad⁴⁹ (Nieto, 2019: 47).

El autor identifica en el Derecho actual un retorno al Derecho primitivo, en el que los verdaderos protagonistas con poder sobre el Derecho eran los jueces. Esta evolución al Derecho de jueces⁵⁰, Nieto (2017: 236-239) la vivía desde una perspectiva pesimista, apreciable en sus palabras. El Estado constitucional había ocasionado una

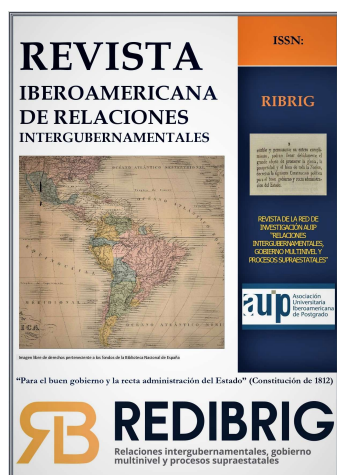
22

del Derecho, que han tenido como consecuencia una desvirtualización de la construcción jurídica. Trae a colación, como prueba de su descubrimiento, el artículo 25.1 y 103.1 de la Carta Magna de 1978.

⁴⁸ No parece una idea tan descabellada en el ámbito del Derecho comparado. A diferencia del Derecho continental, el anglosajón está basado en el *Common Law*, es decir, aunque dispone de algunas normas escritas, está basado principal y fundamentalmente en la jurisprudencia de sus Jueces.

⁴⁹ Nieto, A. (2019): *Una introducción al derecho*. Madrid, Tirant Lo Blanch, p. 47. En esta obra se determinan como valores sociales el medio ambiente, la biosfera o la ordenación territorial.

⁵⁰ Nieto, A. (2007): *Crítica de la Razón Jurídica*. Madrid, Trotta, pp. 154-155. A lo largo de estas páginas se explica el Derecho de jueces como una consecuencia lógica de la tendencia de la sociedad contemporánea a la judicialización, tanto de las relaciones sociales como de las políticas. Es en los jueces en quienes se delega el poder de decidir y aclarar un asunto dudoso, ya sea de interés político o particular.



devaluación normativa, generándose una relación inversamente proporcional entre la producción legislativa y la de calidad de las mismas⁵¹. Esto, traducido en un vacío normativo, tiene por consecuencia una jurisprudencia nebulosa producida por jueces desorganizados y contradictorios (Nieto, 2017: 238).

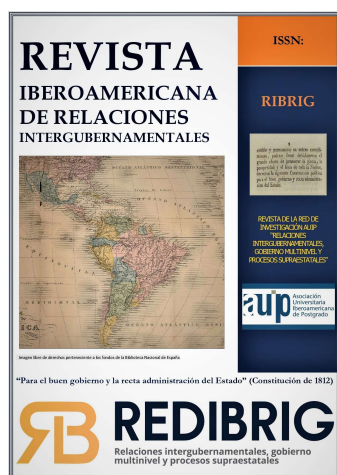
En última instancia, el autor llega a la conclusión de que el Derecho se presenta a través de una dualidad⁵², toda vez que puede ser entendido bien como una expresión de certeza, justicia y orden, bien como instrumento que los poderes públicos utilizan para limitar las actividades y los derechos de la ciudadanía en su beneficio político y económico. Mientras una parte de la sociedad se siente protegido por las leyes, la otra adopta una postura más abolicionista (Nieto, 2017: 226-227).

Hasta el momento puede inferirse, por tanto, que los destinatarios principales de las normas del Derecho en su vertiente pública serán los jueces, encargados de dictar, con base en dichas normas, resoluciones a los problemas que emergen, y la Administración Pública, protagonistas en la fase de ejecución y control de su cumplimiento. Nótese la falta de referencia a los ciudadanos, hecho que encuentra explicación en su único papel de cumplidores o incumplidores de las normas políticamente aprobadas;

23

⁵¹ No es, o no debería ser, tanto la cantidad de leyes que se promulgan, como la forma en que estas son aplicadas. Esto implica, por ende, una devaluación Derecho Normado frente al Derecho Practicado. Nieto, A. (1996): *La “nueva” organización del desgoberno*. Barcelona, Ariel, p. 177.

⁵² Nieto (2017: 226) habla incluso de una “doble cara” del Derecho, una vertiente más conocida y otra, por el contrario, ignorada, a veces, de manera voluntaria (Nieto, 2007: 58-59).



en este sentido, se convertirían simplemente en destinatarios de manera indirecta (Nieto, 1989: 20)⁵³. No quiere ello decir que se les reste importancia, *sensu contrario*, y como se ha indicado en apartados anteriores, ya advertía Nieto que una norma carece de sentido si no nace con la seguridad de que va a ser cumplida por alguien⁵⁴; en otras palabras, una norma no puede ser creada si el ciudadano no está dispuesto a cumplirla (Nieto, 2019: 45).

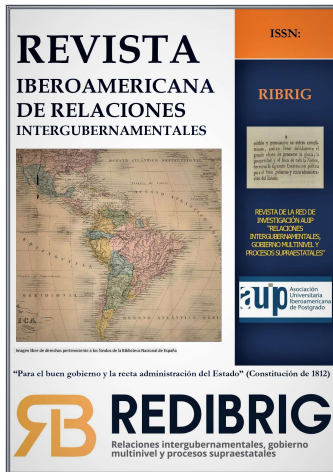
Como conclusión de todo lo referenciado hasta ahora puede afirmarse, a juzgar por las ideas de Alejandro Nieto, que existe una confusión insuperada, y al parecer insuperable, acerca de la noción de Derecho. Únicamente podría establecerse una preconcepción basada en las posibles interpretaciones que los expertos puedan ofrecer, asumiéndolos como sujetos condicionados por el contexto social y cultural en el que se encuentren. Como consecuencia, surgirán tres principales dimensiones interpretativistas, el normativismo, el iusnaturalismo y el realismo, que en ninguna circunstancia deberían entenderse como excluyentes. Por ende, podría decirse que se está ante una aproximación pragmática y subjetiva⁵⁵ al Derecho.

Mención especial merece el llamado “Derecho practicado”, término acuñado por el propio Alejandro Nieto, al que tanto tiempo de investigación dedicó y al que tanto

⁵³ Nieto, A. (1989): “El positivismo jurídico y la Constitución de 1978”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 9-39, p. 20.

⁵⁴ El ciudadano cumple las leyes por tres motivos: por su propia decisión, por costumbre o por coerción política. En la medida en la que su cumplimiento de vuelve necesario para el Poder Legislativo, se vuelve necesario ofrecer participación ciudadana en la creación de normas. Nieto, A. (2019): *Una Introducción al Derecho*. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 45.

⁵⁵ Una idea será tomada en consideración y aceptada en la medida en que, a nivel individual y personal, sea convincente y útil.



ha referenciado en muchas de sus obras. Según él mismo ha declarado, supone la esencia y la base de su razonamiento jurídico (Nieto, 2017: 246).

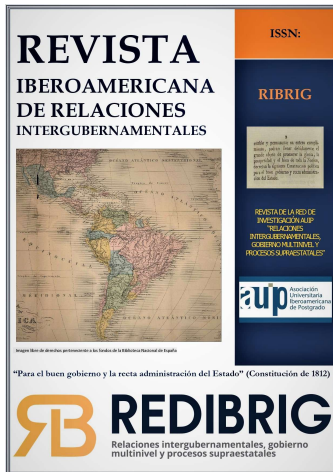
Pues bien, el profesor Nieto se percató de la necesidad de distinguir entre ambos términos por medio de un símil entre el mundo del Derecho y el comercio: las leyes ingresan en el mercado en forma de materia bruta, pero no entran en circulación hasta que son manipulados por parte de los operadores jurídicos para obtener el producto elaborado. Estas ideas revolucionarias supusieron para el autor una especie de exilio intelectual por separarse del iuspositivismo tradicional que defendía casi la totalidad de la doctrina, pero del que muestra poco arrepentimiento (Nieto, 2017: 248-249).

Así establecido, el Derecho Practicado puede ser definido de manera simple como la adaptación del Derecho Normado, del “deber ser”, a la realidad, al “ser”⁵⁶. Más detalladamente, supone aplicar la teoría normativa, redactada desde una perspectiva utópica e hipotética, a las relaciones sociales reales, teniendo en cuenta esta vez sus vicisitudes. Esta concreción de la norma general al caso específico es a lo que Nieto denomina “regla del caso”⁵⁷. Puede entenderse, por tanto, que más que un concepto

25

⁵⁶ Nieto, A. (2019). *Una Introducción al Derecho*. Madrid, Tirant Lo Blanch, p. 176.

⁵⁷ Las “reglas del caso” son el principal componente del Derecho Practicado. No las constituyen las reglas convencionales que están destinadas a ser aplicadas, sino que deben ser entendidas como la consecuencia de haber aplicado ya la norma positiva al caso concreto; es decir, son decisiones singulares. En algunos casos incluso servirán para la resolución de futuros conflictos, convirtiéndose así paradójicamente en contenido de Derecho Normado. Nieto, A. (2019): *Una Introducción al Derecho*. Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 160-161.



contrapuesto al Derecho Normado se trata de una fase inevitable y necesariamente consecutiva al mismo⁵⁸.

Afirma Nieto (2007: 88-89) que se trata de una situación jurídica equivalente a la figura de dos círculos unidos parcialmente de manera secante. Quiere esto decir que, por un lado, hay normas de ambos Derechos que son coincidentes, lo que implica que una norma positiva es aplicada al caso real tal y como se recoge en su redacción (vertiente regular⁵⁹), y, por otro, puede identificarse una parte no coincidente. Este último caso puede suceder bien porque la norma positiva no es llevada a la práctica⁶⁰, y de hacerse conllevaría cierta irregularidad o desviación de su contenido original, bien porque el caso real no se acoge a una norma jurídica escrita⁶¹ (vertiente irregular⁶²) sino a otras de un carácter más social⁶³.

Finalmente, en aras de una íntegra, aunque sucinta introducción al Derecho Practicado de Alejandro Nieto, cabe mencionar los tres agentes que, desde sus funciones

26

⁵⁸ Nieto, A. (2019): *Una Introducción al Derecho*. Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 161-162.

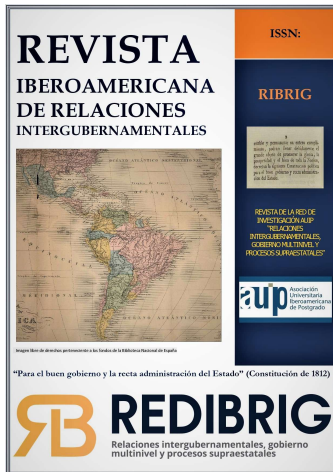
⁵⁹ Nieto, A. (2019): *Una Introducción al Derecho*. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 173.

