

## NOTICIAS DE LIBROS (\*)

AZPITARTE, Miguel: *Cambiar el pasado*, Tecnos, Madrid, 2008, 176 págs.

De formación germánica, Miguel AZPITARTE —discípulo de F. BALAGUER— es Profesor Titular de Derecho constitucional en la Universidad de Granada, si bien por estas fechas se halla inmerso en labores más cercanas a la práctica de la producción normativa.

En su obra *Cambiar el pasado*, AZPITARTE propone una reconstrucción del régimen jurídico de la retroactividad no penal en el Derecho español, a partir de dos líneas maestras: de un lado, el trazado de sus límites —cuestión apenas tratada hasta el momento por la doctrina española, salvo en lo que a la retroactividad sancionadora se refiere—; y de otra parte, el desplazamiento de su estudio desde el ámbito de la aplicación y eficacia de las normas hasta el de su producción y validez.

Se echaba en falta a estas alturas de la evolución de nuestro sistema constitucional un análisis en profundidad acerca de la retroactividad y sus límites, entendidos como fenómeno general (esto es, trascendiendo el estricto ámbito penal, y por extensión el sancionador administrativo, en el que se habían centrado hasta ahora, con contadas excepciones, los esfuerzos de la doctrina española). Lagunas que vienen a ser cubiertas en parte con la obra que aquí se recensiona.

Para ello, procede el autor a dividir su estudio en dos etapas bien diferenciadas. En la primera de ellas realiza una descripción del problema a tratar, analizando el marco jurídico actual y las dificultades que plantea, así como aludiendo a los principales modelos de Derecho comparado en un intento de ampliar los márgenes y posibilidades del ámbito estudiado. En la segunda parte de su trabajo, AZPITARTE construye una propuesta de sistematización del régimen jurídico de la retroactividad y sus límites, a través de una orientación metodológica distinta a la tradicional, y tomando como contexto necesario la Constitución y el modelo de Estado que ésta diseña.

---

(\*) La Sección cuenta con las colaboraciones permanentes de Francisco Javier Matia Portilla (coordinador), Ignacio Torres Muro, Ignacio Álvarez Rodríguez, Antonio Arroyo Gil, Ignacio García Vitoria, Alfonso Herrera García, Fran Ruiz-Risueño Montoya y Fernando Simón Yarza.

Es destacable el manejo y análisis en la obra de patrones del Derecho comparado —concretamente, del estadounidense y del alemán—, cuyos modelos jurisprudenciales ofrecen elementos para avanzar en la formulación de límites a la retroactividad como materia propia de la teoría constitucional. En este sentido, cabe añadir a su discurso que la variedad de posibilidades de eficacia de las normas en el tiempo ha empujado a doctrina y jurisprudencia en ciertos países —destacadamente Alemania, dada su influencia histórica sobre nuestro sistema— a abandonar el binomio retroactividad-irretroactividad por estimarlo excesivamente simplificador, introduciendo innovaciones conceptuales a todas luces interesantes, pero que deben ser tomadas con cautela a la hora de su eventual incorporación al Derecho español.

En el otro extremo, se echa en falta una alusión al Derecho comunitario, lo cual no deja de resultar paradójico dado su carácter de pieza fundamental de nuestro sistema jurídico, pero sobre todo cuando se conoce la formación europea de AZPITARTE—. Al respecto, el ordenamiento comunitario parte del principio general de aplicación *pro futuro* de las normas, esto es, sin que quepa en principio la retroactividad; así ha venido manifestándolo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) desde 1985 —Sentencia de 29 de enero, asunto *Gesamthochschule Duisburg*—, aunque ha admitido también una excepción a la regla: las disposiciones generales pueden desplegar efectos retroactivamente «en razón de una indicación suficientemente clara, bien en sus términos, bien en sus objetivos, que permita concluir que ese reglamento dispone en forma que no sea sólo para el futuro».

