

## Introducción

### **La división de poderes, sus equilibrios y sus quiebras**

---

La tradición jurídica de los países de Europa occidental, así como la noción de Estado de Derecho que en gran parte la vertebraba, integra desde 1789 como elementos imprescindibles los señalados por el artículo 16 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, según el cual «*toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes determinada no tiene Constitución*». Más allá de polémicas en torno a la génesis de las bases modernas de lo que con el tiempo se convertirán en los regímenes constitucionales europeos<sup>1</sup>, pocas dudas pueden albergarse sobre el carácter fundamental que en ellos posee el prin-

---

<sup>1</sup> *Vide* Jean RIVERO, *Les libertés publiques*, Volumen I, 7.<sup>a</sup> ed., Presses Universitaires de France, París, 1995, p. 50, donde se expone la tesis de Jellinek, que niega a la Declaración francesa toda originalidad al considerarla una mera reproducción del modelo americano (que, por lo demás, no constituiría, a su vez, sino una manifestación colateral del genio germánico, ya que su inspiración de índole religiosa permitiría considerarla una mera consecuencia de las ideas luteranas). En sentido contrario Boutmy reivindica la pureza de la Declaración francesa, negando cualquier influencia americana y, por ende, alemana. *Vide*, igualmente, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, pp. 66-68. Los textos de Jellinek y Boutmy, entre otros, pueden encontrarse en la edición realizada por Jesús GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, *Orígenes de la Declaración de Derechos de Hombre y del Ciudadano*, Editora Nacional, Madrid, 1984.

Aunque no pueden negarse influencias comunes en ambas formulaciones, tampoco deben desconocerse las importantes diferencias existentes entre las revoluciones estadounidense y francesa. Éstas son, además, de una magnitud suficiente como para sostener que ha de entenderse cada una de ellas como el origen de un sistema propio, de un modelo auténtico «desde el punto de vista de la teoría de la Constitución», según la expresión de Roberto L. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, primera edición en «Ensayo», Madrid, 1998, p. 37. *Vide*, también, la bibliografía citada *apud*, pp. 36-37.

cipio de separación de poderes. La noción misma de división del poder público, la profunda convicción en su conveniencia y la estructura de relaciones entre los nuevos poderes del Estado surgidos en tanto que tales con ella constituyen una de las piedras angulares de la construcción jurídica que da lugar al Estado moderno. Como ha señalado García de Enterría, junto a este factor, el segundo elemento básico para la producción de la incuestionable transformación de los sistemas jurídicos europeos que habría de conducirlos a la modernidad está constituido por el reconocimiento, por vez primera, del papel de la ley como instrumento de ordenación jurídica sistemática y de regulación del propio poder político<sup>2</sup>.

Al margen de las diferencias que respecto del modelo americano presenta el europeo en algunas cuestiones relativas a la manera de entender los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos, los límites que de ellos se derivan en la actuación de los poderes públicos y la propia forma de organizar sus relaciones y equilibrios, el orden jurídico surgido con la Revolución francesa presenta la particularidad de situar, por primera vez en la historia, a un cierto tipo de norma, la ley, en situación de clara preeminencia. La mística de la ley, «originada en la libertad y destinada a su servicio exclusivo, instrumento imprescindible para el gobierno humano», es el elemento estructural que ha singularizado a los sistemas jurídicos europeos y explica las enormes diferencias conceptuales y de fondo que los separan de los surgidos a partir de la experiencia americana<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La democracia y el lugar de la ley», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 36-38.

<sup>3</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La democracia...», *cit.*, p. 31. La diferencia es, a juicio de García de Enterría, «de bulto», como señala en *La lengua de los derechos...*, *cit.*, p. 71, y significa la soldadura entre «derecho subjetivo y Ley, precisamente. Ésta es, justamente, la gran novedad de la Declaración francesa respecto de las Declaraciones americanas, la que destruye en un punto central, aunque sea supuestamente técnico, la vieja tesis de Jellinek sobre la absoluta predeterminación de aquélla por éstas. (...) Es, por cierto, algo más que una idea, es una técnica política y jurídica precisa, cuya efectividad veremos que será de primera importancia» (pp. 79-80).

## **I. La especial posición de la ley en nuestro sistema jurídico**

### **1. La producción legislativa en el marco de la división de poderes**

La peculiar posición que alcanza la ley en el Derecho público europeo a partir de 1789 está, en cierta medida, en contradicción con alguna de las razones que subyacen en la asunción de la conveniencia de limitar o separar el poder. Una vez lograda la concentración del poder político, superando la necesaria composición de voluntades imprescindible en las sociedades carentes de autoridades dotadas de fuerza suficiente, la consagración, tanto en América como en Europa, de la división de poderes como fundamento del orden jurídico que ha de regir la convivencia supone un avance político mayor. La división del poder queda a partir de este momento establecida no por necesidad, sino como principio rector, ya que se cree mejor para el funcionamiento de la vida social, contrastados los perjuicios producidos por su concentración excesiva. No obstante, en paralelo a este cambio, la consagración de la ley como manifestación preeminente directamente derivada de las exigencias democráticas va en dirección opuesta. Mientras que los mecanismos técnicos de creación y aplicación del Derecho se configuran de forma repartida buscando un equilibrio entre ciertos poderes, uno de ellos, el legislativo, queda políticamente fortalecido. Y su producción jurídica, a través de leyes, adquiere un carácter básico y especial.

La posición central que la ley va a ocupar en los sistemas jurídicos modernos tiene un inmediato reflejo en las relaciones del poder legislativo con los poderes ejecutivo y judicial. La influencia de la actuación de cada uno de ellos en los otros es inevitable, y se produce tanto en los modelos fundados con base en una estricta separación (como se entendió durante largo tiempo en Europa el diseño que realiza Montesquieu en *El Espíritu de las Leyes*<sup>4</sup>) como

---

<sup>4</sup> Charles-Louis de Secondat, barón de la Brède y de MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*. Todas las citas son de la edición crítica del texto de Gallimard de 1995 publicada en Folio-Essais, 2 volúmenes, París, 1995.

en aquellos en los que la clave de bóveda del sistema no es tanto ésta como el equilibrio articulado a partir de un reparto funcional que consiente inmisiones de unos poderes en los dominios de otros para mejor garantizar el recíproco freno de todos ellos (en la línea en que la obra de Montesquieu fue entendida en Estados Unidos y, posteriormente, ha sido integrada en la tradición europea). Pero de cuál sea la posición de la ley en el sistema y, con ella, la del propio poder legislativo dependerán en gran medida los términos en que se desarrollarán estas relaciones.

En Europa, por ello, suelen quedar vencidas a favor, en última instancia, del poder legislativo, que acaba atrayendo para sí las decisiones definitivas o la capacidad de influencia última en la actuación del resto de poderes. Se trata de una lógica consecuencia del mayor peso político que se confiere a su producción normativa. La ley es concebida en Europa continental, a partir de la articulación que realiza Rousseau en *El contrato social*<sup>5</sup>, como manifestación de la voluntad general, lo que la liga de forma inescindible a la propia noción de democracia. Este vínculo le dota de una enorme fuerza, que desequilibra las relaciones entre los poderes en su favor, a diferencia de lo que ocurre en el modelo anglosajón, donde tal conexión, al ser algo menos unívoca, cubre con un manto democrático también al resto de poderes, configurando un equilibrio entre todos ellos más igualitario.