⁶⁰ Este conjunto de normas es catalogado por Alejandro Nieto como una colección sin sentido de normas inservibles, pues no van a ser derogadas ni tampoco aplicadas. Nieto, A. (2017). *Testimonios de un jurista*. Sevilla, Global Law Press-Editorial Derecho Global, p. 249.

⁶¹ Esto puede tener explicación en lo ya expuesto acerca del contenido normativo no jurídico que también integra al Derecho, como es el caso del Common Law. Nieto, A. (2007): *Crítica de la Razón Jurídica*. Madrid, Trotta, p. 88.

⁶² Nieto, A. (2019): *Una Introducción al Derecho*. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 173.

⁶³ Nieto, A. (2019): *Una Introducción al Derecho*. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 160.



sociales y jurídicas, crean este Derecho. Estos son los jueces, que son quienes aplican las normas y crean las “reglas del caso” ya mencionadas a través de las resoluciones y pronunciamientos sobre casos reales; la Administración Pública, encargada de la ejecución de las normas en similares términos que los anteriores y la Comunidad social, cumplidora o incumplidora de lo impuesto por los aplicadores y ejecutores (Nieto, 2007: 87; Nieto, 2019: 176-180).

4. EL POSITIVISMO JURÍDICO ESPAÑOL

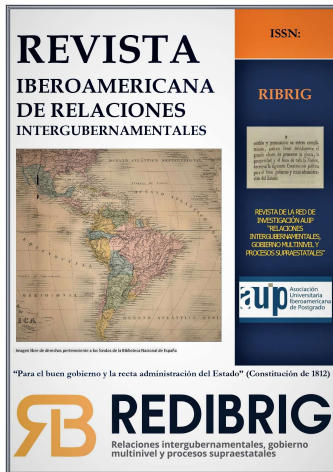
Grandes filósofos como H.L.A Hart o Hans Kelsen ya venían estableciendo una diferenciación entre el Derecho natural, emanado de un poder sobrenatural, y el Derecho positivo, de creación humana⁶⁴. Durante la Edad Media, las normas eran mayormente de orden social y carácter consuetudinario (Nieto, 2019: 85). No obstante, por la influencia de la Revolución Francesa y como consecuencia del inicio del mundo contemporáneo, prácticamente la totalidad de las civilizaciones se inclinaron hacia el ius-positivismo⁶⁵, consagrándose a través de esta ideología un monopolio estatal sobre el Derecho, es decir, el Estado es quien tiene la potestad exclusiva de crear normas, que, a su vez, actuarán de aduana frente a la actividad de la Administración⁶⁶.

27

⁶⁴ Kelsen, H. (2008): “La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico”. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, 6, 12, 183-198, pp. 183,184.

⁶⁵ Baste como ejemplo el Código Civil de Napoleón de 1804, la Constitución española de 1812 o el Código Civil alemán de 1900.

⁶⁶ Nieto, A. (1989): “El positivismo jurídico y la Constitución de 1978”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 9-39, p. 11



En el caso de España, este monopolio estatal⁶⁷ es acogido por causa directa del constitucionalismo liberal del siglo XIX, que queda consolidado por escrito bajo redacción del Código Civil de 1889⁶⁸ (Nieto, 2019: 89). Más adelante, con la deriva postfranquista hacia el constitucionalismo democrático, quedaría recogido en el artículo 1.1 de la Carta Magna bajo la premisa de “Estado de Derecho”.

Como resultado, el sistema español queda constituido sobre las bases un positivismo jurídico marcado por características políticas y técnicas muy peculiares que son consecuencia de sus antecedentes históricos y que ponen nombre y apellidos al positivismo español: “positivismo legal, estatal y textual”. Esto implica que únicamente el Estado tiene el poder de crear una norma y que toda ley, y sólo la ley, es Derecho, debiendo ser tenida en cuenta desde su literalidad⁶⁹ (Nieto, 1989: 10).

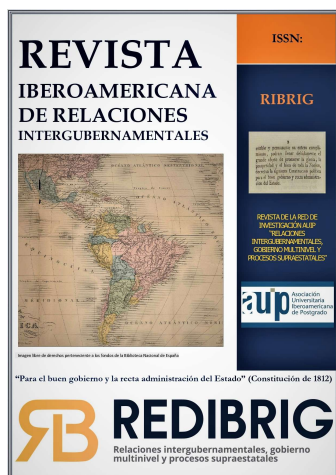
28

Así expuesto el panorama teórico, Alejandro Nieto no tarda en afirmar la crisis a la que se ha venido enfrentando la práctica exacerbada del positivismo textual, crisis que se origina en España de forma más tardía que en

⁶⁷ Alejandro Nieto prefiere referirse a este término como un “secuestro”, siendo el Estado el victimario y el Derecho su rehén del cual se aprovecha para ejercer su poder; relación que, por tales características, estaría condenada inevitablemente al fracaso (Nieto, 2019: 86-87).

⁶⁸ Véanse los artículos 5 y 6 del texto original del Código Civil publicado en 1889 o los artículos 1 y 2 de su última actualización publicado en 1974, en los que se regula que las leyes sólo pueden ser derogadas por otras leyes y que el resto de fuentes del ordenamiento jurídico (la costumbre y los principios generales del derecho) quedan en todo caso subordinadas a las primeras (Nieto, 1989: 11).

⁶⁹ Se prohíbe así cualquier tipo de analogía o interpretación con base en convicciones morales o en principios generales del Derecho (Nieto, 1989: 10).



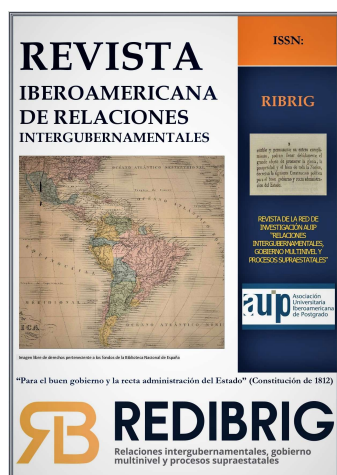
el resto de Europa, cuando tropieza con el tardofranquismo (Nieto, 1989: 13). Los primeros indicios del fracaso positivista vienen marcados por un incumplimiento sistemático de las leyes, sin que nada hubieran podido hacer los Tribunales ni la Administración al respecto. En segundo lugar, el profesor Nieto habla de una sustitución de la ley por el ordenamiento jurídico, lo cual conllevaba obligatoriamente una interpretación más allá del texto normativo. La subordinación de los poderes públicos a la Constitución en lugar de a la ley (Nieto, 1989: 15) y el nacimiento de la Comunidad Internacional⁷⁰ (Nieto, 2019: 85) suponen el culmen del hundimiento del positivismo jurídico español. A todo este contexto habría que sumar el pensamiento desfasado que, según Nieto, aún presentan los juristas actuales. Son ellos los principales responsables de que la nueva realidad jurídica no funcione como es debido, pretendiendo abordar las situaciones actuales con la metodología tradicional, es decir, siguen limitando el Derecho a las leyes (Nieto, 1989: 16).

29

No obstante, el positivismo textual no es el único en situación de debilitamiento, sino que a este lo acompaña su vertiente legal y así lo expone el autor evidenciando que, en la práctica actual, se está más bien ante un “positivismo jurisprudencial”⁷¹ en el que el Derecho ya no emana de la ley, sino de los Tribunales (Nieto, 1989: 26). En estos tiempos, ante la insuficiencia que presentan los

⁷⁰ La unión de España a la Comunidad Europea supone la subordinación de la primera a las órdenes de la segunda, imposibilitando el monopolio estatal sobre el Derecho y, por consecuencia, ocasionando la desaparición del positivismo (Nieto, 1989: 15; Nieto, 2019: 85).

⁷¹ Esta ya no se busca la solución directamente en las leyes, sino que los operadores jurídicos recurren en primera instancia a las resoluciones de los Tribunales que sean similares al caso concreto de que se trate, pasando las primeras a un régimen subsidiario (Nieto, 1989: 26).



recursos legislativos (Nieto, 2007: 212), se hace necesario para los operadores jurídicos recurrir a otros criterios para poder elaborar sentencias válidas, en concreto, a la racionalidad, a la razonabilidad y a la proporcionalidad⁷². En este sentido, la ley adopta un carácter meramente asistencial y orientador⁷³ para los jueces; supone un marco sobre el que ubicarse y que, como tal, influye, pero en ningún caso impone⁷⁴ una solución. Profundizando aún más, ni siquiera establece la misma dirección para todos los casos, sino que en función de los hechos y del operador jurídico que analice e interprete, la solución será distinta, pudiendo incluso llegar a ser contradictorias, pero jurídicamente válidas⁷⁵.

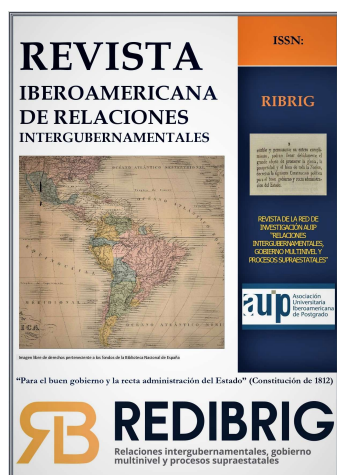
Hasta aquí puede inferirse, por tanto, que la teoría del positivismo legal, estatal y textual ha quedado inaplicable debido a las deformaciones que ha ido sufriendo como consecuencia de factores políticos y técnicos propios de la historia española (Nieto, 1989: 9-12). Hoy por hoy, queda un iuspositivismo practicado en su mayor parte por jueces, que dictan sentencias con base en interpretaciones que superan la literalidad de la norma. La legalidad y la textualidad se encuentran en un proceso de

⁷² Nieto, A. *Una Introducción*, op. cit., pp. 69-71.

⁷³ Esta idea cobra sentido toda vez que se asume que el legislador no puede prever todas las posibles circunstancias que pueden darse en la realidad, sino que deberá ser el juez quien las analice y adapte el texto a las mismas (Nieto, 2019: 116).

⁷⁴ A pesar de no ordenar la solución concreta a cada caso, sí supone un límite en el momento de dictar una sentencia: bajo ninguna circunstancia podrá ser contraria a su contenido (Nieto, 2019: 117).

⁷⁵ El autor plantea una deriva hacia la inseguridad jurídica, fomentada por la incertidumbre que la disparidad de las opiniones entre los jueces y otros expertos causan (Nieto, 2019: 119-120; Nieto, 2007: 216).



complementación por la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad del argumento jurisprudencial⁷⁶ (Nieto, 2019: 71-72). Sin embargo, esto parece exceder de los límites constitucionales recogidos en el artículo 117.1 de la Carta Magna, el cual somete a los jueces exclusivamente a las órdenes del Poder Legislativo. A contrario sensu, la práctica obliga a una desviación, de tal forma que, además, se deban tener en cuenta los intereses generales de la sociedad⁷⁷, asemejándose así a la figura de la Administración Pública⁷⁸ (Nieto, 2019: 152).

