

SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA DE LA FINANCIACIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS: REPAROS AL CARÁCTER CONVALIDADOR DE LA MISMA

Por

ANDRÉS BOIX PALOP
Becario FPI de la Generalitat Valenciana
Àrea de Dret Administratiu
Universitat de València-Estudi General

SUMARIO: I. CIRCUNSTANCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS DE LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN ESPAÑA.- II. LA CONVALIDACIÓN LEGISLATIVA OPERADA POR LA DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGÉSIMA TERCERA DE LA LEY 24/2001, DE 27 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL.- III. LA IMPOSIBLE ADECUACIÓN DE LA REFORMA LEGISLATIVA AL MARCO CONSTITUCIONAL: 1. *Problemas de constitucionalidad de la nueva regulación legal.* 2. *Compatibilidad constitucional de la convalidación legislativa.*- IV. REFLEXIÓN FINAL.- NOTAS.

I. CIRCUNSTANCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS DE LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN ESPAÑA

Hasta 1.987 no se produce en España la consolidación definitiva del marco de financiación de los partidos políticos. En ese año, con la aprobación de la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos, quedan definitivamente fijadas como fuentes públicas de financiación las subvenciones otorgadas a los partidos políticos que obtienen representación política (y distribuidas según el número de escaños y votos obtenidos por cada formación) con el fin de que puedan atender sus gastos de funcionamiento ¹.

No obstante la claridad con la que el régimen jurídico desde entonces en vigor establece los criterios de acuerdo con los cuales deben otorgarse las subvenciones, justamente desde esa fecha, 1.987, el Gobierno del Partido Socialista Obrero Español, entonces en el poder, adopta la decisión de no realizar los pagos que corresponde a la Administración del Estado llevar a cabo en favor de la Agrupación de Electores *Herri*

¹ Así, en su artículo 3. *Vide*, también, el art. 127 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General.

Batasuna. Se trata de una actuación administrativa de muy difícil justificación legal, cuando no sencillamente calificable de manifiestamente contraria a las normas en la materia que, sin embargo, será continuada por los sucesivos Gobiernos (a partir de 1.996, del Partido Popular) y aplicada a las formaciones que sustituyeron a la primera: *Euskal Herritarrok* en un primer momento y, posteriormente, *Batasuna*, denominación actual en torno a la cual se han venido agrupando estos colectivos en los últimos tiempos ². En los 14 años transcurridos desde esa fecha, a lo largo de los cuales la organización ha concurrido a tres elecciones generales, tres municipales y tres europeas, el Estado no le ha pagado ni una sola peseta en concepto de subvenciones electorales.

Esta financiación pública ha sido, como es lógico, reclamada de forma reiterada por *Batasuna* y sus antecesoras, primero en vía administrativa y posteriormente, una vez confirmada la intención del Ministerio del Interior de no realizar los pagos, acudiendo a la jurisdicción contencioso-administrativa con la pretensión de que se anularan, por ilegales, los actos administrativos en los que se formalizaban estas decisiones. Las acciones legales, numerosas, reclamaban una deuda que, en total, suponía casi 7 millones de euros. Éstas han dado lugar a una docena de procedimientos que, como es lógico dado que se originaban a medida que se negaban las concretas subvenciones referidas a cada proceso electoral, se encontraban en diversas fases en el momento en que interviene la modificación del marco legal operada por la Disposición adicional vigésima tercera de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Mientras algunos seguían pendientes de sentencia otros, en cambio, habían sido ya resueltos tanto por la Audiencia Nacional como definitivamente por el Tribunal Supremo ³. Y, en todos los casos en los que se había

² Como es sabido, esta formación se halla en estos momentos incurso en dos procedimientos diferentes que persiguen su disolución. De una parte, el Parlamento español ha iniciado los trámites previstos en el artículo 11 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, conducentes a la disolución de la organización en aplicación del art. 10.5 (procedimiento ante la Sala especial del Tribunal Supremo), mientras que los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional están también iniciando el procedimiento del art. 10.4, que prevé la disolución de la organización política caso de que realice actividades ilícitas. En el marco de este segundo procedimiento, y en aplicación de la posibilidad reconocida en las leyes penales y en el art. 10.3 de la LO 6/2002, se ha decretado la suspensión judicial cautelar del partido.

³ Son los casos de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 1.988, confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1.990; de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 1.988, confirmada en lo fundamental (salvo en lo relativo a los intereses) por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1.990; de la Sentencia de la

producido sentencia firme, con un denominador común: la sistemática condena a la Administración al pago de diferentes sumas en concepto de subvención por gastos electorales a la Agrupación de Electores *Herri Batasuna*, por entender que la contumaz negativa a proceder al mismo no sólo no se encontraba amparada por la legislación vigente sino que la contravenía frontalmente.