Las aportaciones de AZPITARTE comienzan por el intento de ofrecer un concepto de retroactividad y de clarificar cuál sea la ubicación dogmática apropiada para su análisis en términos jurídicos. En este sentido, la *retroactividad* sería una suerte de regulación *pro praeterito*, como fenómeno por el que una norma incide sobre situaciones y relaciones jurídicas surgidas antes de su entrada en vigor. Y por oposición a ella, la *irretroactividad* supondría la mera aplicación *pro futuro* de aquéllas.

Pero para entender adecuadamente el fenómeno de la retroactividad, hay además que encuadrarlo en su ámbito, que es el del *Derecho intertemporal*, como ya en 1990 entendió el Profesor DíEZ-PICAZO en su monografía *La derogación de las Leyes* (Civitas, Madrid, 1990). Es en la cuestión de las diversas modulaciones temporales entre vigencia y eficacia de las normas donde radica, en concreto, el significado que la retroactividad cobra dentro del régimen de la sucesión temporal de normas. Y es al legislador —y sólo al legislador— a quien corresponde la configuración e innovación del ordenamiento, en ejercicio de su libertad de configuración política y sin más límites que los derivados de la Constitución. De lo cual concluye AZPITARTE —y esta es su aportación más destacada— que el examen de los límites de la retroactividad en nuestro Derecho es una cuestión de índole manifiestamente *constitucional*. Se propugna por ello un cambio metodológico para afrontar exitosamente el análisis de los límites a la retroactividad de la norma: el paso desde la óptica legalista —propia del ya superado modelo liberal clásico— a un análisis desde la perspectiva de la Constitución como norma suprema del ordenamiento y como espacio sistemático e interpretativo.

En el contexto de la democracia, la retroactividad de las normas adopta un sentido dinámico que implica la aceptación de la cláusula *rebus sic stantibus* como criterio

básico de política legislativa. Y ello porque frente a la experiencia del Estado liberal de Derecho —donde la irretroactividad general favoreció la tendencia hacia el inmovilismo jurídico—, el Estado social y democrático de Derecho es incompatible con la petrificación del ordenamiento jurídico; y así lo tiene declarado el Tribunal Constitucional (por todas, Sentencia 197/1992, de 18 de noviembre, F.J. 4), señalando que el principio de irretroactividad del artículo 9.3 CE debe interpretarse restrictivamente, posibilitando con ello al legislador dotar de eficacia retroactiva a la Ley en todos los supuestos no prohibidos por el precepto transcrito; y advirtiendo además que no debe confundirse la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales con la doctrina de los derechos adquiridos.

Al hilo de lo anterior, el libro reseñado alude a las teorías del derecho adquirido y del hecho cumplido, ambas propias de la doctrina clásica sobre la retroactividad de las normas y superadas hoy. Asimismo se descarta como posible límite a la retroactividad de las normas la denominada doctrina de la confianza legítima, que daría entrada al principio de seguridad jurídica como barrera a la regulación de hechos pasados por normas posteriores a ellos. Pese a haber sido aplicado por el TC hasta fechas recientes —destacadamente, en materia tributaria—, este criterio es puesto en tela de juicio por AZPITARTE, por considerar que tal modelo conduce a entregar al Tribunal Constitucional la valoración ponderativa y decisión final, convirtiendo así a este órgano en intérprete supremo del interés general y centro del sistema político. Teniendo en cuenta la amplitud de margen de que dispone, en este supuesto, el TC —pues es él quien en última instancia decide dar preferencia a la mayoría presente o a la pasada; valga decir, a la regulación emanada del legislador (representante de la mayoría) actual o previo—, creo que no sería desacertado señalar, como subyacente a tales críticas, el temor a un sistema fáctico de decisionismo judicial en detrimento de las Cámaras legislativas, que son las instancias constitucionalmente concebidas como eje de la configuración política.