Una vez más, la incertidumbre sobre el concepto del Derecho vuelve a abrirse paso en la práctica jurídica actual, quedando la validez legal sustituida por la lógica subjetiva de los jueces⁷⁹ y desmoronando las bases del Estado de Derecho español.

5. EL ANÁLISIS DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

31

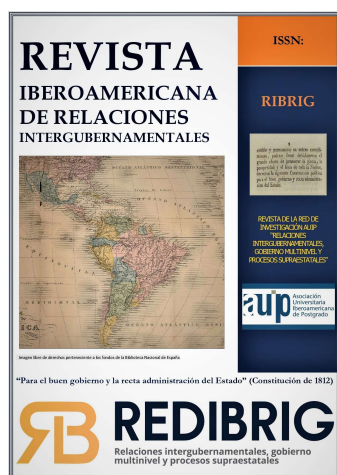
Podría comenzarse el siguiente apartado mencionando las ideas del maestro García de Enterría, que identificaba dos principios básicos y esenciales del constitucionalismo; por un lado, identificaba la limitación al po-

⁷⁶ Estos tres criterios han sido recogidos por la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia 89/16, de 4 de julio (Nieto, 2019: 71-72).

⁷⁷ Como prueba, el autor trae a colación la STS 241/2013, de 9 de mayo, y la STS 139/2015, de 25 de marzo, ambas con justificación en el orden socioeconómico y no en un precepto legislativo (Nieto, 2019: 152).

⁷⁸ La Constitución sí regula la sujeción a los principios generales de la Administración Pública en su artículo 103.1 (Nieto, 2019: 152).

⁷⁹ Según las ideas de Alejandro Nieto, los antiguos valores de la Ética, la Justicia, la Religión y la Equidad están siendo reemplazadas, o ya lo han sido, por la razón de los jueces (Nieto, 2019: 71).



der estatal y, por otro, el aseguramiento de la libertad individual⁸⁰. En esta línea, una constitución debe ser entendida como la máxima representación de un estado democrático⁸¹, un instrumento capaz de limitar la arbitrariedad de los poderes públicos y de dar voz al pueblo. De hecho, así lo expone la Constitución Española de 1978 en su preámbulo al afirmar que es la Nación española quien promueve y ratifica el texto en el ejercicio de su soberanía.

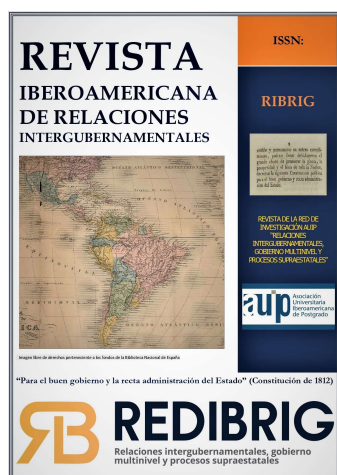
Frente a esto, ya se posicionaba de manera crítica Alejandro Nieto, quien definía el fenómeno constitucional como la creación de una norma suprema que otorga legalidad a aquello que forma parte de su contenido, protegida por una institución compuesta por juristas expertos (el Tribunal Constitucional) y que es aplicada por este a través de herramientas y técnicas ad hoc⁸². No obstante, sostenía firmemente que un estado constitucional podía presentar mayores deficiencias democráticas que otros que carecen de dicha norma; por lo tanto, sería un error tanto político como doctrinal atribuir la eficacia democrática a una constitución. He aquí el germen de la ineficacia constitucional: la equiparación de la Constitución a la Democracia (Nieto, 1983: 372-373). Es cierto que una constitución es algo superior a un simple texto⁸³, pero debe admitirse que no posee la capacidad por sí sola de asegurar un Estado de Derecho; por el contrario, viene

⁸⁰ García de Enterría Martínez-Carande, E. (1979). La constitución como norma jurídica. *Anuario De Derecho Civil*, 32(2-3), 291-342, p. 296.

⁸¹ Como se ve reflejado en la Pirámide de Kelsen sobre la jerarquía normativa, cuya cúspide va encabezada por la Constitución.

⁸² Nieto, A. (1983): "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional". *Revista de Administración pública*, 100-102, 371-415, p. 372.

⁸³ Incluso es más que la norma suprema, es el epicentro del ordenamiento jurídico de un país (Nieto, 1983: 399).



condicionada, cuando no manipulada, por las fuerzas políticas y jurídicas del momento (Nieto, 1983: 375).

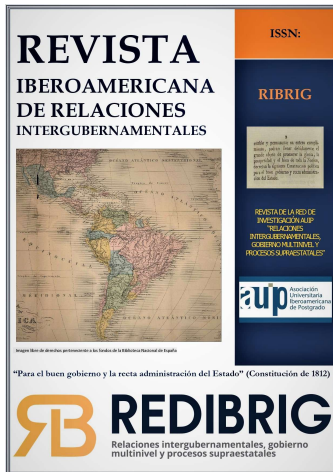
Esto junto con la sacralización⁸⁴ de la norma, su interpretación positivista y la insuficiencia de su contenido (pues, como ya se vio en apartados anteriores, el Derecho es algo más que el texto escrito), provocan incoherencias y contradicciones en algunos de sus preceptos, teniendo como principal consecuencia la inevitable deriva hacia una crisis constitucional (Nieto, 1983: 372-374).

Teniendo esto por punto de partida, Alejandro Nieto se propone realizar un trabajo de desmitificación de la Constitución Española de 1978 desde el punto de vista más realista y crítico, a fin de generar una fuente de enriquecimiento futuro, como sucede con el resto de las constituciones europeas (Nieto, 1983: 375-376). Se desglosarán en los siguientes apartados las principales particularidades del texto constitucional español estudiadas por el autor.

5.1. El carácter programático de la Constitución

Uno de los más comunes debates de la Teoría General del Derecho versa sobre el verdadero carácter de la Constitución. Históricamente, la doctrina ha estado a caballo entre la teoría normativa y la programática, entendidas desde un punto de vista excluyente y contrario entre sí. Un breve recorrido por la trayectoria legislativa y las posiciones doctrinales desde la dictadura de Franco hasta la época postconstitucional muestra la falta de consenso

⁸⁴ Entiéndase la expresión “sacralización de la norma” como consecuencia que resulta de magnificar el texto constitucional, lo que convierte a la Constitución en suprema, inviolable e inmutable.



en cuanto a esta determinación de la naturaleza constitucional (Nieto, 1983: 377).

Las Leyes Fundamentales franquistas fueron desde sus inicios clasificadas jurisprudencialmente⁸⁵ bajo la categoría de normas programáticas, es decir, se les reconocía una influencia indirecta sobre el orden social. En otras palabras, las normas constituían un marco orientativo frente a cuyos límites el legislador debía construir un desarrollo legislativo más concreto y preciso (Nieto, 1983: 377).

Pronto surgiría, en contra de todo esto y en favor de la normatividad constitucional, un afán del pueblo español por la directa aplicabilidad de las leyes. La doctrina entendía el carácter programático como símbolo de ineficacia jurídica⁸⁶, la cual intentarían paliar con esta nueva tendencia que comenzaría con la promulgación de la Ley de Principios del Movimiento Nacional⁸⁷ (1958) y culminaría con la redacción del artículo 9.1 de la Constitución el 1978⁸⁸. Como resultado, se obtuvieron unas primeras resoluciones judiciales⁸⁹ basadas en la aplicación directa

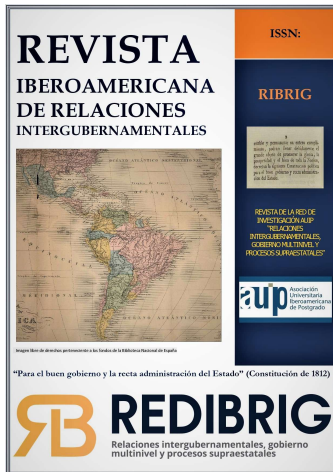
⁸⁵ Este carácter programático de la norma constitucional fue recogido por el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de diciembre de 1940, sobre el Fuero del Trabajo como agente delimitador de futuros derechos (Nieto, 1983: 377).

⁸⁶ Nieto, A. *Peculiaridades Jurídicas*, op. cit., p. 385.

⁸⁷ Apoya el poder directo otorgando a los preceptos capacidad para anular automáticamente aquello que contradiga sus disposiciones (Nieto, 1982: 380).

⁸⁸ Lo hace generando una vinculación preceptiva de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución (Constitución Española, artículo 9.1).

⁸⁹ Véase, a modo de ejemplo, la Circular de 12 de diciembre de 1978, del Tribunal Económico-Administrativo Central, la cual previó la libertad de aquellos internados en prisión en virtud de leyes anterior-



de algunos preceptos de la Carta Magna (Nieto, 1983: 380). Sin embargo, en 1980 el debate volvería a caer sobre el tejado de la teoría programática a causa del texto del artículo 117.5, que se autoproclama como una mera declaración de principios orientadores indirectamente aplicables (Nieto, 1983: 381). Desde entonces, la indecisión por una opción u otra continúa, cada perspectiva con su respectivo respaldo jurisdiccional⁹⁰, hasta nuestros días, que vienen marcados por un sentimiento normativista respaldado, según el autor, por la clara evidencia de la supremacía y fuerza de la Constitución⁹¹ (Nieto, 1983: 386).

Para Alejandro Nieto, el origen de este extenso debate emana, una vez más, de la injustificada comparación entre conceptos disímiles, toda vez que la directa aplicación no debe entenderse equivalente a la normatividad (Nieto, 1983: 387). Esto es, que existe la posibilidad de que una norma de aplicación indirecta tenga sí carácter jurídico, siendo precisamente el caso del artículo 14 de la Constitución⁹² (Nieto, 1983: 382). Es más, el autor desvela, además, que el error subyace en el enfoque dado al

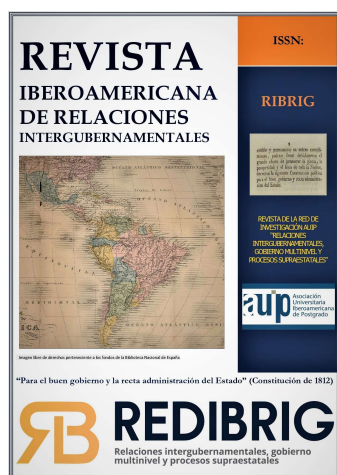
35

res por la aplicación del principio de retroactividad de la norma favorable, contenido literal del nuevo artículo 25.3 de la Constitución (Nieto, 1983: 380).

⁹⁰ Sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1982, a favor del carácter inspirador y orientativo del texto constitucional, o la Sentencia de 20 de diciembre de 1982, defensora de la fuerza directamente vinculante del mismo (Nieto, 1983: 384).