Incluso algunos de estos procedimientos se encontraban en pleno incidente de ejecución, con la Audiencia Nacional tratando de cumplir con lo dispuesto por las Sentencias del Tribunal Supremo. Todo sea dicho, con escaso éxito, pues los diversos responsables políticos del Ministerio del Interior habían demostrado estar dispuestos a obstruir la acción de la justicia en todo lo que estuviera en su mano ⁴. En un sistema en el que el ordenamiento jurídico deja al albur de la propia Administración el pago de las indemnizaciones que le han sido judicialmente impuestas o de las cantidades que le han sido declaradas como debidas, sólo la presión pública y política sobre los responsables últimos de autorizar el pago puede acabar venciendo las resistencias de la Administración. En el asunto que nos ocupa, tratándose, como era el caso, de una actuación políticamente asumida de forma plena por los partidos en el poder, que no tenían problema alguno en que fuera conocida por la opinión pública y que, incluso, podía ser más beneficiosa electoral y socialmente que perjudicial, no era de prever cambio alguno en la posición de los cargos públicos responsables. En definitiva, en una situación como la expuesta aparecen de forma manifiesta los límites que conlleva dejar la ejecución de sentencias contenciosas a expensas de la voluntad de hacerlo de la propia Administración, pues en aquellos casos en los que el incumplimiento, aun convenientemente aireado, ni siquiera produce descrédito, la indefensión de los particulares es máxima. El Ministerio del Interior, en tal estado de cosas, sólo habría pagado si se hubiera visto forzado a ello. Y no aparecía en un contexto legal, como era tradicionalmente el español, en el que la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas correspondía a la propia Administración, otra posibilidad en esta dirección que la concurrencia de un pronunciamiento externo al ordenamiento jurídico español (por ejemplo, una condena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH-

Audiencia Nacional de 25 de octubre de 1.991, confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1.997; de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de octubre de 1.991, confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1.997; y de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de octubre de 1.991, confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1.996.

⁴ Los oficios remitidos a partir de 1.994 por la Audiencia Nacional a la entonces Subsecretaria de Interior Margarita Robles no tuvieron el menor éxito, como tampoco los que a partir del año 2.000 fueron dirigidos a Ana Pastor, que ocupaba el cargo en esos momentos.

); algo que podría calificarse, cuando menos en un horizonte temporal, como una posibilidad estrictamente remota.

Sin embargo, las nuevas previsiones de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA) en materia de ejecución de sentencias vinieron a modificar el panorama. Porque a partir del momento en que esta norma se aprueba, como señala su art. 103.1 LRJCA, los poderes de ejecución quedan atribuidos a los Juzgados y Tribunales contenciosos. Esta declaración se acompaña del establecimiento de un procedimiento ejecutivo (arts. 104 y ss. LRJCA) muy riguroso para la Administración que además se cierra con la previsión, como último recurso, de la posibilidad de imponer multas coercitivas a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del órgano judicial encargado de la ejecución, así como la reiteración de las mismas hasta la completa ejecución del fallo judicial (art. 112. a) LRJCA) y, sobre todo, el traslado de la cuestión a la jurisdicción penal para la exigencia de las responsabilidades que correspondan (en concreto, por el delito de desobediencia tipificado en el art. 410 del Código Penal). Como es evidente, este nuevo marco legal de la ejecución de sentencias permitía presumir que, aunque los primeros intentos realizados en su aplicación no tuvieron tampoco excesivo éxito ⁵, tarde o temprano el Estado iba a verse obligado a realizar los pagos.

Es en este estado de cosas, cuando poco a poco van saltando los fusibles de los que había venido disponiendo la Administración para esquivar los pagos a estas organizaciones, y en un contexto de reacción generalizada contra toda actividad sospechosa de suponer cualquier tipo de apoyo o colaboración con organizaciones terroristas, cuando el legislador español se decide a, aprovechando una reforma del régimen de financiación de los partidos políticos en nuestro Derecho, convalidar legislativamente las reiteradas negativas al pago de las subvenciones.

II. LA CONVALIDACIÓN LEGISLATIVA OPERADA POR LA DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGÉSIMA TERCERA DE LA LEY 24/2001, DE 27 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL

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

⁵ Pues, al menos inicialmente, tampoco las multas impuestas por los retrasos en el pago fueron capaces de doblegar la decidida voluntad de la Administración y sus cargos responsables. Igual suerte corrió la amenaza de iniciar un procedimiento penal por delito de desobediencia contra ellos que, por otra parte, tampoco fue efectivamente incoado.

legislación general en la materia (contenida 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).

En concreto, determina que no habrá lugar al pago 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.ª.1 Ley 24/2001), o que incluyan en sus listas electorales o tengan entre los miembros de su 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.ª.2 Ley 24/2001) ⁶.

⁶ Aunque el texto de la disposición es un tanto farragoso, estos son los dos supuestos que suponen la inexistencia de subvención. El texto completo de la DA 23.ª 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

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 en proceso de disolución *Batasuna*. Sin embargo, la DA 23.^a Ley 24/2001 va más allá y convalida 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 inexecución dé lugar a indemnización alguna”⁷.