Especialmente fuerte es la subordinación que a partir de este momento se establece entre el poder judicial, llamado a aplicar las leyes, y el poder legislativo, que como creador de las mismas predetermina, al menos en teoría, toda la actividad judicial. De nuevo en palabras de García de Enterría, «la legalización del poder incluye, en primer término, a la justicia, en la que destierra definitivamente su atribución estamental a ciertas castas y también su paternalismo anómico, fundado en la superioridad política o moral del juez o del Rey en nombre del cual actúa, así como su apoyo en antiguas e inextricables reglas, en máximas de equidad tradicionales o, en último extremo, en el buen arbitrio del juez. A partir de ahora *la justicia será precisamente la aplicación de la Ley y nada más*, a cuyo

---

<sup>5</sup> Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*. Todas las citas son de la edición crítica del texto de Gallimard de 1964 publicada en Folio-Essais, París, 1993.

efecto (novedad absoluta en la historia) se hace obligatoria la motivación de la Sentencia, de modo que aparezca su función de particularización al caso concreto de la Ley aplicable»<sup>6</sup>. La transformación del papel del juez operada por este esquema es notable. Y, de resultas de este reparto, el legislador no actuará de forma abusiva si trata de predeterminar la actuación del juez y la solución que éste deba dar a los asuntos que conozca. Antes al contrario, la labor encomendada a la ley es justamente convertirse en un instrumento que despliegue este tipo de efectos.

Un sistema como el descrito ni existe en la actualidad ni en realidad ha existido nunca. Como es sabido, embridar hasta ese punto a cualquier aplicador último de la ley, en este caso al juez, no es en la práctica posible. Sin embargo, los fundamentos del modelo expuesto permanecen inalterables desde entonces, y en ellos se basa la estructura de acuerdo con la cual en todos los Estados europeos, y, por supuesto, en España, se articula la aplicación de los mandatos jurídicos. La vinculación del juez a la ley y al Derecho le sitúa en un lugar de subordinación teórica respecto del poder legislativo, que es el punto de partida para que, al amparo de su investidura democrática, se produzcan interferencias de forma más o menos directa, en ocasiones, en la labor del juez. Porque si bien esta pretensión es en condiciones normales expresión de la tarea que legítimamente corresponde al legislador, en otras, cuando los mecanismos empleados para ello excedan de lo jurídicamente ortodoxo, nos encontraremos ante una actuación ilegítima.

## 2. Democracia, ley y regla de la mayoría

La determinación de los concretos límites en el seno de los cuales la ley puede operar ha de realizarse sin perder de vista su especial carácter. La ley, como producto derivado de la actividad del poder legislativo, además de constituir un instrumento técnico-jurídico de naturaleza normativa, es también, de resultas de la configuración institucional del mismo y su carácter representativo, respuesta a las exigencias democráticas inherentes a cualquier Esta-

---

<sup>6</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La democracia...», *cit.*, p. 38. La cursiva es nuestra.

do de Derecho. La existencia de un poder de autoorganización que resida en los propios ciudadanos, consustancial a la propia idea de democracia, permite que sean precisamente éstos los que, articulados del modo que se considere más apropiado, establezcan las «reglas del juego». En la medida en que sea reflejo de esta pretensión, la propia esencia de un régimen democrático no puede menos que conceder la última palabra al legislativo, al menos en lo que respecta a la organización, en sus aspectos más básicos, de la vida social y de los poderes restantes. En definitiva, por mucho que el poder se separe y divida, por mucho que se establezca un sistema de equilibrio funcional, no puede dejar de reconocerse, en una democracia, una posición singular al poder legislativo en la medida en que es en su seno donde se adoptan, aplicando la regla de la mayoría, las decisiones jurídicamente imputables a la comunidad en su conjunto.

No obstante, conviene relativizar esta conexión entre ley, democracia y regla de la mayoría, que no es ni tan mecánica ni tan exclusiva como pudiera parecer. Aunque es complicado, como recuerda Rubio Llorente, sostener que esta última sea una simple regla procedimental carente de todo contenido político y que en consecuencia pueda ser aplicada en cualquier estructura de poder<sup>7</sup>, tampoco puede negarse que históricamente casi cualquier régimen político se ha reclamado como empleador del principio mayoritario por mucho que en una gran cantidad de casos no nos encontráramos, precisamente, ante democracias<sup>8</sup>. De otra parte, la propia regla de mayoría se ha entendido de formas distintas a lo largo de la Historia<sup>9</sup>. No será hasta bien entrada la Edad Media cuando empieza

---

<sup>7</sup> FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «Minorías y mayorías en el poder constituyente», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 3, Murcia. Cita por la versión que figura en su libro recopilatorio *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 100. Creemos que es absolutamente evidente, como señala Rubio Llorente, que la regla de la mayoría no es axiológicamente neutral, por mucho que además de configurarse como principio de legitimación de la decisión adoptada y del poder que la toma pueda también ser contemplada como simple regla de procedimiento.

<sup>8</sup> *Vide*, al respecto, Claude LECLERQ, *Le principe de la majorité*, Librairie Armand Colin, París, 1971, pp. 8-22.

<sup>9</sup> Los motivos que determinaban su aplicación no eran tanto su capacidad legitimadora, que, sin ser desconocida, era tenida por cuestión menor en com-

a vincularse la decisión mayoritaria con aquella que jurídicamente determina la posición de una comunidad<sup>10</sup>.

Por ello, aun reconociendo la importancia legitimadora que posee la ley como consecuencia de ser producto de la decisión mayoritaria, no conviene perder de vista que las exigencias democráticas van más allá del respeto al principio mayoritario. Con ser cierto que no podemos hablar en puridad de democracia cuando éste es desatendido<sup>11</sup>, también lo es que se trata de una condición necesaria pero no suficiente para que podemos considerar cumplidas las exigencias de un sistema democrático. En efecto, es tradicional y ya un lugar común señalar la importancia de que en democracia la regla de la mayoría se combine con el Derecho y la existencia de unas determinadas condiciones de ejercicio que posibiliten su perfecta articulación. A esta conclusión han acabado llegando todos los Estados democráticos de Derecho evolucionados, conscientes de la necesidad de instrumentar pautas jurídicas que delimiten el campo de las decisiones susceptibles de ser legitimadas por la voluntad de la mayoría<sup>12</sup>. El principio mayoritario, en la medida en que por sí solo no es garantía de acierto ni puede asegurar su propio respeto futuro, requiere para la realización de sus obje-

---

paración con las ventajas meramente operativas que aportaba la decisión mayoritaria, que anuda a este carácter una aplicación, lógicamente, más sencilla. La decisión mayoritaria, en ausencia de unanimidad, no sólo ha sido tenida como la más operativa, sino también como la más justa por generar la menor vulneración posible de derechos singulares, de una parte, y por la asumida probabilidad, de otra, de mayor acierto en la decisión, de más sabio juicio, al ser más complicado que la mayoría yerre o esté corrompida.

<sup>10</sup> Como cuenta Ricardo L. CHUECA RODRÍGUEZ, *La regla y el principio de la mayoría*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, la doctrina canónica opera la «singular transformación del principio mayoritario: la mayoría verdadera, legal, es aquella que resulta *maior* pero también, por la mera probabilidad, *sanior pars*; la *pars numerosior* será *sanior* porque es *maior*» (p. 47). Se trata de una transformación que acabará por convertir lo que inicialmente no era sino uno de tantos posibles mecanismos de formulación de una decisión por un órgano corporativo (el principio mayoritario) en «una forma determinada de concebir las instituciones y, sobre todo, la institución estatal, cuyo nacimiento, existencia y posición se explican mediante aquellos procedimientos mayoritarios» (p. 54) y de «encontrar un fundamento a la capacidad estatal de emitir normas legítimas que, por tales, han de ser obedecidas» (p. 54).

<sup>11</sup> Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1925, pp. 322-323.