⁹¹ Alejandro Nieto refuerza su tesis en los argumentos de García de Enterría, quien proponía que la Constitución se entendía como suprema por haber derogado otras leyes, por su poder de vinculación y por ser el marco interpretativista de referencia con respecto al resto del ordenamiento jurídico (Nieto, 1983: 386).

⁹² Artículo regulador de la igualdad ante la ley, concebida como principio inspirador y límite interpretador por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1979. Así, la relevancia jurídica



debate. Es por ello que propone un nuevo objeto de estudio, la naturaleza de la norma, que será la clave verdaderamente reveladora de la normatividad o no de la misma (Nieto, 1983: 388).

Con base en esta nueva perspectiva, el panorama constitucional actual quedaría estructurado de la manera siguiente. La Constitución de 1978 sí es una norma por cuanto se trata de un conjunto de proposiciones de carácter jurídico, y esta es la esencia de toda norma. No obstante, debe reconocerse que se trata de una norma cuyos preceptos se encuentran incompletos⁹³, que no en estado de quiescencia⁹⁴. Quiere ello decir que es voluntad del legislador dejar libertad a las Comunidades Autónomas para que interpreten y adapten de manera flexible su desarrollo normativo a la situación política del momento (Nieto, 1983: 388-393).

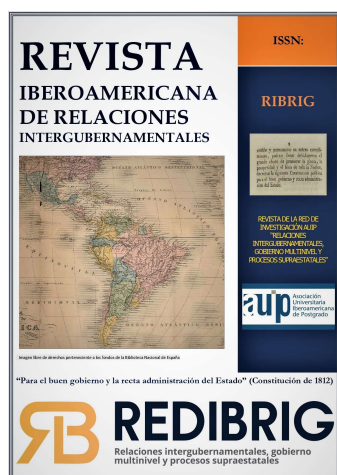
A pesar de serle reconocida la categoría de norma, cierto es que la Constitución, por sus singulares características, no puede ser catalogada dentro de las variedades normativas que existen; no podría ser considerada una norma convencional social ni jurídica (Nieto, 1983: 395). El primero de los motivos es su talante garantista. Es la única norma que puede reconocer a la ciudadanía como

36

del principio es más que evidente aun necesitando un desarrollo ulterior (Nieto, 1983: 382).

⁹³ La incompletud normativa implica que la norma carece de una consecuencia jurídica expresamente citada, por lo que requiere un posterior desarrollo material por instrumentos ajenos a ella. El autor recalca que la labor es únicamente de desarrollo, pues la norma base, aunque incompleta, tienen validez por sí misma en vista de su supremacía (Nieto, 1983: 389).

⁹⁴ Por estado de quiescencia se entiende la circunstancia en la que una norma, sin otro motivo más que por desinterés del legislador, se encuentra inactiva y sin vistas a poder desarrollarse (Nieto, 1983: 393).



sujeto de derechos e intereses y a través de la cual el Estado puede comprometerse formalmente a satisfacerlos. Otro elemento que constituye esta peculiaridad constitucional es la particularidad de algunos de sus efectos jurídicos. Entre ellos, podrían mencionarse la creación de valores jurídico-sociales inspiradores del ordenamiento jurídico; la prohibición de alegar ante los tribunales⁹⁵, su poder vinculante frente a los poderes públicos y los ciudadanos⁹⁶ y la autoproclamación de competencia exclusiva en materia de derechos y libertades fundamentales⁹⁷. Por último, también forma parte de su idiosincrasia el reenvío, pues la propia Constitución hace un llamamiento al legislador y a los juristas para que desarrollen y apliquen, respectivamente, lo que ella propone de manera meramente formal (Nieto, 1983: 397-400).

5.2. Los destinatarios de la norma

37

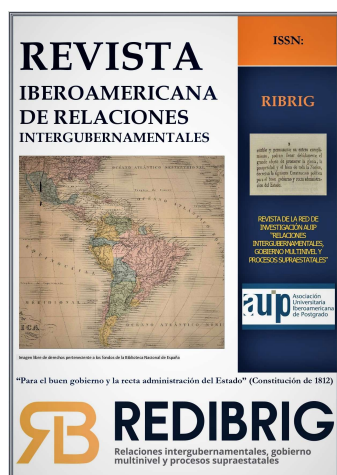
Se hablaba en el tercer epígrafe de destinatarios de las normas que componen el Derecho en sentido general. Recuérdese que podían distinguirse dos categorías de destinatarios, por un lado, los destinatarios directos (los Jueces y la Administración, encargados de la aplicación y ejecución, respectivamente) y, por otro, los indirectos, los ciudadanos, cuya labor queda reducida al cumplimiento o incumplimiento de las órdenes de los de la primera categoría (Nieto, 1983: 402).

En cambio, como se está descubriendo a lo largo de este apartado, la Constitución no puede equipararse a una norma común, por su naturaleza y características. En este caso, la labor de identificación de los destinatarios del texto constitucional es relativamente fácil, pues

⁹⁵ Ex. art. 53.1 de la Constitución Española.

⁹⁶ Ex. art. 9.1 de la Constitución Española.

⁹⁷ Ex. art. 81 de la Constitución Española.



son mencionados de manera explícita por este en algunos de sus preceptos⁹⁸: el Estado, los poderes públicos y el legislador. Queda aquí reflejada la mayor peculiaridad de todas, y es que la figura del Estado adquiere el papel de autor y de receptor de la norma (Nieto, 1983: 402). Frente a este riesgo generador de cierta inseguridad constitucional, el texto parece marcar una línea divisoria entre el Estado y el Tribunal Constitucional, entendiendo que este controlará a aquel a través del poder que le es conferido directamente de la Constitución. Alejandro Nieto se aventura en desmentir esta idea recordando la dependencia estatal de la Constitución y la insuficiencia de fuerza coercitiva de los Tribunales frente al incumplimiento del Estado (Nieto, 1983: 403).

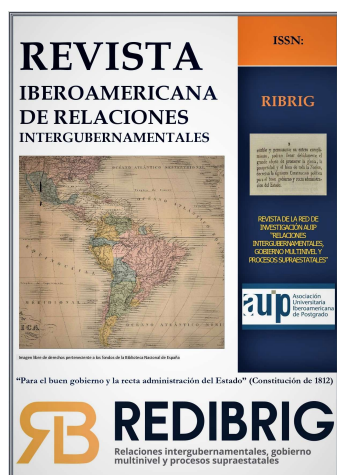
En realidad, ni los Tribunales ni cualquier otra institución tendría la capacidad de coaccionar a quien se encuentra en una posición suprema. Igualmente, como todo lo que pertenece a la esfera constitucional reviste de cierta peculiaridad, tampoco cabría hablar de coacción en sentido estricto, sino más bien de obligatoriedad. En este sentido, el Estado no se ve coaccionado, pero sí obligado a cumplir con las exigencias constitucionales, en la medida en que un incumplimiento podría ocasionar una indeseada revuelta social⁹⁹ (Nieto, 1983: 403-405).

5.3. El contenido constitucional

El texto constitucional está compuesto de un gran número de normas de naturaleza diversa, que responden

⁹⁸ Añade el autor a modo de ejemplo los artículos 130, 131 y 132 de la Carta Magna, en materia económica y de Hacienda, los cuales se dirigen de manera expresa a sus tres destinatarios (Nieto, 1983: 402).

⁹⁹ Una reacción social podría ser de carácter bien fáctico, a través de una marcha, por ejemplo, o bien político, ejerciendo presión parlamentaria (Nieto, 1983: 405).



principalmente, y según las ideas de Rubio Llorente (citado en Nieto, 1983: 407) a cuatro categorías. En primer lugar, pueden encontrarse normas reguladoras de derechos fundamentales; en segundo lugar, normas constitutivas de garantías institucionales; otras que contienen mandatos para el legislador y, por último, normas que establecen los principios fundamentales y los fines estatales (Nieto, 1983: 407).

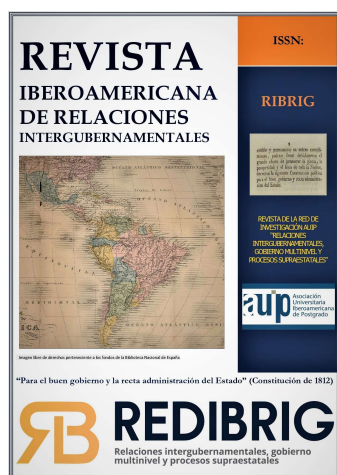
La propia Constitución reconoce la heterogeneidad de su contenido y la necesidad de su tratamiento diferenciado; a tal efecto, marca distinciones con respecto a la tipología legislativa que regulará cada materia y el proceso que seguirá su reforma¹⁰⁰. Además, en aras de una estructura normativa lógica y organizada, a cada norma le atribuye un valor específico que será el que determine el orden jerárquico, estableciéndose así normas superiores y normas subordinadas (Nieto, 1983: 408).

39

El análisis de Alejandro Nieto sobre esta situación deja ver de manera clara que se ha de ser cauteloso en los casos de indeterminación jerárquica¹⁰¹, pues la subjetividad de la interpretación de esos valores acerca peligrosa

¹⁰⁰ Ex. art. 81 de la Constitución Española. Se distingue principalmente entre ley ordinaria y ley orgánica, siendo competencia exclusiva de esta última lo concerniente a los derechos fundamentales. Además de esta diferencia de contenido, los requisitos de aprobación, modificación y derogación de una ley orgánica serán más estrictos que los necesarios para las mismas acciones respecto de la ley ordinaria.

¹⁰¹ Puede darse la situación en que la Constitución no especifique de manera clara el rango de una norma, frente a lo que se deberá estar a lo que los jueces interpreten de ella.



e inevitablemente a la Constitución hacia el abismo de la programaticidad¹⁰² (Nieto, 1983: 409).

5.4. La interpretación del texto constitucional

La interpretación de la Constitución también es objeto de estudio cuando se habla de sus particularidades, pues sus preceptos breves, abstractos e incompletos¹⁰³ impiden al legislador ejercer una mera labor de desarrollo. De esta forma, es imprescindible una labor previa de interpretación; labor que, según el profesor Nieto, extrae el contenido jurídico de la Constitución, consecuencia inevitable y necesaria para lograr la libertad de Derecho. No obstante, esta tendencia creciente hacia el subjetivismo de los jueces no hace otra sino generar inseguridad jurídica, vulnerando, además, el razonamiento y la lógica jurídica¹⁰⁴, toda vez que las sentencias recaen sobre un decisionismo jurídico puro (Nieto. 1983: 410-412).