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 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 inexecución 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, en 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”.

⁷ Así se indica en la DA 23.^a.1, párrafo segundo, para el supuesto contenido en el párrafo primero de ese mismo apartado. En lo que se refiere al supuesto de la DA 23.^a.2, el segundo párrafo de la misma contiene una declaración prácticamente idéntica. La diferencia más relevante entre ambas es que esta última no se refiere a que la norma imposibilitará la ejecución de sentencias que

La finalidad de la norma, como es evidente, es precisamente 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, a favor de todas aquellas formaciones a las que de hecho ya se venía negando el pago fruto de las decisiones administrativas declaradas ilegales⁸. Éstas últimas, de resultas de la aprobación de la

“reconozcan el derecho”, sino que modifica la redacción, excluyendo la ejecución de aquellas sentencias que “declaren o hubiesen declarado el derecho”. Creemos que ambos enunciados son sustancialmente idénticos pues no hay diferencias entre reconocer o declarar por medio de sentencia un derecho. Además, a los efectos convalidatorios que pretenden las normas, es claro que si la excepción se aplica a toda sentencia que reconozca un derecho eso significa que se habrá de aplicar a cualquier sentencia, incluso las ya dictadas, en las que así haya sido y no se hayan ejecutado todavía, sin que existan por este motivo diferencias respecto de la segunda fórmula, que prevé expresamente la aplicación tanto a las que “declaren” como a las que “hubiesen declarado”. Esta es también, por otra parte, la opinión de la Audiencia Nacional, y en estos términos plantea la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional. No así, sin embargo, la del voto particular del Magistrado Calvo Rojas, que en consecuencia entiende que la DA 23.^a.1 no es retroactiva por no estar a su juicio expresamente indicado tal efecto (a diferencia de la DA 23.^a.2).

⁸ Se trata, en este sentido, de una ley que podemos encuadrar dentro de lo que es frecuente denominar como convalidaciones legislativas. Sobre este fenómeno, el estudio de más calado hasta la fecha, que mantiene su vigencia en la práctica totalidad de sus extremos, e imprescindible para cualquier aproximación al mismo, lo constituye la obra de Bertrand MATHIEU, *Les “validations” législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Économica, París, 1.987. Del propio Mathieu, que es autor de un amplio número de artículos que han dado cuenta a lo largo de los últimos quince años de la evolución de la figura, pueden consultarse sus recientes trabajos, que exponen de forma cuidada la reciente evolución jurisprudencial, “Les validations législatives devant le juge de Strasbourg: une réaction rapide du Conseil Constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l’avenir de la juridiction constitutionnelle”, en *Révue Française de Droit Administratif*, 2.000, n.º 2, pp. 289-304; y “Une jurisprudence qui pêche par excès de timidité. Observations sous les décisions de la 1re chambre civile de la Cour de Cassation de 20 de juin de 2000”, en *Révue Française de Droit Administratif*, 2.000, n.º 6, pp. 1201-1205. En España, la primera reflexión sobre los problemas suscitados por estos tipos de leyes es la que realizó Santiago MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1.989, pp. 73-82. Con posterioridad, *vide* Alberto DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, “Las validaciones legislativas en Derecho francés. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en la materia”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 149, 1.999, pp. 457-485; Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “Convalidaciones legislativas, derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la arbitrariedad”, en *La Ley*, 2.000, n.º 5068, pp. 1-7; 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

norma, quedan convalidadas legislativamente y son jurídicamente inobjetables al decaer el reproche del que eran merecedoras (la falta de cobertura legal). Siempre, eso sí, que la propia ley de convalidación lo sea, a su vez. Lo que significa, por tratarse de una norma con rango de ley, que ha de ser respetuosa con las previsiones constitucionales, algo que no sólo deberá analizarse respecto de su contenido material sino también respecto de la propia labor convalidadora que lleva a cabo en la medida en que ésta plantea algunas cuestiones de relevancia constitucional.

III. LA IMPOSIBLE ADECUACIÓN DE LA REFORMA LEGISLATIVA AL MARCO CONSTITUCIONAL

1. Problemas de constitucionalidad de la nueva regulación legal

Las excepciones que la DA Ley 24/2001 introduce en el régimen de financiación de los partidos políticos en nuestro país suscitan no pocos problemas de constitucionalidad y han dado origen a una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional⁹. Ha de ser mencionada, en primer lugar, la hipótesis de que la modificación operada sea inconstitucional por haber sido realizada a través de una ley ordinaria siendo precisa ley orgánica y vulnerando, en consecuencia, la distribución que el artículo 81 CE realiza entre las materias que han de ser reguladas por cada tipo de ley. Por mucho que algunos de los argumentos apuntados en tal sentido en la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Nacional pueden ser atendidos, no se trata de un aspecto que juzguemos de especial relevancia a los efectos que nos interesan. Por una parte, porque la imposibilidad de emplear la ley ordinaria para la modificación no es ni mucho menos clara¹⁰. Pero, sobre todo, porque

Revista Aranzadi Tribunal Constitucional, diciembre de 2.000, n.º 17, pp. 13-30; Javier GARCÍA LUENGO, "La subsanación retroactiva de reglamentos nulos mediante la elevación de rango (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 273/2000, de 15 de noviembre)", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2001, n.º 111, pp. 439-463; y de nuevo DOMÉNECH PASCUAL *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.002, pp. 432-471.