<sup>12</sup> R. L. CHUECA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 65.

tivos quedar encuadrado en un marco jurídico de respeto a otros elementos<sup>13</sup>. En concreto, la operatividad del mismo queda condicionada a la garantía de ciertos límites externos<sup>14</sup> constituidos por derechos como la autonomía individual, las libertades de expre-

<sup>13</sup> La necesidad de este tipo de límites es indudable porque, como señala Rubio Llorente, «todos los intentos de justificar el principio de la mayoría por el acierto de la decisión que con su aplicación se adopta están destinados al fracaso», no ya por los errores internos y paradojas que genera, sino porque en su misma esencia es incapaz de lograr nada semejante. En realidad, «la justificación eficaz, única e incontrovertible es la de que la decisión mayoritaria es, entre seres libres, la única que puede pretender a una validez universal dentro del grupo que la adopta (directa o indirectamente) cuando esta decisión se sitúa en el ámbito de la incertidumbre epistemológica, esto es, cuando tal decisión no puede alcanzarse a partir de un saber indubitado, pues en ausencia de éste, todas las opiniones o preferencias han de ser tomadas en consideración; todos los hombres, por ser libres, son iguales» (F. RUBIO LLORENTE, *Minorías y mayorías en el poder constituyente*, *cit.*, p. 103). En el fondo, ninguna reflexión teórica ha logrado articular de forma técnicamente redonda estas relaciones, por lo que el «principio de la soberanía del pueblo, que en mayor o menor grado se halla en el fondo de casi todas las instituciones humanas, yace (...) como sepultado. Se le obedece sin reconocerlo, y si en alguna ocasión se lo saca a la luz, apresuradamente se lo vuelve a sumir en las tinieblas del santuario» (ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Volumen I, Alianza Editorial, primera edición en «El Libro de Bolsillo», Madrid, 1980, p. 54).

Incluso, en ocasiones, ni siquiera por medio de la regla de la mayoría puede llegar a determinarse cuál es, en realidad, la postura de la mayor parte de la población, como recuerda R. L. CHUECA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 112-120, acudiendo a las conocidas paradojas ya resaltadas por Condorcet, que constituyen virtualidades manipulativas, fallas del principio de mayoría como sistema de determinación de la decisión del grupo. En concreto, la regla de la mayoría requiere de correcciones en algunos supuestos, concretamente en aquellos en los que la transitividad de las opciones personales desaparece al agregar voluntades. Así, a partir de elecciones con más de dos opciones y un sistema tosco de expresión de la alternativa elegida que no tenga en cuenta estos fenómenos, la regla de la mayoría puede resultar técnicamente incompetente para establecer relaciones entre las diversas opciones. Los problemas de la regla de la mayoría, y su afección en la adopción de decisiones de las modernas democracias, son en la actualidad también objeto de cuidadoso análisis en términos econométricos por la escuela de la *Public Choice* (vide James M. BUCHANAN, *Economía y política*, Universitat de València, Valencia, 1988; Alan PEACOCK, *Elección pública. Una perspectiva histórica*, Alianza, Madrid, 1995).

<sup>14</sup> Señala Philippe GÉRARD, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruselas, 1995, p. 197, que «el empleo legítimo del principio de mayoría depende además del respeto a ciertos límites que se derivan de las exigencias de la propia democracia».

sión y asociación, la libertad de pensamiento o la libertad personal, en general<sup>15</sup>. La constatación de que la democracia y la regla de la mayoría, con ser elementos íntima e indisolublemente unidos, no bastan por sí solos para fundamentar nuestros sistemas políticos justifica también las limitaciones institucionales que complementan al binomio<sup>16</sup>. Aunque la regla de la mayoría forma parte del proceso de decisión en un Estado de Derecho democrático representativo sólo la correcta delimitación de su capacidad de actuación y ámbito permite realmente dotarla de contenido<sup>17</sup>.

Para ello contamos con las disposiciones de un texto constitucional que supraordena la actividad del legislador e impone los límites en los que ha de situarse su actuación para ser respetuosa con las exigencias descritas, propias de un Estado que no sólo ha de ser democrático, sino de Derecho. El ideal democrático no está

---

<sup>15</sup> Alf ROSS, *¿Por qué democracia?*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, traducción de Roberto J. Vernengo de la versión inglesa para Estados Unidos de 1952, pp. 108-132. *Vide* también P. GÉRARD, *op. cit.*, pp. 197-209. Estos límites persiguen garantizar que las decisiones de la mayoría no lesionen intereses esenciales de las minorías y con ello, en realidad, de toda la comunidad, por mucho que tales decisiones hubieran podido ser adoptadas en un procedimiento mayoritario y equitativo. Son estas limitaciones, sobre todo, las exigencias de igualdad y autonomía de los individuos, que se presentan así como condiciones de la misma existencia del sistema democrático. Entre otras cosas porque «la democracia sobreentiende (...) una construcción esencialmente contingente y realista, que puede y debe constantemente ser puesta en cuestión de nuevo, y que implica la participación en el poder tanto de la mayoría como de la minoría» (C. LECLERQ, *op. cit.*, p. 29).

<sup>16</sup> R. L. CHUECA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 163, señala que «la regla de mayoría es tan sólo *uno* de los elementos que integran el complejo funcionamiento de un sistema democrático. Un elemento que no se puede aplicar siempre y que es además de aplicabilidad limitada». *Vide* también pp. 172-181. La articulación de la regla de la mayoría debe entenderse y estudiarse en el seno de un sistema más global que tenga en cuenta estos otros elementos, pues ésta sólo «adquiere su sentido y naturaleza en concurrencia con una serie de factores de tal importancia que le confieren una naturaleza específica que excede a su carácter puramente formular o, si se quiere, incluso a su mera práctica aritmética» (p. 145).

<sup>17</sup> Estas limitaciones se han sentido siempre como inexcusables, probablemente también como defensa frente a posibles excesos mayoritarios. Recuerda R. L. CHUECA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 63, que «el principio mayoritario —precisamente a causa del *plus* de legitimidad que comporta en un sistema democrático— requiere especiales protecciones frente a una eventual tiranía de la mayoría que toda decisión finalmente pueda producir».

conformado únicamente por la idea de mayoría, sino que supone igualmente la integración de mecanismos para la resolución de los conflictos diferentes al recurso fuerza<sup>18</sup>. Y tampoco la solución puede venir, por ello, de la mera fuerza de la mayoría<sup>19</sup>, sino que habrá de tener su origen en un correcto encaje en unas normas autootorgadas que gobiernan la vida de la comunidad.

La articulación de limitaciones jurídicas, constitucionalmente impuestas a los órganos representativos ha permitido superar muchos de los problemas (aun a costa del surgimiento de otros) que tradicionalmente planteaba la especial posición del legislador en el marco del equilibrio entre los poderes públicos. La aparición de los Tribunales Constitucionales y la consagración del control de la constitucionalidad han acabado de configurar una división del poder público más matizada, en el que intervienen incluso órganos ajenos a los tres tradicionales, que por fin cuenta con un instrumento de garantía de los equilibrios diseñados en los textos constitucionales a la hora de delimitar el ámbito funcional de los diversos poderes del Estado. Se opera de esta forma una suerte de reequilibrio contramayoritario que embrida la actuación legislativa. La legitimidad de las actuaciones del legislador, la constitucionalidad de las leyes, no debe atender sólo a la verificación de la concurrencia de su legitimación democrático-mayoritaria, sino que depende, igualmente, de que los equilibrios jurídicos constitucionalmente previstos hayan sido respetados.

## **II. Interferencias del legislador en la labor jurisdiccional: las convalidaciones legislativas**

### **1. Conflictos entre el legislador y el poder judicial**

La literatura jurídica que da cuenta de los aspectos conflictivos que pueden deparar las relaciones entre el legislador y el ejecutivo

---

<sup>18</sup> A. Ross, *op. cit.*, p. 104, recuerda que «*el Estado democrático es aquel en que el poder político —en gran medida, si no absolutamente— se funda en una base ideológica, a saber, en la idea de derecho y no en el temor. La democracia es un Estado fundado en el derecho*». Cursiva en el original.