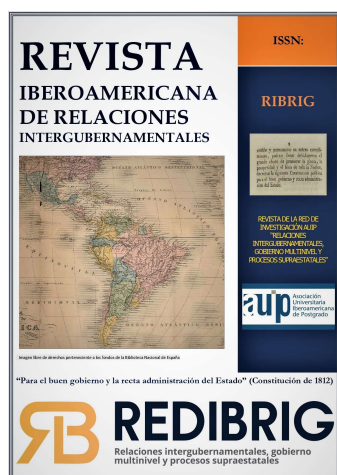
40

Esto, que a simple vista parece una ventaja en cuestiones de libre creación y adaptabilidad del Derecho a cada realidad política, esconde entre líneas un peligro de caer en el mundo del formalismo jurídico, es decir, la justicia

¹⁰² La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1982 desestimó un recurso fundamentándose en la falta de desarrollo legislativo del artículo 20 de la Constitución, sobre la que versaba el litigio (Nieto, 1983: 409).

¹⁰³ Sería imposible, por tanto, la utilización de métodos positivistas por la ausencia de un texto positivo claro (Nieto, 1983: 410).

¹⁰⁴ Fueron estos los votos particulares de Rubio Llorente y Tomás y Valiente frente al Auto del Pleno de 21 de marzo de 1983 (Nieto, 1983: 411-412), sobre la improcedencia de un recurso previo de inconstitucionalidad por tratarse de una Ley debidamente promulgada y no de un proyecto de Ley, debiendo haberse actuado mediante recurso de inconstitucionalidad ordinario.



solo estaría presente de manera formal, pero desaparecería del contenido de las decisiones judiciales (Nieto, 1983: 413).

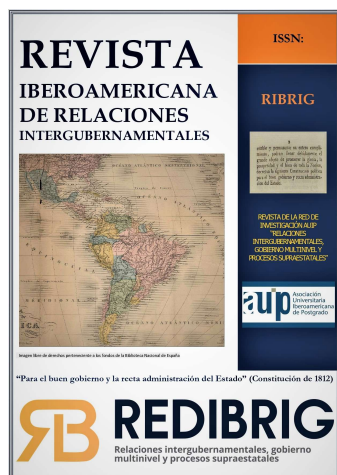
5.5. El tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional es una figura introducida expresamente por la Constitución, a la que se dedica atención exclusiva en el Título IX. Podría definirse como el órgano superior¹⁰⁵ encargado de interpretar y dar sentido a los preceptos constitucionales, es decir, de crear el Derecho Practicado de la vertiente constitucional, mas no debe entenderse agotado tal Derecho en esta jurisprudencia. Esto es solo un elemento de los otros tantos que completan el amplio campo del Derecho Constitucional y que, por cuestiones de competencia y oportunidad, el Tribunal Constitucional no puede conocer (Nieto, 1983: 406).

Durante los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor de la Carta Magna, se convirtió en una institución eficaz y ejemplar¹⁰⁶ que reflejaba a la perfección el carácter democrático del Estado español (Nieto, 2008: 326). No obstante, en los últimos años, denuncia Nieto la

¹⁰⁵ Jueces y Tribunales del resto de órganos se encuentran subordinados a las decisiones de este Tribunal, aunque no por la calidad de las resoluciones según afirma Nieto (Nieto, 2008: 327). El Tribunal Supremo también se posicionaría en contra de esta superioridad en algunas de sus sentencias, manifestando la incompetencia que reflejan las sentencias del Tribunal Constitucional. Véanse, como ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2001, en la que se denuncia el desconocimiento de reglas esenciales por parte de los magistrados, y de 22 de enero de 2004, en la que se llega incluso a sancionar a todos los componentes por negligencia profesional (Nieto, 2008: 328).

¹⁰⁶ El autor atribuye el buen funcionamiento del Tribunal a la excelencia retributiva, a la buena disposición de recursos materiales y personales y al reconocimiento de un estatus de superioridad (Nieto, 1996: 187).



existencia de una exacerbada carga de trabajo por la delegación de asuntos que no deberían constituir su objeto de análisis¹⁰⁷, sustituyendo la excepcionalidad de sus sentencias por la rutinización. Igualmente, evidencia una politización de la institución y la consecuente pérdida de su prestigio (Nieto, 1996: 188), hasta el punto de afirmar que, tanto la jurisprudencia como los jueces, se encuentran en una relación de dependencia con respecto de la fuerza política del momento¹⁰⁸.

Sirva esta idea como conclusión de este epígrafe y para demostrar que, ya no solo el Tribunal, sino la Constitución en sí misma, cobra sentido únicamente por medio de la acción política y en la medida en que se consiga su ajuste a unas “normas culturales políticas”¹⁰⁹ (aquellas que marcan los valores de la comunidad, que están recogidas legislativamente para ser exigibles frente al Estado¹¹⁰ y cuyo desarrollo técnico corresponde a la Constitución¹¹¹). De hecho, dada la pluralidad de estas normas, la Constitución adquiere un rol selectivo entre todas

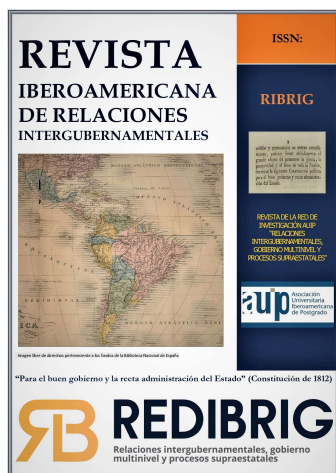
¹⁰⁷ En concreto, los problemas competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas (Nieto, 1989: 16); (Nieto, 1996: 188).

¹⁰⁸ Para reforzar su idea acerca de la subordinación constitucional a la política, Alejandro Nieto trae a colación la Ley 6/2007, de 24 de mayo, que reforma, entre otros puntos, el proceso de nombramiento de los magistrados, dejando entrever en el nuevo procedimiento de selección la presencia de la política en dicho ámbito. Más aún, ante el recurso de inconstitucionalidad planteado contra esta ley, se respondió con la recusación de cinco magistrados, confirmando la hipótesis de la dependencia política una vez más (Nieto, 2007: 330-331).

¹⁰⁹ Término acuñado por M. E. Mayer (citado en Nieto, 1983: 414).

¹¹⁰ Herszenbaun, M. (2018): “Valores y normas en Hans Kelsen y Max Ernest Mayer”. *Revista Digital de Filosofía*. 1850-3578, 91-118, pp. 101-103).

¹¹¹ Así, una norma cultural establecería la división bicameral del Poder Legislativo, mientras que lo referente a su composición y otras



las opciones y, además, será la encargada de imponer la decisión tomada a la sociedad¹¹². Así las cosas, una Constitución sin componente político caería en el más puro formalismo, perdiendo todo su sentido material y, consecuentemente, su estatus supremo (Nieto, 1983: 414)¹¹³.

6. EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El constitucionalismo ha jugado históricamente un papel determinante en el ámbito de la Administración Pública española por cuanto ha sido el instaurador de lo que se denomina “Administración democrática”¹¹⁴, un intento de modernización del sistema administrativo por mimetismo del funcionamiento anglosajón (Nieto, 2008: 262). Por su parte, la llegada de la Constitución de 1978 estableció una directa vinculación de todos los poderes públicos, incluyéndose el administrativo, a los derechos y libertades (art. 53.1 CE) y, en general, a todo el contenido constitucional (art. 9.1 CE), y fijó el principio

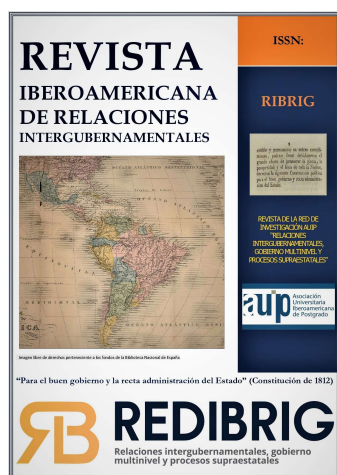
43

cuestiones más técnicas correspondería fijarlas a la norma jurídica, a la Constitución (Nieto, 1983: 414).

¹¹² Esto es a lo que el profesor Nieto denomina “proceso de doble flujo”. De un lado, la norma cultural política dota de contenido material a la Constitución y, de otro, la Constitución permite a la norma político-cultural ser implantada y respetada por la sociedad (Nieto, 1983: 415).

¹¹³ En palabras de Alejandro Nieto, una Constitución sin política ni cultura sería una simple “hoja de papel” (Nieto, 1983: 414).

¹¹⁴ La única consecuencia de ello es, según Alejandro Nieto, una división administrativa en territorios que van a moldear libremente la Administración en función del partido político que gobierne en cada uno. Denuncia así una politización de la Administración, interesante a tener en cuenta, pero cuyo análisis excedería de la pretensión de este trabajo (Nieto, 2017: 131-134).



de autonomía, que marcaría un nuevo rumbo en la actividad de la Administración¹¹⁵ (Nieto, 2019: 132). De esta manera, el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional quedan inevitablemente envueltos en una relación de causalidad, toda vez que la existencia del primero queda sujeta a su regulación por el segundo¹¹⁶.

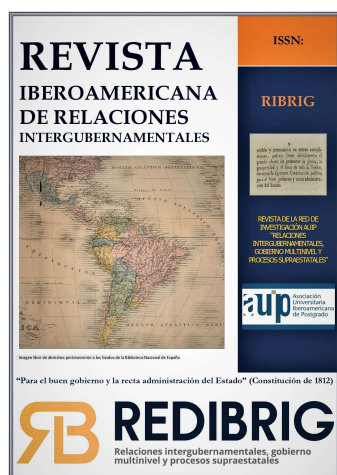
El Derecho Constitucional, además de legitimar y establecer las bases sobre las que debe construirse la Administración, le ha atribuido un poder especial, el de sancionar, tácitamente manifestado en el artículo 25.3 de la Constitución y expresamente señalado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre, que califica al monopolio judicial sancionador como inviable (Nieto, 2002: 82-83).

El encuadre jurídico de esta potestad sancionadora administrativa no ha estado exento de debate y, como no

44

¹¹⁵ Aunque para Nieto esto no fue más que dejar vía libre a la Administración para la corrupción y la malversación de fondos (Nieto, 2019: 132).

¹¹⁶ Díaz Lema, J.M. (1998): "La Constitución y el Derecho Administrativo", en: Álvarez Conde, E. (coord.): *Administraciones públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 213-226, p. 213.



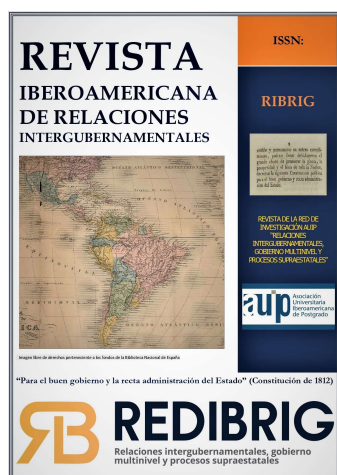
6.1. El Derecho Administrativo Sancionador: consideraciones constitucionales

La potestad sancionadora del Derecho Administrativo ha estado históricamente a caballo entre el campo del Derecho Penal y del propio Derecho Administrativo, siendo constantemente excluida por ambos (Nieto, 2002: 15). No obstante, la importancia del debate no ha quedado limitada a estas dos disciplinas jurídicas, sino que ha trascendido al resto, entre ellas, el Derecho Procesal, el Derecho Laboral y, el que a los efectos de este estudio más interesa, el Derecho Constitucional (Nieto, 2002: 16).