⁹ Auto de 22 de febrero de 2.002.

¹⁰ Debe a este respecto ser tenido en cuenta que el criterio consagrado por el Tribunal Constitucional para diferenciar leyes orgánicas y leyes ordinarias es material (y se fundamenta en la distribución realizada por el art. 81.1 CE según es interpretada por el propio Tribunal) y no formal. Es por ello posible la modificación por ley ordinaria de partes de leyes orgánicas siempre y cuando se afecte sólo a regulaciones que no se encuentren en el ámbito del art. 81.1 CE (SSTC 5/1981 y 76/1983). Por otra parte, el Tribunal Constitucional también ha declarado reiteradamente la constitucionalidad de que sea la ley ordinaria la encargada de desarrollar cuestiones reguladas

nuestro análisis se centra en estudiar la posibilidad de que una regulación como la aprobada, y especialmente una con semejante contenido y que además pretenda convalidar actuaciones pasadas, sea constitucional. Efectos a los que, en última instancia, es indiferente que la ley aprobada deba ser ordinaria u orgánica. Patente como es la voluntad del legislador de operar la convalidación, llegado el caso de que fuera declarada inconstitucional por no haberse realizado por medio de una ley orgánica, siempre podría recurrirse a la aprobación de una norma con esta forma. De hecho, la pretensión convalidadora que anida en la reforma ni siquiera provocaría, caso de que fuera posible, un trastorno grave en tal caso: la retroacción de la nueva ley salvaría también el lapso temporal en que la norma inconstitucional por no tener carácter orgánico hubiera estado en vigor.

Aunque de una mayor complejidad y, evidentemente, relevancia, tampoco nos centraremos en la discusión posible en torno a si la nueva excepción introducida al régimen de financiación de partidos políticos es o no constitucional. Se trata de una cuestión secundaria a nuestros efectos, que persiguen indagar en la posible constitucionalidad de la convalidación legislativa. Evidentemente, como ya fue señalado en su momento, una ley de convalidación no puede convertir en válidas actuaciones inconstitucionales, con lo que una hipotética inconstitucionalidad material de la regulación afectaría también, inevitablemente, a la ley de convalidación. Pero lo que nos interesa destacar no es tanto este aspecto, obvio por demás, como la posibilidad de que,

por ley orgánica, siempre y cuando aquélla se limite a, justamente, un mero desarrollo y, como es obvio, no contradiga las previsiones orgánicas (SSTC 83/1984 y 187/1986). Esta consolidada jurisprudencia impide dictaminar de forma inmediata la inconstitucionalidad de la DA 23.^a Ley 24/2001, con base únicamente en el hecho, cierto (y reconocido por el apartado 3 de la propia DA 23.^a Ley 24/2001), de que supone una modificación de las Leyes Orgánicas 5/1985, de 29 de junio, de Régimen Electoral General, 3/1987, de 2 de julio, de Financiación de los Partidos Políticos, y 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Sólo habría inconstitucionalidad si la nueva regulación invadiera materias reservadas por el art. 81.1 CE de forma exclusiva a las leyes orgánicas.

Por mucho que podamos coincidir con la afirmación del carácter "primario y nuclear" que la regulación de la financiación de los partidos políticos posee dentro del sistema electoral general, y que podamos en consecuencia considerar, con la Audiencia Nacional, que "la regulación del régimen de subvenciones de la financiación electoral constituye un elemento esencial del sistema (ya que) contribuye a garantizar la transparencia e igualdad de concurrencia en el proceso electoral" (razonamiento jurídico tercero), nos plantea serias dudas la argumentación que rechaza de forma tajante, pero sin dar excesivas explicaciones, que nos encontremos ante una legislación de desarrollo (*cf.* el razonamiento jurídico tercero del auto, que considera que "no estamos (...) ante una norma de desarrollo, sino ante una alteración sustancial del sistema de subvención estructurado en la ley que parece debería haber sido regulado por ley orgánica").

siendo constitucional la regulación, no lo sea la pretensión de aprovecharla hacia el pasado dando cobertura legal con ella a actuaciones administrativas que no la tenían en su momento.