<sup>19</sup> Porque «*quien prefiera la paz y el derecho a la lucha y a la fuerza tiene, por tanto y en esa medida, una razón para preferir la democracia a la autocracia*» (*ibidem*, p. 104).

o entre este último y el poder judicial es numerosa. Las fricciones son posibles en flancos de muy diverso tipo, de todos conocidos, y han merecido la debida atención y un cuidado tratamiento. Quizá por ser menos evidentes, o porque su frecuencia y trascendencia pueda haberse considerado menor, no han sido excesivamente tratados, por el contrario, aquellos que tienen su origen en las relaciones entre el legislador y el poder judicial. No obstante, ello no significa ni que éstos no existan ni que no presenten aspectos jurídicamente complejos. Antes al contrario, las aristas afloran con toda su fuerza en situaciones semejantes, debido a los problemáticos perfiles asociados a la especial posición del legislador a los que nos venimos refiriendo y la posición aparentemente subordinada respecto de su producción en la que está el poder judicial. Dado que la ley está llamada a configurar la actuación de los poderes públicos y que la acción de los órganos jurisdiccionales consiste en su aplicación, los problemas jurídicamente más intrincados serán aquellos derivados de supuestos en los que el legislador aproveche de alguna forma esta posición de preeminencia, más allá de lo generalmente admitido. Básicamente, porque la identificación de cuándo nos encontramos ante una conducta inapropiada no es tarea sencilla. Puede apuntarse, a modo de adelanto, que ciertos indicios en esta dirección encontramos en aquellas actuaciones que emplean el manto de la legalidad para impedir o dificultar la fiscalización de una concreta acción en sede judicial. Hipótesis de la que tenemos ejemplos de diversa índole.

En primer lugar, la ley puede ser utilizada como procedimiento para lograr la indemnidad de una concreta actuación (siempre refiriéndonos únicamente, como es lógico, a la capacidad de fiscalización a cargo de los tribunales ordinarios) sencillamente por el procedimiento de emplearla para aprobar una medida que hubiera debido ser (o que normalmente es) una actuación administrativa. Aunque el Tribunal Constitucional está llamado a velar por la adecuación a Derecho de toda ley y de las medidas que articula, asegurando de esta forma la posibilidad de controlar la actuación de cualquier poder público, incluyendo al legislador, lo cierto es que esta posibilidad es ciertamente más compleja y limitada que la que desarrollan los tribunales ordinarios cuando controlan la actuación del ejecutivo. De forma que si una misma decisión o regulación, en lugar de ser adoptada por la Administración, lo es por vía legis-

lativa, las posibilidades de su control y enmienda se reducen notablemente, dado que estos mismos órganos jurisdiccionales ordinarios están inermes frente a una actuación del legislador. La tendencia actual de no pocas Comunidades Autónomas, como puede constatarse en su legislación, es emplear leyes para resolver cuestiones polémicas de índole claramente administrativa precisamente para buscar este efecto de indemnidad en sede de jurisdicción ordinaria; fenómeno que ya ha sido señalado y denunciado<sup>20</sup>.

Perfiles similares, por afectar en un línea semejante, y de forma muy destacada, a la especial posición del juez respecto del legislador, se dan en las actuaciones legislativas que nos proponemos estudiar. El legislador, en la medida en que se encarga de configurar la norma que habrá de aplicar el juez, tiene una cierta capacidad para influir en la resolución de los conflictos que llegan a los tribunales. En realidad, dispone de una grandísima facultad de predeterminación, pues lo que el sistema pretende es que el juez aplique al caso concreto las soluciones diseñadas por el legislador. De esta concreta posición respectiva de uno y otro poder surge la posibilidad de uso (y abuso) de la capacidad de enmienda legislativa a decisiones judiciales. Es decir, la posibilidad de que el legislador no sólo ejerza su poder de ordenación con carácter previo a la aparición del conflicto y su solución a cargo de un juez, sino que lo haga con posterioridad a estos hechos, influyendo de forma mucho más clara y directa, aplicación judicial de sus dictados mediante, en la solución de los litigios. Las situaciones en las cuales la ley puede tratar de actuar de esta manera son numerosas. A nosotros nos interesa una de ellas en concreto, aquella en la que pretende dejar sin efectos

---

<sup>20</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en el prólogo a Carmen CHINCHILLA MARÍN, Blanca LOZANO y Silvia DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992, hace referencia a esta situación: «Nuestras Asambleas legislativas autonómicas están cada vez más tentadas a resolver con acuerdos de rango de ley formal, y por tanto inmunes a los Tribunales, resoluciones de contenido puramente administrativo. Podría replicarse que también las leyes son controlables por el Tribunal Constitucional, pero es fácil redargüir que ese control se limita a un único parámetro, el que ofrece la Constitución, en tanto que la justicia administrativa puede hacer valer “cualquier infracción del ordenamiento jurídico”» (p. 15). *Vide*, asimismo, S. DEL SAZ, «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional», en C. CHINCHILLA, B. LOZANO y S. DEL SAZ, *op. cit.*, pp. 155-156.

la declaración judicial, ya producida o próxima a serlo, de la ilegalidad de una concreta decisión administrativa. El legislador, una vez acaecida ésta, o ante el riesgo de que tenga lugar, interviene para salvar la actuación administrativa, para darle una cobertura legal que se imponga al juez, que no puede sino aplicar la ley. A grandes rasgos, éste es el fenómeno al que llamamos convalidaciones legislativas.

Las convalidaciones legislativas, manifestación de las tensiones entre los poderes legislativo y judicial, son una buena muestra de los difíciles equilibrios sobre los que se articula la convivencia de las exigencias democráticas con el principio de separación de poderes. Porque no conviene perder de vista, a la hora de tratar de determinar cuál deba ser la respuesta que los ordenamientos jurídicos prevean para este tipo de acciones del legislador, en qué términos se plantea el esquema general de relaciones entre poderes en nuestro Derecho, su importancia y la posibilidad que se deriva de ello de matizar, en ocasiones, la preeminencia que la representatividad del legislador confiere a sus decisiones. Para analizar jurídicamente los problemas que plantean las leyes de convalidación ha de partirse de los límites y la amplitud del margen de actuación que concede la Constitución al poder legislativo. De cuál sea la concepción que de ellos tengamos dependerá el juicio que hayamos de emitir sobre la admisibilidad en nuestro Derecho de las leyes que realizan este tipo de operaciones<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> F. RUBIO LLORENTE, en el prólogo a Enrique ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. XXI-XXII, explica que «todo conflicto constitucional es pura y simplemente el enfrentamiento de dos interpretaciones, la del legislador y la del juez. Aquélla tiene la inmensa autoridad de la representación popular; ésta no puede reclamar para sí otra que la que procede del Derecho, es decir, y esto es lo decisivo, de un determinado método de interpretar los preceptos jurídicos, especialmente los preceptos constitucionales, cuya estructura necesaria, sin embargo, se presta mal a la interpretación con las herramientas habituales del jurista». En estos casos, en concreto, el intérprete constitucional ha de determinar si del texto de la Constitución española pueden extraerse elementos que permitan entender en algunas ocasiones «que estas convalidaciones de actos irregulares son una necesidad y que no es preciso ser demasiado escrupuloso en cuanto a los medios empleados» o si, por el contrario, el carácter anómalo de la intervención lo es en tal medida que la posición del texto constitucional se aproxima a la de quienes en tales supuestos, desde posiciones más idealistas, «consideran que la justicia debe seguir su

## 2. Relevancia de las convalidaciones legislativas

Para tratar de la importancia de las convalidaciones legislativas puede apelarse a su frecuencia, a su número, a la gravedad de la quiebra que pueden suponer a los principios generales de acuerdo a los cuales el ordenamiento jurídico disciplina la actuación del legislador... El caso es que la existencia de leyes que pretendan enmendar decisiones judiciales modificando en un sentido concreto el marco normativo que ha de predeterminarlas puede resultar, cuando menos, chocante. Y, sin embargo, sorprende comprobar que han acompañado a la propia actuación de los poderes legislativo y judicial prácticamente desde que éstos aparecen como tales.