Actualmente, esta rama administrativa carece de regulación específica alguna y es mencionada muy vagamente en la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y en la Ley del Procedimiento Administrativo Común. Esto es denunciado por Alejandro Nieto¹¹⁷ de ser resultado de un incomprensible desinterés del legislador y cuyo efecto no es otro que el de la inseguridad jurídica (Nieto, 2002: 17). He aquí, pues, donde radica la relevancia constitucional sobre la potestad sancionadora: ante la carencia de referencias legislativas, el Derecho Administrativo Sancionador acude a los preceptos constitucionales y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para configurar su sistema¹¹⁸ (Nieto, 2002: 39). De hecho, es propuesta de Alejandro Nieto que este Derecho sea principalmente creado a raíz del Derecho

¹¹⁷ A su parecer y teniendo en cuenta las carencias españolas y el éxito que están experimentando países como Alemania e Italia, debería promulgarse una “Ley General de las Infracciones y Sanciones administrativas” (Nieto, 2002; 16).

¹¹⁸ Todo ello sin ignorar las pautas del Derecho Penal, que se vuelven esenciales en materia de garantías individuales (Nieto, 2002: 28).



Administrativo, del Derecho Público estatal y del Derecho Constitucional (Nieto, 2002: 28).

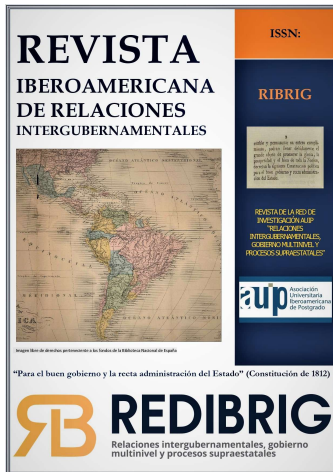
En primer lugar y con respecto a las aportaciones jurisprudenciales, es en los jueces en quien ha recaído en la tarea de interpretar la naturaleza de la potestad sancionadora de la Administración. Frente a la tradicional subordinación a la que se sometía la potestad administrativa con respecto de la penal¹¹⁹, hoy por hoy el Tribunal Constitucional opta por inclinar la balanza hacia el lado opuesto, afirmando que la potestad sancionadora penal y administrativa derivan ambas directamente del *ius puniendi* del Estado en términos equiparados. Así se refleja en la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 de junio, que expresamente dicta que ambas son una manifestación del poder punitivo estatal y que, indistintamente, tienen capacidad para proteger un mismo bien jurídico¹²⁰ (Nieto, 2002; 85-86).

46

Sin perjuicio de todo el apoyo que esa teoría ha recibido por parte de la Doctrina, Nieto pone en tela de juicio los argumentos del propio Tribunal Constitucional y muestra su más rotunda oposición apelando a la razón y lógica jurídica: si la potestad punitiva penal no puede ser delegada en ninguna Comunidad Autónoma, la administrativa tampoco debería poder serlo por cuanto se supone que revisten las mismas características. La defensa del Tribunal frente a ataques de esta índole se ha basado en cuestiones de anexidad, argumentando que los órga-

¹¹⁹ Teoría cuyo máximo exponente es el maestro García de Enterría (Nieto, 2002; 85).

¹²⁰ El Tribunal Supremo avala esta novedosa tendencia con su sentencia de 4 de junio de 1986, en la que se incluye entre los derechos sancionadores el sancionador de la Administración (Nieto, 2002; 86).



nos autonómicos están, en realidad, incluidos en el concepto más amplio de Estado¹²¹. Aun así, y rechazando también la tesis de las sanciones policiales¹²², el autor opta por relacionar la potestad sancionadora con la gestión administrativa en términos generales (Nieto, 2002; 95-96).

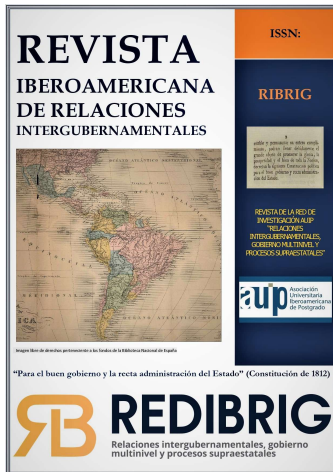
Llegados a este punto, se hace necesario entrar en el estudio de las aportaciones constitucionales al Derecho Administrativo Sancionador. El artículo por excelencia en esta materia es el número 25 de la Constitución Española de 1978, precepto que supone el origen de la potestad administrativa, si bien lo hace por medio de la costumbre constitucional española del silencio legal. Esto es, que el reconocimiento de la potestad administrativa se da tácitamente a través de la regulación de algunos de sus aspectos, pero no mencionando expresamente tal atribución (Nieto, 2002; 93-94).

47

Hasta aquí, se ha hecho referencia a lo que el profesor Nieto denomina “existencia de la potestad”, que debe ser necesariamente distinguida de su “capacidad” para ejercerla. Esta última vendría marcada por aquellos principios y normas legales que condicionan dicho ejercicio, requisitos extraíbles, igualmente y como consecuencia de la carencia de ley propia, del mismo artículo 25 (Nieto, 2002: 94).

¹²¹ Esto es a lo que se llama “fraccionamiento” de las potestades del Estado, entre las Comunidades Autónomas y Entes Locales (Nieto, 2002; 106-107).

¹²² A través de este modelo, vigente en España desde mediados del siglo XVIII, la Policía fue encomendada labores de represión frente a infracciones con total autonomía e independencia respecto del Poder Judicial (Nieto, 2002; 50-51).



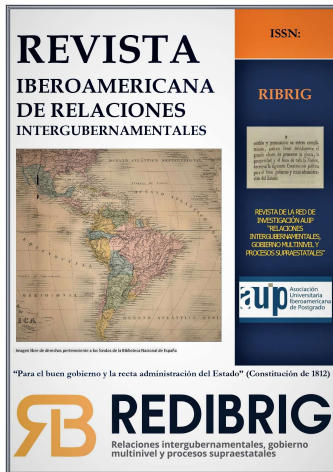
6.2. Análisis del artículo 25 de la Constitución Española

El artículo 25.1 encubre todo un elenco de principios que sirven de guía para la actuación de cualquiera de los poderes públicos en el ejercicio de la potestad sancionadora, entre los que pueden encontrarse los principios de legalidad, tipicidad, de reserva legal, la prohibición de la analogía y la irretroactividad. Para Alejandro Nieto, esta práctica principalista, que es en cierta medida abusiva, estaría ocasionando un desplazamiento de las normas y fomentando una jurisprudencia fundamentada en principios generales más que en normas positivas (Nieto, 2002: 40).

Esta problemática parece tener origen, según el profesor Nieto, en la confusión conceptual entre principios y normas¹²³. El autor, tras un meticuloso estudio de ambos términos, establece como elemento diferenciador la concreción de la regla y sus efectos; mientras que la norma goza de un contenido exacto, el principio se caracteriza por ser abstracto, una mera declaración de valores sociales que hay que respetar. Partiendo de este razonamiento, se atreve a replantear la clasificación inicial, catalogando como único principio el de legalidad y dotando al resto de carácter normativo (Nieto, 2002; 44-46).

Pues bien, de todo el contenido de este artículo 25, la Administración, aunque de manera peculiar, se sirve principalmente de la legalidad, de la tipicidad y de la reserva legal para construir el presupuesto sobre el que desarrollará eficazmente su potestad sancionadora: una

¹²³ La esencia de los verdaderos principios generales queda destruida por el abuso de su utilización para referirse a elementos que, en realidad, corresponderían a otras categorías (Nieto, 2002; 41).



norma previa, cierta y con rango de ley (Nieto, 2002: 200).

6.2.1. Principio de legalidad

Este principio¹²⁴ no viene regulado por el artículo 25 de manera expresa, sino que más bien ha sido extraído por vía jurisprudencial de su texto¹²⁵, únicamente regulador de la prohibición de la retroactividad normativa; no se hace referencia, por tanto, al principio de legalidad en sentido amplio (Nieto, 2002; 206-207, 213). Es la propia jurisprudencia la que, además, afirma su vinculación con la potestad administrativa sancionadora frente a la que se aparece en forma de límite¹²⁶.

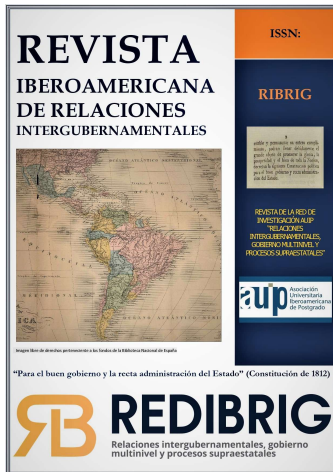
La legalidad del Derecho Administrativo Sancionador hereda el punto de partida de las premisas originarias de la legalidad penal: *lex scripta*, *lex praevia*, *lex certa*, extensible a cualquier potestad sancionadora y así establecido por el Tribunal Constitucional en su sentencia 127/1990, de 15 de julio. Este enunciado se traduce en la exigencia de que exista una norma con rango de ley que recoja la infracción y su posible sanción con anterioridad al hecho de que se trate¹²⁷. Y, como bien puede percibirse, es de aquí de donde derivan las otras dos garantías, la de

¹²⁴ Su origen se retrotrae a las Leyes Fundamentales franquistas, en cuyo artículo 19 ya podía verse la prohibición de sancionar con base en leyes no vigentes, de manera muy similar a como lo hace la Constitución de 1978 (Nieto, 2002; 208).

¹²⁵ Alejandro Nieto cuestiona la interpretación de los Jueces en este sentido puesto que no deja de ser eso, una mera interpretación de la que se supone que es la intención de la Constitución, no de lo que efectivamente recoge. Aun así, debe que suponerse verdadera dicha proposición, de lo contrario, la negación llevaría al autor al más profundo exilio jurídico (Nieto, 2002; 206-207, 212).

¹²⁶ Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 42/1987, de 7 de abril, y 3/1988, de 21 de enero (Nieto, 2002; 214).

¹²⁷ STC 61/1990, de 29 de marzo (Nieto, 2002; 215).



tipicidad y la de reserva de ley¹²⁸, conceptos que deben entenderse, en palabras del profesor Nieto, como ramificaciones del principio de legalidad y no como una equivalencia. (Nieto, 2002; 214-216).