Por lo demás, y como demuestra el hecho de que este aspecto no es señalado en la fundamentación de la cuestión de inconstitucionalidad, no es descabellado pensar que la regulación en sí contenida en la DA 23.^a Ley 24/2001 pueda ser compatible con el derecho de participación del art. 23 CE y el principio de no discriminación consagrado en el art. 14 CE. Es claro que con ella se introduce una excepción al régimen general en materia de financiación de partidos políticos. Pero también lo es, creemos, que algunas de las causas para ello invocadas pueden ser entendidas como proporcionadas y suficientes para establecer este trato diferenciado ¹¹. Al menos, así vamos a presumirlo, para evitar lo que sería el cómodo expediente de, negando la mayor, evitar el estudio de una cuestión jurídicamente compleja como es el análisis de la vertiente convalidadora de la norma (algo que, como ya se ha indicado, sería innecesario caso de entenderla inconstitucional materialmente).

2. Compatibilidad constitucional de la convalidación legislativa

A nuestro juicio, la DA 23.^a Ley 24/2001 es inconstitucional en lo que se refiere a su pretensión de convalidar legislativamente, de convertir en acordes a Derecho, las reiteradas negativas de la Administración del Estado, que han sido judicialmente tachadas de ilegales, a pagar subvenciones electorales a *Herri Batasuna* y las organizaciones que le han sucedido. Este juicio de inconstitucionalidad habrá de ser también realizado por el propio Tribunal Constitucional, ya que ni siquiera aplicando su doctrina (por demás generosa) construida cuando ha tenido ocasión de enjuiciar la constitucionalidad de otras leyes de convalidación creemos que pueda entenderse jurídicamente admisible la que nos ocupa, en la medida que presenta perfiles que la diferencian de las anteriores precisamente en aspectos que fueron juzgados básicos

¹¹ En concreto, la ausencia de ejercicio práctico de la función representativa que da origen, en esencia, a que se financien determinados gastos y estructuras organizativas es un motivo que difícilmente puede entenderse objetable constitucionalmente. A nuestro juicio, es más discutible que la participación pasada en actividades por las que el sujeto responsable ya ha sido juzgado y condenado pueda conducir a consecuencias de tal índole para un partido político en el que desarrolle funciones de importancia una persona con tal pasado. Este supuesto, creemos, bordea la inconstitucionalidad por restringir de forma excesiva e injustificada la libertad ideológica y el derecho a la participación política. Con todo, nuestra opinión favorable sobre la constitucionalidad del primer supuesto es suficiente como para que el análisis en punto a la constitucionalidad de la convalidación no nos parezca impertinente.

para salvar la constitucionalidad de éstas. Así pues, adelantando ya nuestra opinión, creemos que la convalidación legislativa que realiza la DA 23.^a Ley 24/2001 presenta perfiles propios que la convierten en difícilmente conciliable con la Constitución.

Y más todavía si tenemos en cuenta la jurisprudencia del TEDH, que ha de integrarse en el análisis que sea realizado, y especialmente en todo lo referido a posibles afecciones al derecho a la tutela judicial efectiva. Al operar la ley enjuiciada una convalidación de acciones administrativas que afectan a unas concretas pretensiones individualizadas que han dado lugar, por medio de sentencias ya firmes, a concretos derechos de unos sujetos, la afección que supone al derecho a la tutela judicial efectiva es mucho mayor que la que podían suponer las convalidaciones legislativas hasta la fecha enjuiciadas por el Tribunal Constitucional. Se trata de un aspecto, como veremos, central, y que no puede ser obviado al resolver la cuestión de inconstitucionalidad. Como ineluctable es también aplicar la doctrina del TEDH, muy rígida con actuaciones del legislador que presentan estos perfiles, so pena de ver cómo el Tribunal de Estrasburgo acaba enmendando la plana a nuestro Tribunal Constitucional.

a) La retroactividad de la convalidación legislativa

Según señala expresamente la DA 23.^a Ley 24/2001, 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. La norma, al indicar que no se aplica sólo *pro futuro* sino que aspira también a regular situaciones todavía *sub iudice* e incluso aquellos casos ya juzgados y en los que haya una sentencia que reconozca el derecho a percibir las referidas subvenciones, establece su carácter retroactivo de forma expresa. En efecto, en ambos casos se estaría aplicando a hechos anteriores a la aprobación de la norma, pues los mandatos parlamentarios que dieron objeto a la subvención que se excluye ahora se desarrollaron en el pasado, y fueron obtenidos en un marco legal referido a la financiación de partidos políticos diferente al que con la nueva regulación se superpone, modificando las consecuencias jurídicas que el ordenamiento prevé para actuaciones acaecidas en un momento anterior¹².