Las primeras muestras de actuaciones del legislador con la expresa voluntad de interferir en las decisiones judiciales surgen a la par que el propio nacimiento del nuevo modelo de legalidad. El fenómeno de las convalidaciones legislativas aparece en Francia, donde podemos situar también el origen de los modernos sistemas jurídicos basados en el imperio de la ley, prácticamente en el mismo instante en que lo hacen el principio de legalidad y la separación de poderes. La situación política inmediatamente posterior a la Revolución y la crisis subsiguiente, con una guerra incluida, favorecieron la adopción de derogaciones y excepciones a la nueva legalidad republicana. Entre las muchas medidas en esta dirección, que se aceptan para lograr una mayor eficacia del nuevo aparato estatal en momentos difíciles, apenas si llaman la atención las primeras convalidaciones legislativas, precisamente porque, aparentemente cubiertas con el manto de regularidad de que les dota la intervención del legislador, son de las menos groseras del momento<sup>22</sup>.

---

curso y que el acto viciado debe ser sancionado sea cual sea el coste social» (Bertrand MATHIEU, «Les validations législatives devant le juge constitutionnel. Bilan d'une jurisprudence récente», en *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 4, 1995, pp. 780-781).

<sup>22</sup> Relata Ghislaine FRAYSSE-DRUESNE, *La lutte contre l'arbitraire en droit public français*, Tesis Doctoral, Université de Droit, Économie et Sciences Sociales de Paris (Paris II), 1977, p. 47, que «desde el 17 de junio de 1789, el mismo día en que el Tercer Estado se proclama Asamblea Nacional, queda patente el clima ambiguo en el que los constituyentes van a verse obligados a trabajar. En efecto, un decreto adoptado “para asegurar la percepción de impuestos y el pago de la

Por mucho que sus perfiles, dada la singularidad del momento histórico, y su valoración, al situarse en los orígenes de un Estado de Derecho todavía balbuceante, no aconsejan que nos detengamos en ellas, tales medidas permiten comprobar que ya en estas primeras manifestaciones aparecen aquellos que serán siempre los principales valores en conflicto cuando se produzca una convalidación. Cuestiones que van desde la propia capacidad del legislador para convalidar (convertir lo ilegal en legal) a la afección que se provoca en principios como la división de poderes, la seguridad jurídica o en los derechos de los ciudadanos... Posibles objeciones en las que encontramos motivos jurídicos para amparar la oposición a medidas que, por otra parte, se antojan como beneficiosas para la colectividad, cuando no necesarias e imperiosas, de acuerdo con la evaluación que de la situación realiza el órgano encargado de representar sus intereses: el legislador. Es sencillo percibir que nos encontramos ante un supuesto de ejercicio de la potestad legislativa ciertamente liminar, y que su misma aceptación y encauzamiento, caso de que sean posibles, requieren de un fino análisis técnico.

Indudablemente, el conflicto planteado por una actuación del legislador en este sentido supone problemas de gran calado de índole meramente jurídica, en cuanto equivale a la confrontación de

---

deuda pública” proclama solemnemente el principio según el cual toda percepción de impuestos operada sin el consentimiento previo de los representantes de la Nación es ilegal y concluye que “las contribuciones, tal y como se perciben actualmente en el Reino, no habiendo sido consentidas por la Nación son todas ilegales y por consecuencia nulas en su creación, extensión o prorrogación”. También leemos con sorpresa, en el párrafo siguiente, que la Asamblea “declara por unanimidad consentir provisionalmente para la Nación que los impuestos y contribuciones, aunque ilegalmente establecidos y percibidos, continúen siendo recaudados de la misma manera que lo han sido precedentemente”. En un primer momento se satisface uno de los deseos más vivamente expresados en los *Cahiers des Dóleances*; en un segundo se difiere la aplicación, manteniendo la práctica precedente, pero de todas maneras cubierta por la Asamblea. Lo que le hace perder su ilegalidad original».

La operación es una convalidación legislativa en toda regla que afecta a unas concretas actuaciones tributarias. Y lo hace no sólo hacia el futuro (modificando el régimen legal que coyunturalmente será exigible a estas actuaciones administrativas), sino también hacia el pasado (amparando incluso las exacciones provenientes del Antiguo Régimen, por mucho que de acuerdo con la nueva legalidad republicana éstas fueran ilegales).

dos poderes del Estado que, al menos en principio, están actuando dentro de las atribuciones que les son conferidas por las normas de organización del propio Estado. Pero más allá de estas cuestiones técnicas que obviamente aparecen y que constituyen el objeto de nuestro trabajo (relacionadas con los límites de la potestad legislativa, la existencia o no de lo que Muñoz Machado ha llamado la *reserva de jurisdicción*<sup>23</sup> o la falta de lealtad y las deficiencias funcionales que de tal comportamiento pueden predicarse) una convalidación legislativa puede esconder problemas materiales de gran calado. Creemos imprescindible destacar desde este momento que, por mucho que la discusión dogmática en torno a la constitucionalidad de una convalidación pueda parecer carente de consecuencias prácticas, no hemos de perder en ningún caso de vista que en no pocas ocasiones, bajo los ropajes de un debate jurídico aparentemente teórico y abstracto, pueden ser ventiladas cuestiones que afectan a derechos e intereses absolutamente básicos de los ciudadanos. En ocasiones, incluso su propia vida.

Una Ley francesa productora de estos efectos nos servirá para resaltar la posible gravedad, en cuanto a la hipotética afección a importantes bienes, que puede suponer la aprobación de una convalidación legislativa. Se trata de la situación a la que da lugar al famoso *Arrêt Canal* del Consejo de Estado francés (*Conseil d'État*, Ass. 19 oct. 1962 Canal, Robin et Godot, Rec. 552), de indudable dramatismo por la entidad de los intereses en juego y que ilustra a la perfección las extremas consecuencias que pueden en ocasiones derivarse de las actuaciones de los poderes públicos y, en este caso, del legislativo, por muy teóricos que puedan parecer los términos de la discusión<sup>24</sup>.

En un contexto político particularmente sensible, en el marco del complejo y duro proceso de descolonización que siguió a la

<sup>23</sup> Santiago MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989.

<sup>24</sup> Vide B. MATHIEU, *Les «validations» législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Économica, París, 1987, pp. 70-71. El *Arrêt Canal* y un comentario al mismo pueden encontrarse en Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLVÉ y Bruno GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 12.<sup>a</sup> ed., Dalloz, París, 1999, pp. 596-602. Vide, asimismo, Arlette HEYMANN, *Les libertés publiques et la guerre d'Algérie*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1972, p. 23.