Asimismo —y aunque el autor lo rebate, apoyándose en doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán—, pienso que la irretroactividad sí es en cierta medida un componente de la seguridad jurídica, como nuestro propio TC ha afirmado al decir que «tal seguridad no puede existir sin un mínimo de estabilidad normativa» (por todas, Sentencia 99/1987, de 11 de junio). Pero aun así se llega al mismo resultado, pues ello no implica por sí solo que, en su vertiente de protección a la confianza legítima, la seguridad jurídica deba operar como límite a la retroactividad de las normas: a las debilidades técnicas que presenta la doctrina de la confianza legítima —que el autor desgrana prolijamente—, creo posible añadir el siguiente argumento complementario. Dado que en nuestro sistema jurídico existe una previsión constitucional expresa respecto de los límites de la retroactividad —9.3 CE—, parece que intentar vincular la retroactividad a las exigencias de la seguridad jurídica produciría una ampliación de los supuestos de irretroactividad, chocando con el criterio democrático del *favor legislatoris* (criterio conforme al cual, según DÍEZ-PICAZO (*op. cit.*, pág. 191), el legislador «tiene plena disponibilidad para resolver el conflicto de leyes en el tiempo como estime pertinente en cada supuesto, siempre que no vulnere la prohibición relativa de retroactividad del art. 9.3»).

Conectando con el principio general favorable a la libertad de configuración normativa del legislador dentro del marco constitucional, AZPITARTE nos recuerda la fun-

damental diferencia entre las categorías dogmáticas de soberanía y potestad, fundamentando en ello la imposibilidad de aceptar una eficacia retroactiva absoluta de la Ley. El producto legislativo no es un fruto directo del soberano, sino el resultado del ejercicio de una potestad —la legislativa— conferida por la soberanía expresada en el texto constitucional, y como tal susceptible de control jurisdiccional. De ahí que sea inviable construir el elemento temporal de la Ley sobre la única nota de su voluntariedad, pues se estaría distorsionando el entero equilibrio constitucional al reconocer al poder constituido —el legislador— facultades sólo propias del poder constituyente.

Por todo ello el autor propugna la necesaria reconsideración de la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a los límites de la retroactividad en el ordenamiento español, más coherente con el sistema democrático que la Constitución diseña. Y en esa línea, el instrumento adecuado para trazar los límites a la retroactividad sería la protección de los derechos fundamentales de los artículos 14 a 29, que según AZPITARTE son los aludidos por la expresión «restricción de derechos individuales» del artículo 9.3 CE como únicas fuentes potenciales de limitación al legislador. Nótese que, en una primera aproximación literal, la locución «derecho individual» vendría a ser sinónimo de «derecho subjetivo». Sin embargo, tal interpretación debe entenderse incompatible con el principio democrático, pues conllevaría en la práctica a vedar la retroactividad a la inmensa mayoría de las regulaciones emanadas por el legislativo, coartando el carácter dinámico que se presupone a todo ordenamiento basado en el pluralismo político. Precisamente por ello, el principio de irretroactividad del artículo 9.3 de la Constitución debe entenderse referido únicamente a las normas constitucionales protectoras de derechos fundamentales: por tratarse de una limitación a la libertad de configuración del legislador democrático, debe defenderse una interpretación restrictiva del precepto. Y en consecuencia, se ha de negar también la posibilidad —como antes veíamos respecto de la seguridad jurídica— de deducir otros límites constitucionales implícitos o tácitos a la retroactividad de las normas.

Al hilo de lo anterior cabría plantearse —y esta es una cuestión que la obra no acaba de despejar— si la prohibición de retroactividad es un complemento de la garantía del respeto al contenido esencial de los derechos que proclama el artículo 53.1 CE. Esta conexión coadyuvaría a reforzar la tesis, diseñada por AZPITARTE, de trazar los límites de la retroactividad sobre la distinción entre contenido constitucional «esencial» de un derecho fundamental —indisponible para la Ley— y contenido «accesorio» de un derecho fundamental, disponible para la configuración legislativa.