¹² La ausencia de un concepto normativo que aclare la noción de retroactividad ha sido objeto de no pocas polémicas y discusiones. Como resultado de las diferentes construcciones dogmáticas a las que ha dado lugar esta indefinición normativa existen casos en los que, dependiendo de la óptica que se adopte, puede entenderse que una norma tiene efectos retroactivos o no. Igualmente, se han establecido diferencias según los “grados” de retroactividad. Las especiales características de las convalidaciones legislativas, cuya retroactividad es de tal grado que no es

Este efecto retroactivo, sin embargo, no creemos que suponga un problema real en lo que se refiere a la constitucionalidad de la regulación. El artículo 9.3 de la Constitución garantiza la irretroactividad de las *disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*, de forma que sólo podríamos entender inconstitucional la ley de convalidación si contuviera disposiciones sancionadoras no favorables (lo que no es el caso, dado que la no concesión de una subvención no puede, en ningún caso, equiparse a una sanción)¹³ o supusiera una restricción de derechos individuales, bien de forma directa bien por la vía de habilitar a la Administración para ello.

Únicamente esta última posibilidad es en alguna medida problemática. Y ello porque es posible interpretar que, acudiendo al poso doctrinal legado por la tradicional doctrina de los derechos adquiridos (*iura quaesita*), que establece como límite a la retroactividad la absoluta indemnidad de cualquier derecho adquirido con anterioridad¹⁴, la previsión

posible negarla desde ninguna de las ópticas comúnmente consideradas, nos exime de fundamentar con más detenimiento esta cuestión. En todo caso, y sobre estas cuestiones, *vide* las clásicas obras de Paul ROUBIER, *Les conflits des lois dans le temps (Théorie dite de la non-rétroactivité des lois)*, 2 vols., Sirey, Paris, 1.929-1933; y, en Derecho español, Francisco LÓPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Instituto García Oviedo-Universidad de Sevilla, 1.982.

¹³ El artículo 9.3 de la Constitución establece un clarísimo límite en materia sancionadora, que afecta tanto al Derecho penal como al Derecho administrativo. No son constitucionales las “disposiciones sancionadoras no favorables” retroactivas. De forma que en ningún caso una convalidación legislativa podrá, en virtud de sus necesarios efectos retroactivos, convalidar sanciones administrativas *in peius* previamente declaradas ilegales o convalidar cualquier elemento que produzca como efecto la posibilidad de aplicar una sanción que de otra forma, producida la ilegalidad, carecería de base jurídica para existir o ejecutarse. Fuera de estos estrictos límites, sin embargo, no puede considerarse que exista limitación a la retroactividad. Y, como parece claro, la delimitación de las condiciones que han de concurrir en un determinado sujeto para recibir una subvención (y las posibles excepciones) podrán ser más o menos exigentes y gustar más o menos (incluso podrán perseguir modificar conductas o alentar ciertas acciones, dejando otras sin subvención), pero no son en ningún caso sanciones.

¹⁴ Aunque esta teoría ha quedado definitivamente superada por su carácter tautológico y sus carencias explicativas, sobre todo a partir de la consagración de los límites establecidos por la Constitución, no puede negarse que la influencia de la doctrina de los *iura quaesita* late de forma evidente en los Códigos civiles europeos (y también en el español). Sobre la misma, su validez actual únicamente como sostén nominal y su paulatino abandono, pueden consultarse las obras de LÓPEZ MENUDO, *op. cit.*, pp. 91-108; y Alejandro NIETO, “Los derechos adquiridos de los funcionarios”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 39.

del artículo 9.3 de la Constitución no vendría sino a confirmar esta tesis y a consagrarla con rango constitucional. Sin embargo, y desde un primer momento, el Tribunal Constitucional se ha alejado expresamente de la misma ¹⁵, equiparando restricciones de derechos con restricciones de derechos fundamentales. Esta postura ha dado origen a una doctrina que, cuando los derechos que se ventilan son de naturaleza económica, permite en gran medida la retroactividad constitucional. El propio Tribunal Constitucional, por medio de su Sentencia 273/2000, de 15 de noviembre ¹⁶, que trata precisamente una convalidación legislativa en materia tributaria ¹⁷, ha tenido ocasión de reiterar su jurisprudencia y de aplicarla a este tipo de leyes. Como es lógico, dado la reducida capacidad limitadora que el artículo 9.3 CE así entendido posee, esta traslación supone habitualmente la declaración de la inobjetablez constitucional de la ley en lo que se refiere a su efecto retroactivo ¹⁸.

¹⁵ Desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1981, de 20 de julio, que argumenta que, al no contener la Constitución ninguna referencia expresa a la teoría de los derechos adquiridos, se ha de suponer rechazada por no casar con la filosofía jurídica contenida en el texto constitucional. Su Fundamento de Derecho Décimo expone que “desde el punto de vista de la constitucionalidad, debemos rehuir cualquier intento de aprehender la huidiza teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea la expresión “derechos adquiridos””, y declara que “hemos de tener en cuenta que el concepto de “derecho individual” no puede confundirse con el *ius quaesitum*; el 9.3 -en todo o en parte- alude a los derechos fundamentales del Título I y, para algunos, parece incluso excesivo que el principio constitucional de la irretroactividad alcance a las Leyes, restringiéndolo a los Reglamentos. El principio de irretroactividad del art. 9.3, en cuanto a las leyes, concierne sólo a las sancionadoras no favorables, y a las restrictivas de derechos individuales, en el sentido que hemos dado a esta expresión”. *Vide*, asimismo, las SSTC 6/1983 (FJ 3.º), 42/1986 (FJ 4.º), 197/1992 (FJ 4.ª), entre otras.