Guerra de Argelia<sup>25</sup>, el *Conseil d'État* había sido llamado a enjuiciar la Ordenanza de 1 de junio de 1962, del Presidente de la República (a la sazón el General De Gaulle), que instituía y organizaba un Tribunal Militar de Justicia (*Cour militaire de justice*), jurisdicción de excepción que se encargaba de juzgar las infracciones cometidas en los sucesos ocurridos en relación con la insurrección en Argelia<sup>26</sup>. La Ordenanza es impugnada con ocasión de la condena a muerte que el mencionado Tribunal dicta contra el Sr. Canal, alegando que el texto del Presidente de la República suponía una intromisión en lo que debiera ser el ámbito de la potestad legislativa, y a su recurso se unen tanto los Srs. Robin y Godot, igualmente condenados, como cinco senadores<sup>27</sup>. El *Conseil d'État* atendió el recurso<sup>28</sup> y anuló la Ordenanza al entender que, si bien la institución de una jurisdicción especial encargada de juzgar los delitos e infracciones conexas cometidas en relación con los sucesos de Argelia puede considerarse un medio adecuado para alcanzar los fines señalados en la Ley de 13 de abril de 1962, ello no supone

---

<sup>25</sup> Puede consultarse el marco general del conflicto jurídico que suscita la aprobación de amplios poderes excepcionales en beneficio del General De Gaulle para resolver la situación, así como la respuesta a los mismos del *Conseil d'État*, en Vicente ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 152-153, *apud* nota 199.

<sup>26</sup> Recordemos que el controvertido artículo 16, párrafo primero, de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958 dispone que «cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales se encuentren amenazados de manera grave e inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales se vea interrumpido, el Presidente de la República adoptará las medidas que estas circunstancias exijan, tras consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las Asambleas, así como con el Consejo constitucional». A raíz de la situación de crisis provocada por los sucesos de Argelia se concluyen los acuerdos de Évian, adoptados en referéndum el 8 de abril de 1962. El texto votado se convirtió en la Ley de 13 de abril de 1962, cuyo artículo 2 autorizaba al Presidente de la República a «establecer por medio de Ordenanzas o Decretos del Consejo de Ministros todas las medidas legislativas o reglamentarias relativas a la aplicación de las declaraciones gubernamentales de 19 de marzo de 1962» (es decir, los mencionados acuerdos de Évian). Este precepto es la habilitación invocada para la Ordenanza de 1 de junio de 1962.

<sup>27</sup> Los señores Bonnefous, Lafay, Plait, Jager y André.

<sup>28</sup> Para ello, en primer lugar, analiza la naturaleza de las disposiciones enjuiciadas, y concluye que, a pesar de tratarse de medidas que vienen a sustituir, por motivos de excepción, a normas de naturaleza legislativa, conservan el carácter de acto administrativo, con lo que, en consecuencia, pueden ser enjuiciadas.

que pueda eximirse en su funcionamiento del cumplimiento de los principios generales del Derecho penal y de los derechos de defensa, claramente difuminados en la Ordenanza. La regulación en cuestión, además, no es considerada justificada por las circunstancias de la época, dada la gravedad e importancia de los ataques a los derechos señalados y que, a juicio del Consejo, los fines perseguidos podrían haberse logrado igualmente sin necesidad de obviar estas garantías.

La reacción al *arrêt Canal* fue inmediata. En un clima enrarecido, en vísperas del referéndum de 28 de octubre de 1962 sobre la independencia argelina, la decisión del *Conseil d'État* se convirtió en una desautorización al gobierno del General De Gaulle, que no tardó en dar respuesta jurídica a la misma. El remedio elegido, dado que la jurisdicción administrativa francesa que encarna el *Conseil d'État* no puede entrar a juzgar la bondad de las leyes, fue precisamente convalidar legislativamente la Ordenanza por medio de la Ley de 15 de enero de 1963. Esta norma reemplazó al Tribunal Militar por un nuevo Tribunal de Seguridad del Estado (*Cour de sûreté de l'État*), órgano ya carente de las taras del primero y perfectamente acomodado a la legalidad. Pero, además, el artículo 50 de la nueva Ley contenía una declaración de tenor convalidador de las ilegalidades anteriores, pues declaraba que las actuaciones cuestionadas «*tienen y conservan fuerza de ley desde el momento de su publicación*».

Esta intervención del legislador francés ilustra a la perfección, a nuestro entender, el esquema propio de las convalidaciones legislativas y las numerosas dudas que suscitan. La norma, al otorgar retroactivamente fuerza de ley a un acto administrativo anulado, priva de forma absoluta de efectos a una decisión judicial ya firme del *Conseil d'État*. El legislador mantiene en vigor un acto administrativo a pesar de su anulación, y al realizar la operación por medio de una ley hace imposible cualquier ulterior recurso. Más allá de los problemas jurídicos que tal situación plantea, que iremos desarrollando a lo largo del presente trabajo, nos interesa resaltar en estos momentos la relevancia práctica que una intervención de este tipo puede llegar a tener. En este caso, por ejemplo, los recurrentes que habían obtenido la anulación del acto en litigio pierden el beneficio de esta anulación. Lo que es particularmente

importante si tenemos en cuenta que lo que se ventilaba indirectamente con este asunto era la vida del litigante. Por mucho que, en el particularmente grave asunto que tratamos, Canal no fuera finalmente ejecutado, a nadie se le escapa su trascendencia ni la importancia que, dadas las consecuencias en ocasiones trágicas que de la aceptación o no de una convalidación legislativa pueden deducirse, adquiere por ello la correcta determinación de los límites que enmarcan la actuación del legislador en tales casos.

### 3. Algunas convalidaciones recientes, como ejemplo de su uso y abuso

El recurso a las convalidaciones legislativas en España, aunque menos frecuente que en otros países de nuestro entorno, como Francia, permite identificar no pocas actuaciones del legislador en este sentido<sup>29</sup>. Más que tratar de establecer un cuadro de las intervenciones de esta índole nos interesa, constatada su existencia, llamar la atención sobre el hecho de que el empleo de la técnica parece cada día más en boga. La paulatina banalización del empleo de estos mecanismos en nuestro Derecho ha acabado propiciando su análisis a cargo del Tribunal Constitucional, que ya ha tenido ocasión de enjuiciar la adecuación a Derecho de intervenciones de este tipo en dos ocasiones<sup>30</sup>.

Su generalización, sin embargo, encuentra una confirmación definitiva en que ni siquiera la aparición de conflictos que han tenido que ser resueltos por el Tribunal Constitucional ha detenido el avance de esta figura. Es más, con posterioridad a las sentencias comentadas encontramos un reciente ejemplo, sobre el que todavía

---

<sup>29</sup> Vide los ejemplos que señalan S. MUÑOZ MACHADO, *La reserva...*, cit., pp. 75-79; y *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 377; Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 434-439; Juan Manuel ALEGRE ÁVILA, «Legislador y tutela judicial efectiva: el caso Itoiz y la Sentencia del Tribunal Constitucional 73/2000, de 14 de marzo», en *Revista Aranzadi Tribunal Constitucional*, n.º 17, diciembre de 2000, pp. 29-30.

<sup>30</sup> Por medio, respectivamente, de las Sentencias del Tribunal Constitucional 73/2000, de 14 de marzo, y 273/2000, de 15 de noviembre. Sobre los supuestos de hecho que dieron lugar a ambas, *vide infra*, Capítulo Primero, I.1.

no ha tenido tiempo de pronunciarse nuestro órgano de control de la constitucionalidad, que parece confirmar que esta vía va a seguir siendo empleada con profusión. La ley de convalidación a la que hacemos referencia, además, ha intervenido, pretendiendo zanjarlo, en un asunto realmente sensible. De forma que ha puesto de manifiesto en nuestro Derecho, a la manera de lo que el *Affaire Canal* hizo en Francia, que el conflicto técnico-jurídico que late en el enjuiciamiento de las convalidaciones legislativas puede acabar incidiendo en asuntos de gran importancia pública en la medida en que estas leyes aparezcan para resolver situaciones comprometidas no sólo jurídica sino también políticamente. Por este motivo, de la postura que mantengamos respecto de su aceptación o no, respecto de las condiciones que hacen admisible el recurso a las mismas, se derivan importantes consecuencias que afectan al debate público. Precisamente como ocurre en el ejemplo al que hacemos referencia. Se trata de las medidas adicionales que, en el marco de la preocupación actualmente existente en materia de terrorismo, han pretendido ahogar jurídicamente a las entidades próximas a organizaciones de este tipo, que contienen entre su repertorio de técnicas jurídicas el recurso a la convalidación legislativa. En concreto, en cuanto a la financiación pública que reciben coaliciones o partidos políticos que se identifican, al menos, con los objetivos de organizaciones dedicadas a la lucha armada. La legislación en la materia no sólo ha sido modificada sino que ha introducido la convalidación de ciertas actuaciones administrativas previas a la misma e imposibles de acomodar al marco legal anterior<sup>31</sup>.