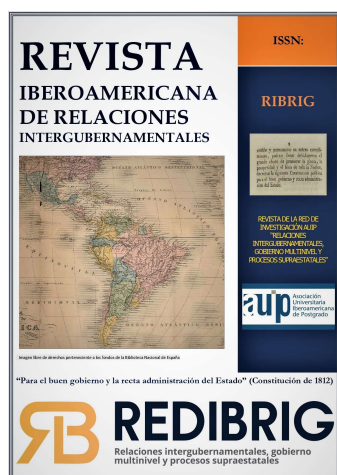
Ahora bien, atendiendo al carácter meramente declarativo del artículo 25, el contenido y el alcance del principio de legalidad habrá de buscarse doctrinal y jurisprudencialmente en otros rincones jurídicos. A juicio del autor, el contenido quedaría completado añadiendo a las dos garantías anteriores las normas de irretroactividad y de *non bis in ídem*; la analogía *in bonam partem* y la proporcionalidad actuarían como complementos del núcleo esencial que constituyen los anteriores (Nieto, 2002; 216-217).

Cabe decir aún que de este principio surge un derecho del ciudadano a la legalidad, derecho que, por su ubicación en el texto constitucional, forma parte de los llamados derechos fundamentales y que, como tal, podrá ser protegido mediante recurso de amparo¹²⁹ (Nieto, 2002; 217).

Al igual que ocurre con los principios generales de la legalidad penal, el resto de los contenidos también deben ser sometidos a una fase de adaptación al Derecho Administrativo Sancionador, toda vez que, como ya se ha estudiado, dista del resto de potestades sancionadoras (Nieto, 2002; 218). En primer lugar, se habla de una irretroactividad de la reserva de ley, es decir, el principio de legalidad solo se aplicará a las normas derivadas de la Constitución, pero no se extenderá a aquellas anteriores

¹²⁸ La primera de ellas sería la vertiente material y la segunda la vertiente formal del principio de legalidad (Nieto, 2002; 287).

¹²⁹ STC 77/1983, de 3 de octubre, corroborada a posteriori por la STS, de 16 de junio de 1992 (Nieto, 2002; 217).



cuya reserva no era exigida¹³⁰. La segunda peculiaridad aparece en la diferenciación entre la potestad sancionadora genérica y la especial¹³¹, en cuyo segundo supuesto la rigidez del principio de legalidad se ve debilitada¹³² por la aceptación de su cobertura reglamentaria (Nieto, 2002; 219, 221, 223-228). En caso de vulnerarse el principio en este supuesto, o en cualquier otro, los efectos responden a los generales del Derecho. Los actos y disposiciones serán declarados nulos, con la anulación correspondiente de las sanciones por ellas impuestas, y las normas con rango de ley serán declaradas inconstitucionales. Para la primera tarea serán competentes los Tribunales contencioso-administrativos, mientras que el segundo caso es competencia del Tribunal Constitucional (Nieto, 2002; 229-231).

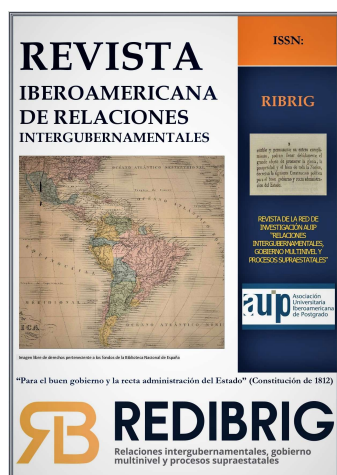
Pasando ahora a analizar brevemente el papel de las normas complementarias del Derecho Administrativo Sancionador, es destacable que la irretroactividad se manifiesta en este ámbito en tres niveles diferentes: en la reserva de ley respecto de normas preconstitucionales; en las normas sancionadoras desfavorables y en la excepción de la retroactividad de aquellas favorables. De las tres, es interesante mencionar que únicamente la pri-

51

¹³⁰ Doctrinalmente establecido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de febrero y avalado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 219/1991, de 25 de noviembre, o 177/1992, de 2 de noviembre (Nieto, 2002; 219, 221).

¹³¹ Figura jurídica alemana recogida constitucionalmente por el artículo 25.2 de la Constitución española y extrapolada por los Tribunales españoles al ejercicio de la Administración en la prestación de servicios públicos (Nieto, 2002; 223-225).

¹³² En ningún caso el debilitamiento debe ocasionar la desaparición del principio, pues derivaría en una cuestión de inconstitucionalidad. Más bien, se trata de una aplicación con matices (Nieto, 2002; 228).



mera es susceptible de ser protegida vía recurso de amparo por entenderse recogida en el artículo 25; en cambio, las otras quedan excluidas del catálogo de derechos fundamentales puesto que se incluyen en el artículo 9.3 de la Constitución¹³³ (Nieto, 2002; 233-235).

En cuanto a la analogía *in peius*, puede encontrarse una doctrina clara y directa en la extensión de la prohibición penal de la analogía desfavorable al ámbito de las infracciones administrativas. Aparece así expresamente en la STC 181/1990, de 15 de noviembre (Nieto, 2002; 242).

Por último, los Tribunales españoles son rotundos también en afirmar la aplicabilidad de la proporcionalidad al ámbito administrativo-sancionador por cuanto supone un necesario límite a la discrecionalidad de la Administración¹³⁴ (Nieto, 2002; 243-244).

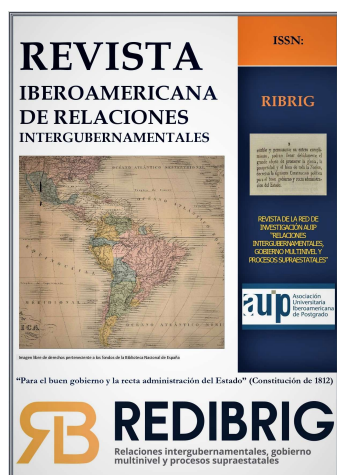
6.2.2. Mandato de tipicidad

Como ya bien se ha mencionado, el mandato¹³⁵ de tipicidad emana directamente del principio de legalidad e implica la exigencia de regulación de las infracciones y sus sanciones para poder ser impuestas. La aplicación de este mandato a la potestad sancionadora de la Administración resulta en las siguientes premisas: no podrá hacerse de otra manera que no sea a través de una norma

¹³³ Criterio jurisprudencialmente recogido por la sentencia del Tribunal Constitucional 237/1993, de 12 de julio (Nieto, 2002; 234).

¹³⁴ Con todo, el Tribunal Constitucional advierte en la sentencia de 25 de mayo de 1986 de una posible usurpación por parte de los jueces de la competencia del Legislador en materia de determinación de la proporcionalidad (Nieto, 2002; 245).

¹³⁵ Nótese que Alejandro Nieto no se refiere a él como un principio, pues el único principio como tal es el de legalidad; todo lo demás son mandatos y normas de él derivados.

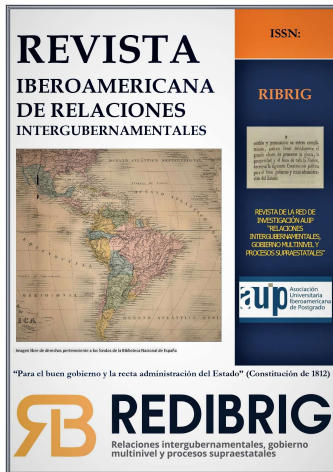


con rango de ley, a excepción de las normas de irretroactividad con respecto a las regulaciones reglamentarias preconstitucionales vistas en el apartado anterior; debe dar a conocer tanto la infracción¹³⁶ como su eventual sanción y debe ser publicado en el Boletín Oficial del Estado. Paralelamente, un último requisito hará falta para la aplicación de la sanción tipificada, y es la concurrencia de todos los elementos de la infracción (Nieto, 2002; 294-295).

La tipificación de la infracción aparece en el Derecho Administrativo Sancionador como una figura peculiar compuesta por una doble vertiente: la expresión de la infracción por un lado y la de su sanción por otro. La regulación de la infracción puede revestir carácter descriptivo o remisor. En el primer caso se estaría ante una norma con contenido material, mientras que, en el segundo, la norma sería calificativa del contenido material de la norma a la que se remite, pero no tendría el suyo propio. A pesar de ser la remisión implícita una fórmula legal válida, Nieto advierte sobre el riesgo que supone de no atribución de una sanción (Nieto, 2002; 298, 302).

La segunda vertiente de la tipificación consistirá en conectar una sanción a una determinada infracción y establecer su relación por las vías legales. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho Penal, caracterizado por la individualización relacional del delito y la sanción, en el Derecho Administrativo Sancionador se ofrece un catálogo de infracciones y sanciones (muy graves, graves y leves) que la Administración deberá conectar en cada caso

¹³⁶ Se exige que la descripción del comportamiento sancionado sea lo más detallado posible en aras de una máxima seguridad jurídica. No obstante, las SSTC de 2 de junio de 1992 y 89/1993, de 12 de marzo, reconocen la imposibilidad de ofrecer definiciones jurídicas determinadas, aceptando la indeterminación cuando ofrezca un umbral de seguridad jurídica necesario (Nieto, 2002; 296).



bajo cierto poder de discrecionalidad y con la limitación del mandato de la proporcionalidad. Vuelve a insistir Nieto que es un reflejo de una necesaria tipicidad indirecta (Nieto, 2002; 310-312).

6.2.3. Reserva de ley

La primera objeción que el profesor Nieto realiza sobre esta figura jurídica es la imprecisión con la que el artículo 25 la regula, cuyo texto sujeta la reserva a la “legislación vigente”, trayendo consigo flexibilidad a la vez que ambigüedad¹³⁷ (Nieto, 2002; 253).

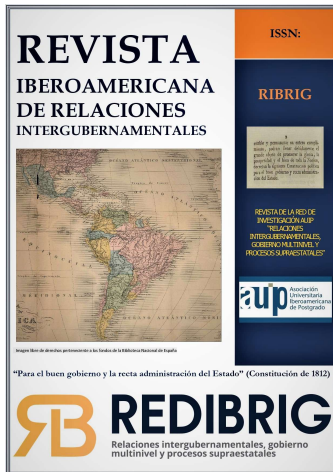
Hecha esta salvedad, es preciso ahora comentar el contenido y el alcance de este mandato en la potestad administrativa-sancionadora. La reserva de ley exige la regulación del contenido sancionador por medio de una norma con rango de ley. La peculiaridad en este caso radica en que, según el Tribunal Constitucional, la ley deberá ser Orgánica¹³⁸, en vista de que la norma administrativa afecta a derechos fundamentales, pero no los desarrolla. Por ende, la reserva de Ley Orgánica del Derecho Penal no encuentra aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador (Nieto, 2002; 254).