¹⁶ *Vide*, sobre esta Sentencia, GARCÍA LUENGO, *op. cit.*

¹⁷ La convalidación legislativa cuestionada había sido realizada por la Disposición adicional segunda de la Ley 17/1987, de 13 de julio, de Administración Hidráulica de Cataluña, en respuesta a la anulación realizada por el Tribunal Supremo del Decreto 11/1983, de 21 de enero, confirmando la Sentencia de 20 de febrero de 1.986 de la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Barcelona. Esta disposición legal integra todas las normas cuestionadas, y declara la regulación “aplicable con rango de Ley a los supuestos producidos antes de la entrada en vigor” de la Ley.

¹⁸ El Fundamento de Derecho Quinto de la STC 273/2000 recuerda respecto de “la expresión “derechos individuales” contenida en el artículo 9.3 de la Constitución sobre los diferentes derechos proclamados en el Título I de la Constitución, que las normas que imponen cargas tributarias con base en lo dispuesto en el artículo 31.1 del propio Título no son por definición disposiciones “restrictivas de derechos individuales” en el sentido del referido artículo 9.3 CE. En efecto (...), en el mencionado artículo 31.1 de la Constitución se consagra un auténtico mandato

Con estos mimbres dogmáticos y jurisprudenciales no puede sino concluirse que, en lo que se refiere a la retroactividad de la ley de convalidación contenida en la DA 23.^a Ley 24/2001, ningún reparo de constitucionalidad puede señalarse. La determinación del régimen de las subvenciones, en la medida en que no suponga trastorno constitucional al derecho de participación, es una cuestión que no supone afección a derechos individuales en el sentido del art. 9.3 CE y que, por tanto, puede ser regulada retroactivamente ¹⁹.

b) Seguridad jurídica y la convalidación legislativa

Íntimamente conectado con la condición retroactiva que presenta toda ley de convalidación se encuentra otro posible óbice constitucional que puede imputarse a la DA 23.^a Ley 24/2001. Se trata de la afección a la seguridad jurídica (garantizada por el art. 9.3 CE) que la modificación del marco legal puede provocar. Aunque es este un aspecto diferente al de la retroactividad constitucionalmente vedada a las leyes, no podemos perder de vista que el origen del posible quebranto del principio de seguridad jurídica es, justamente, la pretensión de la convalidación legislativa de afectar a situaciones pasadas. Y es que dentro de las normas constitucionalmente legítimas en atención a su retroactividad puede haber algunas que, por unir a su carácter retroactivo en principio lícito la concurrencia de otros elementos, no sean constitucionalmente admisibles al quebrar las exigencias de seguridad jurídica. Estos factores adicionales, que suelen referirse a los elementos fácticos que concurren en el caso concreto o a evaluaciones sobre la justificación o arbitrariedad de la medida, acaban convirtiendo al principio en una vía de entrada a consideraciones de justicia material ²⁰ llamadas a

jurídico, del que se deriva un deber constitucional para los ciudadanos de contribuir, a través de los impuestos, al sostenimiento o financiación de los gastos públicos, un deber que, por otro lado, enlaza sin tensión dialéctica alguna con la función social de la propiedad (artículo 33.2 de la Constitución). Todo ello, como es lógico, dejando de lado el supuesto, aquí no concurrente, de las normas sancionadoras tributarias, que encuentran su propio reflejo en el mismo artículo 9.3 CE". Para una crítica de la doctrina constitucional que obliga a concluir en este sentido, *cfr.* GARCÍA LUENGO, *op. cit.*, p. 446.

¹⁹ En este punto coincide el análisis que realiza la Audiencia Nacional al plantear la cuestión de inconstitucionalidad, que señala en su razonamiento jurídico cuarto que "es problemático considerar que la revocación de las subvenciones pueda subsumirse en el concepto de "derechos individuales" a los que hace referencia el citado artículo tal y como viene siendo interpretado por el TC en las SSTC 42/1986, 173/1996 y 131/2000".

²⁰ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen I, Tercera edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2.000, p. 372-373, señala

superar las limitaciones que un análisis exclusivamente basado en la retroactividad prohibida por la Constitución puede hacer sentir, dada la estrechez ya comentada de la misma, en determinados casos ²¹.