La Disposición Adicional Vigésima Tercera de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, establece una serie de excepciones en el pago de subvenciones a partidos políticos que se superponen a la legislación general en la materia (contenida en los arts. 127 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, y 3 de la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos). En concreto, determina que no habrá lugar al pago

---

<sup>31</sup> Para más detalles sobre esta operación puede consultarse nuestro trabajo «Sobre la constitucionalidad de la reforma de la financiación de partidos políticos: reparos al carácter convalidador de la misma», en *Revista General de Derecho Administrativo* —[www.iustel.com/revistas](http://www.iustel.com/revistas)—, n.º 1, noviembre-diciembre de 2002.

de la subvención a aquellos partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores que no acrediten que sus electos han adquirido la «condición plena de Diputado, Senador, miembro del Parlamento europeo o miembro de la correspondiente Corporación local y el ejercicio efectivo del cargo para el que hubiesen sido elegidos y por cuya elección y desempeño se hayan devengado o se devenguen las citadas subvenciones» (DA 23.<sup>a</sup>, 1, Ley 24/2001), o que incluyan en sus listas electorales o tengan entre los miembros de sus órganos directivos o grupos parlamentarios a «personas que hayan sido condenadas por sentencia firme por pertenencia, actuación al servicio o colaboración con banda armada, si no hubieren rechazado públicamente los fines y los medios de la organización terrorista a la que pertenecieron o con la que colaboraron o apoyaron o exaltaron» (DA 23.<sup>a</sup>, 2, Ley 24/2001)<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Aunque el texto de la disposición es un tanto farragoso, éstos son los dos supuestos que suponen la inexistencia de subvención. El texto completo de la Disposición Adicional Vigésimo Tercera de la Ley 24/2001 es el siguiente:

«1. No habrá lugar al pago a los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, o a cualquier otra persona o entidad a las que, por cualquier título, se hubiere transmitido el crédito correspondiente, de las subvenciones devengadas o que se devenguen conforme a lo previsto en los artículos 127 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, y 3 de la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos, mientras no se justifique la adquisición por los electos pertenecientes a dichas formaciones políticas de la condición plena de Diputado, Senador, miembro del Parlamento europeo o miembro de la correspondiente Corporación local y el ejercicio efectivo del cargo para el que hubiesen sido elegidos y por cuya elección y desempeño se hayan devengado o se devenguen las citadas subvenciones, aun cuando este devengo derive de su reconocimiento por sentencia judicial firme.

»El supuesto a que se refiere el apartado anterior constituirá, a los efectos previstos en el artículo 105 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, causa de imposibilidad legal de ejecutar las sentencias que reconozcan el derecho a percibir las referidas subvenciones, sin que tal inejecución dé lugar a indemnización alguna.

»2. Tampoco habrá lugar al pago de las referidas subvenciones a los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones electorales a cuyo favor se hubieren devengado las mismas, cuando en las listas electorales del proceso electoral determinante de dicho devengo o en los órganos directivos existentes en ese momento figuren personas que hayan sido condenadas por sentencia firme por pertenencia, actuación al servicio o colaboración con banda armada, si no hubieren rechazado públicamente los fines y los medios de la organización terrorista a la que pertenecieron o con la que colaboraron o apoyaron o exaltaron.

»Este supuesto constituirá, igualmente, a los efectos previstos en dicho artículo 105 de la citada Ley 29/1998, causa de imposibilidad legal de ejecución de las sentencias que declararen o hubiesen declarado el derecho de tales partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones

Como es por todos conocido, estas previsiones transforman el sistema de financiación de partidos políticos de tal forma que, hacia el futuro, no se devengará el derecho a estas subvenciones para formaciones de características similares a las de la actualmente disuelta *Batasuna*<sup>33</sup>. Sin embargo, la Disposición Adicional Vigésima Tercera de la Ley 24/2001 va más allá y pretende convalidar legislativamente las actuaciones administrativas anteriores cuando señala, para ambos supuestos (aunque en apartados diferentes), que la nueva regulación legal «constituirá, a los efectos previstos en el artículo 105 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, causa de imposibilidad legal de ejecutar las sentencias que reconozcan el derecho a percibir las referidas subvenciones, sin que tal inejecución dé lugar a indemnización alguna»<sup>34</sup>.

---

*de electores, o de cualquier otra persona o entidad a la que, por cualquier título, se hubiere transmitido el crédito correspondiente, a percibir las referidas subvenciones, sin que tal inejecución dé lugar a indemnización alguna.*

*»La misma inexigibilidad de pago e imposibilidad legal para la ejecución de estas sentencias constituirá la circunstancia de que en el momento en que deba procederse al pago de las referidas subvenciones, los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores a cuyo favor se hubieren devengado las mismas, figuren en sus órganos directivos o grupos parlamentarios en cualesquiera asambleas representativas o listas electorales que en dicho momento estén presentadas en procesos electorales en curso, personas, incluidos también quienes tengan la condición de electos que hayan sido condenadas en virtud de sentencia firme por pertenencia, actuación al servicio o colaboración con banda armada, si no hubieren rechazado públicamente los fines y los medios de la organización terrorista a la que pertenecieron o con la que colaboraron o apoyaron o exaltaron, sin que tal inexigibilidad de pago e imposibilidad legal de ejecución dé lugar a indemnización alguna.*

*»3. Todo ello entrará en vigor, sin perjuicio de la consecuente adaptación a estas previsiones de la Ley Orgánica 5/1985, de 29 de junio, de Régimen Electoral General; de la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, de Financiación de los Partidos Políticos, y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial».*

<sup>33</sup> La modificación introducida en la regulación de la financiación en materia de partidos políticos no sólo es que afecte directamente a esta organización, sino que se enmarca en el seno de un proceso global de reacción estatal más amplio cuyo principal producto jurídico, hasta la fecha, es la nueva Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos. En aplicación de los artículos 10 y 11 de la misma, *Batasuna* fue objeto de sendos procesos de disolución.

<sup>34</sup> Así se indica en la Disposición Adicional Vigésima Tercera, 1, párrafo segundo, para el supuesto contenido en el párrafo primero de ese mismo apartado. En lo que se refiere al supuesto de la Disposición Adicional Vigésima Tercera, 2, el segundo párrafo de la misma contiene una declaración prácticamente idéntica.

La finalidad de la norma, más allá de la reforma que en materia de financiación de partidos políticos opera<sup>35</sup>, es también convalidar legislativamente las reiteradas negativas de la Administración española a realizar los pagos de las subvenciones debidas a *Batasuna* y sus antecesoras (negativas que habían venido siendo declaradas ilegales judicialmente). De esta manera se pretende evitar tener que hacer frente a las subvenciones debidas, incluso a las ya devengadas y a las judicialmente reconocidas de forma definitiva pero todavía no satisfechas. Por medio de la ley de convalidación las negativas de la Administración se tornarían en jurídicamente inobjetables, al decaer el reproche del que eran merecedoras (la falta de cobertura legal).