Resultado de todo lo anterior es que la regla de irretroactividad no sería general para toda norma afectante a los derechos constitucionalmente consagrados en los artículos 14 a 29. Según el modelo construido por el autor, sólo lo sería para aquellas disposiciones que, afectando al contenido *no esencial* del derecho fundamental —esto es, el disponible por el legislador—, lo hicieran de tal forma que *restringiesen* el ejercicio del derecho afectado hasta el punto de provocar *situaciones de dominio* o *exclusiones irreversibles*.

La fórmula, impregnada de una indudable tendencia a la protección de las minorías (resultantes de la dinámica electoral) en el sistema democrático, vendría a significar que a la hora de determinar si una norma retroactiva debe reputarse inconstitucional por vulnerar el artículo 9.3, el examen del Tribunal Constitucional debería ceñirse a distinguir

si la nueva regulación interviene sobre un derecho fundamental creando un resultado de dominio o de exclusión.

No puede dejar de observarse la complejidad y consistencia de la fórmula propuesta. De carácter notablemente restrictivo, la tesis es sin duda coherente con las necesidades jurídico-políticas de una democracia, como la nuestra, fundamentada en los pilares del pluralismo y la alternancia política. No obstante, y en atención a las razones también expuestas, debe evitarse el sofismo de construir unos límites a la retroactividad tan vagos y etéreos que redunden en la nada. En este sentido, no resultan fácilmente caracterizables nociones como las propuestas (dominio, exclusión), intrínsecamente ambiguas o, si se admite la expresión, *indeterminadas*. Me parece por ello necesaria una ulterior profundización en su significado. El interés y valor de la solución propuesta requerirían, para su justa apreciación, de un mayor desarrollo del alcance, posibilidades y problemas propios de los parámetros señalados, esto es, las dos principales garantías de la pluralidad: el principio de no exclusión y el de prohibición de posiciones de dominio. —*Dolores Utrilla Fernández-Bermejo*.

MARTÍNEZ ELIPE, León: *Parlamento y dirección política. Impulso y colaboración parlamentaria*, Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, 2007, 228 págs.

El tratado de Derecho parlamentario de León Martínez Elipe sigue creciendo hacia su presunto objetivo de una gran *summa* de esta disciplina: se trata del tercer volumen que aparece, pero que en realidad es el cuarto, debido a la existencia de una introducción de tamaño y alcance equiparable a los oficialmente numerados.

Su autor nos demuestra una vez más su vocación por el Derecho en general y, en particular, por el parlamentario. Como el mismo destaca, ha aprovechado su retirada profesional para dar a luz esta obra, en la que muestra toda su experiencia y conocimiento sobre la institución democrática por excelencia. Todo un ejemplo, pues, de pundonor profesional y de amor por este sector del Derecho.

El volumen que comentamos se dedica a una de las funciones que el Parlamento contemporáneo ha desplegado junto a las tres clásicas de legislación, aprobación de presupuestos del Estado y control de la acción del Gobierno: el impulso o dirección política. Esta función, a pesar de su importancia, ha tenido un reconocimiento formal tardío y de ahí el interés de las obras que, como la presente, la estudian y explican.

La obra en cuestión se divide en cuatro partes básicas relativas a: i) consideraciones históricas de la dirección política; ii) dirección política en el constitucionalismo español; iii) dirección política en las Comunidades Autónomas, y iv) dirección política en el constitucionalismo europeo.

Una de las cuestiones que plantea esta función es la de su delimitación frente a la tríada de legislación, financiera y control. En este punto, y como destaca el autor, debe huirse de una metodología política o sociológica, pues en ese caso la delimitación deviene muy difícil, por no decir imposible. Desde un prisma puramente político, todo lo que hace el Parlamento —legislación, aprobación de presupuesto de ingresos y gastos, con-