Sigue puntualizando Nieto, en las mismas líneas que la STC 89/1983, de 2 de noviembre, y García de Enterría, que la interpretación del juez y el auxilio reglamentario¹³⁹ pueden actuar como suplemento de esta reserva de

¹³⁷ Alejandro Nieto se posiciona a favor de la enmienda del Senador Lorenzo Martín-Retortillo, a través de la cual propuso la utilización del término “ley” para una mayor precisión (Nieto, 2002; 207, 253).

¹³⁸ El Tribunal Constitucional reconoce en su sentencia 60/1986, de 20 de mayo, la posibilidad de extrapolar la reserva de ley al Decreto-Ley. Esto sería, para Nieto, la consecuencia de la amplitud arriba mencionada que ofrece el texto del artículo 25 (Nieto, 2002; 254-255).

¹³⁹ Véase la STC 42/1987, de 7 de abril (Nieto, 2002; 262).



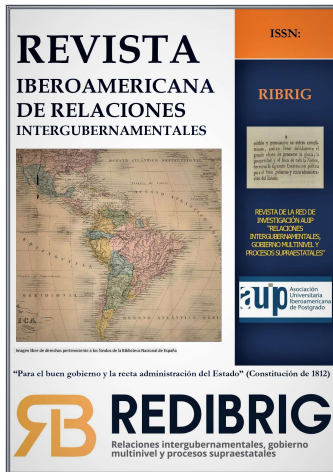
Ley Ordinaria, sin ello tener que implicar una deformación de la misma (Nieto, 2002; 257-258).

Una de las aportaciones más importantes del autor a las teorías del mandato de la reserva legal viene de la mano de la remisión reglamentaria y hace referencia al cambio de sus requisitos por la simple “cobertura legal”. Es decir, la intervención de un reglamento en materia de infracciones administrativas debe contar, primero, con una habilitación para ello y, en segundo lugar, con una remisión a los requisitos para su aplicación. Y, sin embargo, la tendencia jurisprudencial se inclina más por hablar descanso jurídico en cualquier norma del Ordenamiento, haya sido o no objeto de remisión expresa o implícita. Prueba de ello son las SSTC de 6 de febrero de 1985, de 20 de enero de 1987 o de 21 de septiembre de 1987, con cuyo análisis Nieto demuestra que no es impedimento para los Tribunales el que no haya una petición de colaboración reglamentaria para, aun así, fundamentar una resolución. Las conclusiones para el autor son claras, esta práctica supone una vulneración de la reserva legal por cuanto sus requisitos no son respetados¹⁴⁰ y, dada su vinculación constitucional, no cabría prescindir de esta figura jurídica en el Derecho Administrativo Sancionador bajo ninguna circunstancia (Nieto, 2002; 282-286).

6.2.4. Encuadre constitucional del “non bis in idem”

De manera resumida podría definirse esta expresión como la imposibilidad de imponer un doble castigo o sanción a un mismo hecho. De esta forma, la jurisdicción

¹⁴⁰ Se estaría aludiendo entonces al principio genérico de juridicidad propio del Derecho Administrativo; no obstante, no podría ser extrapolado al Derecho Administrativo Sancionador por sus particularidades ya estudiadas (Nieto, 2002; 286).



administrativa quedaría subordinada al primer pronunciamiento de los tribunales penales acerca de los hechos; únicamente cuando estos últimos hayan acordado un sobreseimiento de la causa, la Administración puede entrar a valorar si pudiera ser objeto de sanción o no (Nieto, 2002; 416).

A pesar de la convicción doctrinal acerca de su definición, la incertidumbre principal se encuentra en la determinación de su consagración en la Constitución de 1978. Separándose de lo que ha establecido el Tribunal Constitucional en sentencias como la 77/1983, de 3 de octubre¹⁴¹, para Nieto, este principio no queda recogido en ninguna norma del Derecho Positivo español¹⁴², ni siquiera de manera implícita, y mucho menos goza de amparo constitucional. Admitir eso implicaría una interpretación imprudente, a extramuros de la verdadera intención de la Constitución (Nieto, 2002; 409-410, 418).

56

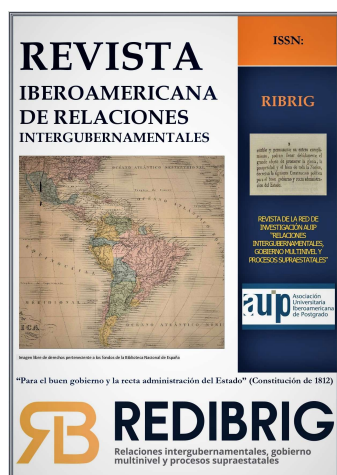
7. CONCLUSIONES

Del análisis de las principales aportaciones del gran jurista Alejandro Nieto al Derecho Constitucional, y al Derecho en su sentido más amplio, que se han estudiado a lo largo de este TFG pueden inferirse algunas conclusiones que se expondrán a continuación.

En primer lugar, ha quedado evidenciada la existencia de un Derecho parcialmente desconocido e incapaz de ser descubierto por muchos juristas actuales. El Derecho

¹⁴¹ En esta sentencia, el Tribunal Constitucional reconoce la inclusión de este principio en el artículo 25.1 de la Constitución Española por apreciar que de su texto se deduce una subordinación administrativa a los tribunales de la jurisdicción penal, prerrogativa propia del *non bis in idem* (Nieto, 2002; 419).

¹⁴² Aclara el autor que aun entendiéndose recogida en una norma, esta no perdería su carácter principalista; principio y norma son términos susceptibles de coexistir (Nieto, 2002; 410).

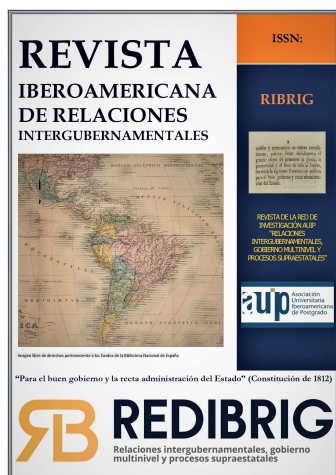


es un ente heterogéneo, flexible y abstracto que se encuentra condicionado por valores sociales extrajurídicos¹⁴³ y que se ve adversamente comprendido, interpretado y aplicado por unos operadores jurídicos cuyas fórmulas, al menos en el caso español, quedan obsoletas en el mundo contemporáneo. El positivismo jurídico llevado a las últimas consecuencias, defensor incondicional de la literalidad del texto legal, ya no responde a las nuevas necesidades y, además, entorpece su satisfacción (Nieto 1989: 16). El Derecho es algo más que la redacción de textos y prueba de ello es la figura del Derecho Practicado, que, aunque riesgoso de caer en el subjetivismo, adapta el Derecho Normado a la realidad según las necesidades de cada caso concreto (Nieto, 2017: 243-246). Ni los juristas ni las Universidades parecen estar interesados en este continuo y veloz reajuste jurídico, anclando el Derecho a una Razón Jurídica que no corresponde con los tiempos que corren (Nieto, 2007: 232-233). Esta prudente y más completa perspectiva metodológica que nos ha legado Alejandro Nieto también es aplicable a muchos de los contenidos del Derecho Constitucional.

57

En segundo lugar y con respecto a la norma constitucional, puede deducirse de toda la exposición de Alejandro Nieto una desmitificación de la Constitución de 1978. La prerrogativa de la Constitución como norma suprema del ordenamiento no debe entenderse desde el punto de vista de su sacralización, más al contrario, la supremacía debe asumirse por su alcance y capacidad para crear garantías y principios fundamentales, que desempeñan una función orientadora para normativas posteriores. Por consiguiente, la supremacía tampoco implica una aplicación directa de sus preceptos, sino que el contenido constitucional, caracterizado por su heterogeneidad, simplicidad e incompletud, necesita ser desarrollado en

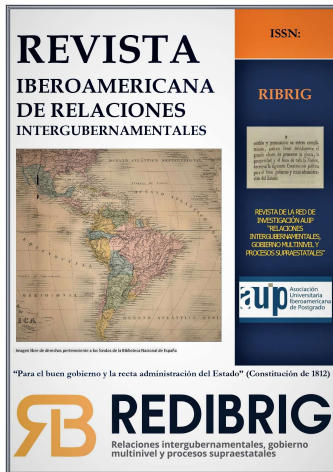
¹⁴³ Nieto, A. *Crítica de la Razón Jurídica*, op. cit., p. 67.



otros recursos legales. Estas ideas vienen acompañadas de la influencia de un componente político, que moldearán el significado de la constitución en un sentido u otro dependiendo de la tendencia del momento y sin la cual la Constitución perdería su operatividad (Nieto, 1983).

Pese a la tendencia negacionista de estos pensamientos por parte de la mayoría de las doctrinas, Alejandro Nieto afirma que ninguna de estas objeciones corrompe la superioridad ni la normatividad de la Carta Magna; son vicisitudes propias de una norma tan peculiar como lo es la Constitución (Nieto, 1983).

En tercer y último lugar, en la enseñanza y aprendizaje de nuestra Constitución cabe aprovechar muchas de las aportaciones de Alejandro Nieto, desde su concepción del desgobierno como concepto contrapuesto al gobierno como contenido de la parte orgánica de la Constitución (“organización del desgobierno”, “desgobierno de lo público”, “desgobierno judicial”...) hasta su entendimiento de la historia constitucional española (tan útil para interpretar los antecedentes, regulación y crisis de la Constitución de 1837, incluido el más primigenio sistema español de partidos políticos con la figura referencial de Mendizábal); pasando por las relaciones directas entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Constitucional por ser la Constitución al norma que legitima de manera indirecta a la Administración pública para sancionar en materia de infracciones administrativas. En efecto, el análisis del artículo 25 de la Constitución Española. El análisis de este precepto por parte de Alejandro Nieto nos permite identificar las bases constitucionales de la potestad administrativa sancionadora: la legalidad, la tipicidad y la reserva de ley. A pesar de su derivación de los principios del Derecho Penal y de su aparente equivalencia, en realidad, las particularidades de la sanción administrativa hacen que aquellos principios y normas



deban ser levemente adaptados. La legalidad, por un lado, se aplicará únicamente a los preceptos constitucionales y podrá ser manipulada en casos de potestad sancionadora de carácter especial. La tipicidad se manifestará en un catálogo de sanciones y, por último, la reserva de ley, que está siendo sustituida, a la vez que vulnerada, por el uso de la cobertura legal por parte de los expertos (Nieto, 2002).

En síntesis, Alejandro Nieto destapa la realidad que, en ocasiones, las Universidades, los Tribunales y el propio Legislador esconden acerca del verdadero significado del Derecho y del funcionamiento constitucional en el Estado de Derecho sobre el que se constituye España, sin más ánimo que el de proporcionar, mimetizando tendencias europeas, un análisis crítico que sirva de auxilio y de fuente de alimentación para la prosperidad jurídica y constitucional. En este sentido, para la formación del jurista, el conocimiento de la obra de Alejandro Nieto resulta necesaria por razones dogmáticas, metodológicas y prácticas.