La pretensión del legislador, con independencia de que sea o no acertada o de que esté correctamente incardinada en los preceptos que invoca, pone de manifiesto de forma palmaria la enorme trascendencia que pueden llegar a alcanzar las convalidaciones legislativas. Porque de lo que no cabe duda es de que tanto en este caso (en el que además concurren unas especiales circunstancias políticas que lo dotan de mayor importancia) como en otros, el empleo de las mismas supone una alteración del orden jurídico de extraordinarias proporciones. El ejercicio de poder desplegado por el legislador en una ley de convalidación es más que notable si atendemos a factores como que provoca efectos hacia el pasado (e incluso con modificaciones sobre lo ya juzgado), que altera la adjetivación de «legal» o «ilegal» de algunas acciones, y que, recurriendo a su empleo, el legislador se concede una capacidad de revisión y readaptación de las exigencias en cuanto a la regulación de la actividad de los poderes públicos que pueden conllevar importantísimas consecuencias para los ciudadanos. Que una ley pueda convertir denegaciones de subvenciones contrarias a Derecho en actuaciones perfectamente válidas, que ello permita incluso enervar

---

La diferencia más relevante entre ambas es que esta última no se refiere a que la norma imposibilitará la ejecución de sentencias que «reconozcan el derecho», sino que modifica la redacción, excluyendo la ejecución de aquellas sentencias que «declaren o hubiesen declarado el derecho».

<sup>35</sup> Y, nos permitimos apuntar, al margen de los posibles problemas de constitucionalidad de la misma. El Tribunal Constitucional ha entendido que esta ley, interpretada en los términos señalados en su Sentencia 48/2003, es compatible con la Constitución.

decisiones judiciales firmes y que los ciudadanos hayan de ver su patrimonio (jurídico y económico) afectado de resultados de estas actuaciones son repercusiones de la aceptación de este tipo de leyes que no pueden considerarse un asunto menor.

### **III. El régimen constitucional de las leyes de convalidación**

Alteraciones del calado de las provocadas por las convalidaciones legislativas son, como es evidente, de gran relevancia jurídico-constitucional. Nos encontramos ante un empleo de un instrumento (la ley) por parte del legislador que, si bien no tiene por qué ser caracterizado como de estructuralmente anómalo, sí presenta ciertos rasgos que lo convierten, cuando menos, en conflictivo. Al margen de la afeción a no pocos derechos de los ciudadanos (o de la constitucionalidad de la regulación material que contiene), la operación descrita plantea no pocos problemas referidos a cuestiones fundamentales, de naturaleza ciertamente estructural respecto de lo que es la organización de la actuación y funciones de los poderes del Estado. ¿Puede el legislador operar una transformación de este tipo?, ¿dispone de este poder de convalidación?, ¿lo tiene incluso cuando concurren sentencias judiciales que hayan resuelto ya el asunto en cuestión? Porque, en la medida en que en la Constitución española se garantizan los derechos de los ciudadanos frente a la actuación del legislador y se establecen las directrices de acuerdo con las cuales éste ha de desarrollar su actividad, las leyes de convalidación sólo son admisibles en nuestro ordenamiento si es factible su encuadramiento en el seno del diseño constitucional del ejercicio y ámbito de la potestad legislativa.

Nuestro trabajo pretende acometer el estudio de estas y otras cuestiones, con la intención de situar en sus justos términos las opciones de las que nuestro legislador dispone en el marco del ordenamiento constitucional. Caso de que sea posible la realización de convalidaciones legislativas, trataremos de fundamentar cuáles son los motivos que nos inducen a creerlo. Básicamente, y más allá de las razones que suelen ser esgrimidas habitualmente en su favor (que frecuentemente apelan a consideraciones relativas a la necesidad de la medida adoptada), nuestra aceptación de este tipo

de leyes se fundamenta en los caracteres con los que nuestra Constitución diseña la potestad legislativa. Creemos que de los rasgos que nuestro ordenamiento otorga a la ley se deduce la posibilidad de que ésta adopte medidas de naturaleza singular, como son las convalidaciones, cuando lo estime pertinente. Así como, si considera que las circunstancias derivadas de una posible anulación de una disposición o acto administrativo lo aconsejan, es posible que ratifique (dándole con ello valor de ley) esta concreta regulación o actuación administrativa antes ilegal. A partir de la constatación de que nada se opone en el modelo constitucional de Ley a que ésta tenga esta forma o despliegue este tipo de efectos debe orientarse nuestro trabajo.

Como es obvio, de ello no se deduce que las convalidaciones legislativas puedan siempre ser admisibles constitucionalmente. El supuesto someramente descrito referido a la reciente Ley en materia de financiación de partidos políticos demuestra con claridad la incidencia de otros elementos en el juicio que una concreta actuación en este sentido ha de merecer. Que la ley puede convalidar parece inicialmente claro. Pero no lo están tanto ni sus límites ni si consideraciones posteriores pueden condicionar (o incluso llegar al extremo de negar radicalmente) esta afirmación.

En primer lugar, porque convalidaciones hay de muchos tipos. Y dependiendo de los concretos efectos que produzcan, o de las materias en las que intervengan, las conclusiones que extraigamos en punto a su constitucionalidad pueden variar enormemente. Es el caso, de forma muy clara, respecto a los ámbitos constitucionalmente vedados a la retroactividad. Debido a la naturaleza intrínsecamente retroactiva de cualquier convalidación legislativa existen esferas en las que no es posible el recurso a este instrumento. Así, y por causa de las exigencias derivadas del artículo 9.3 de la Constitución, en materia sancionadora o en casos de restricción de derechos fundamentales.

Pero, en segundo lugar, porque al margen de consideraciones estrictamente referidas al diseño constitucional de ejercicio de la potestad legislativa, cualquier convalidación produce unos particulares efectos que singularizan a este tipo de leyes y permiten poner en duda, por otros motivos, su admisibilidad en nuestro Derecho. De forma muy importante se ha destacado tradicionalmente que,

al zanjar una controversia unilateralmente, sustraen en cierta medida al juez una decisión que, en puridad, debiera corresponder al poder judicial. Las leyes de convalidación, desde este punto de vista, constituirían un atentado a la división de poderes y especialmente a las funciones atribuidas constitucionalmente a los jueces y tribunales. Esta objeción, sin duda, obliga a un detenido estudio de cómo nuestra Constitución realiza esta distribución del poder. La constitucionalidad de una convalidación dependerá de en qué medida consideremos que conlleva una quiebra del modelo consagrado por nuestro ordenamiento. Pero, asimismo, para poder llegar a esta conclusión es necesario que exista un asidero constitucional de la suficiente solidez que permita llegar a tal conclusión, una esfera protegida a todos los efectos que se vea violada por la misma. Como tendremos ocasión de desarrollar, parece complicado encontrar una diferente al ámbito de amparo que el derecho a la tutela judicial efectiva proporciona a las decisiones judiciales definitivas.

Hasta cierto punto conectadas con este último asunto, pero creemos que jurídicamente diferentes, aparecen posibles objeciones que pueden achacarse a las convalidaciones legislativas no tanto por invadir las atribuciones de otros poderes como por no ejercer en la forma debida el propio. La naturaleza fiduciaria que en un Estado de Derecho posee la atribución de cualquier potestad vincula la producción normativa, también, a un concreto desarrollo de la misma. A las leyes de convalidación, precisamente por tener como intención esa ya reseñada de zanjar una controversia jurídica, y por hacerlo respaldando una actuación de la Administración, se les puede acusar de suponer, en cierto sentido, una anomalía. De ser un ejercicio del poder de legislar «torcido» o «desviado». Esta imputación, como veremos, se enriquece inevitablemente con consideraciones que, por estar conectadas con la razonabilidad o la finalidad de la medida, obligan a la prudencia, so pena de acabar reintroduciendo un análisis más de ponderación axiológica que estrictamente jurídico como causa última que vendría a determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una convalidación legislativa.