Asumiendo este punto de vista, la convalidación legislativa operada por la DA 23.^a Ley 24/2001 podría ser inconstitucional, ya que no por retroactiva, sí por afectar a la seguridad jurídica. Es lo que sostiene, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Nacional que fundamenta la cuestión de inconstitucionalidad planteada ²². Sin embargo, creemos complicado llegar a esta conclusión debido al carácter un tanto evanescente de la seguridad jurídica como parámetro para determinar la inconstitucionalidad de una ley y, muy especialmente, a lo que creemos es su especial incapacidad para determinar la inconstitucionalidad de, en concreto, convalidaciones legislativas.

que para determinar una posible afección a la seguridad jurídica "lo fundamental y primario es la valoración del caso concreto en función de determinados parámetros generales". En este marco se sitúa la paulatina "toma en consideración del principio de protección de la confianza como criterio para enjuiciar la adecuación de las innovaciones normativas a la Constitución cuando alteran una regulación en la que los ciudadanos habían basado su conducta" señalada por GARCÍA LUENGO, *op. cit.*, pp. 444-445.

²¹ De hecho, el propio Tribunal Constitucional viene reconociendo desde su Sentencia 126/1987 (Fundamentos de Derecho Noveno y Décimo) que el artículo 9.3 de la Constitución es un límite insuficiente a la retroactividad y que también serán inconstitucionales todas aquellas normas en las que se contengan regulaciones cuya retroactividad suponga ofensa a otros principios constitucionales. En este sentido, *vide* LÓPEZ MENUDO, *op. cit.*, pp. 63-64, cuando constata que "en el ámbito de lo jurídico, pasado, presente y futuro se confunden en gran medida y que una norma circunscrita a regular los efectos futuros de las relaciones o situaciones jurídicas en curso, puede producir una sustancial modificación de los hechos y efectos pasados y, por tanto, implicar una retroactividad, si no formal, sí material"; sin que sistemáticamente estas actuaciones sean constitucionalmente imposibles por su retroactividad. Por lo que plantea, "ante el conflicto entre el criterio formal y las consideraciones de orden material, *¿qué papel ha de jugar el principio de seguridad jurídica, incluso el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, plasmados en el propio artículo 9.3 Constitución?*".

Conviene aclarar, con todo, que estas reflexiones de López Menudo se refieren, más que a casos de retroactividad no vedada constitucionalmente por no entrar dentro de los dos supuestos del art. 9.3 CE, a supuestos en los que la norma, por tener efectos de retroactividad no plena, no queda afectada siquiera por las limitaciones establecidas en ese precepto (afección a derechos individuales y normas sancionadoras).

²² La Sala no encuentra "justificación objetiva y plausible que hiciera ceder el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) ante intereses públicos de preferente protección" (razonamiento jurídico cuarto).

Como decimos, tratar de establecer pautas de interpretación que permitan definir *a priori* qué será acorde a la seguridad jurídica y qué no es una tarea ciertamente complicada. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 173/1996, ha señalado que determinar cuándo una norma tributaria de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que sólo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma y, de otro, las circunstancias que concurren en cada supuesto (Fundamento de Derecho Tercero)²³. En general, como decimos, parece que se trata de una exigencia constitucional bastante atenuada por difícilmente exigible *in concreto*.

Incapacidad limitadora que aumenta cuando se trata, precisamente, de convalidaciones legislativas. Algo de ello apuntó ya el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia 273/2000, única ocasión en la que ha estudiado una ley de convalidación de actuaciones administrativas ilegales bajo el prisma de su compatibilidad con la seguridad jurídica y en la que, tras considerar posible que la eficacia retroactiva de la convalidación entre en colisión con otros principios constitucionales y de forma muy significativa con el principio de seguridad jurídica (Fundamento de Derecho Sexto), realiza el correspondiente análisis de las circunstancias del caso para descartar tal hipótesis amparándose sobre todo en la previsibilidad de la regulación (*vide* sus aclaradores Fundamentos de Derecho Octavo, Décimo, Undécimo y Duodécimo).

Este resultado no debe sorprendernos si tenemos en cuenta que las convalidaciones legislativas, en contra de lo que quizá pudiera sospecharse inicialmente, están en realidad especialmente bien pertrechadas para superar controles en materia de seguridad jurídica, dados cuáles son los extremos habitualmente enjuiciados al respecto. Así, en lo relativo a la certeza de la norma, queda claro que las convalidaciones

²³ La STC 65/1987 enumeró algunos de los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de analizar una norma en cuanto a si respeta o no los parámetros constitucionales de seguridad jurídica: así, la seguridad jurídica se ve menos afectada cuando la innovación del ordenamiento se lleva a cabo de forma precisa, cierta y la norma que la contiene está formalmente publicada, mediante una norma de rango adecuado; la previsibilidad de la medida es un elemento de gran importancia, en tanto una norma imprevisible afecta más gravemente a la seguridad jurídica que aquella que no lo era tanto; el propio grado de retroactividad de la norma impugnada, así como el mayor o menor limitado alcance de la misma y su generalidad son cuestiones relevantes (cuanto mayores sean ambos, menos admisibles las reformas por su afección a la seguridad jurídica); incluso la misma finalidad de la medida y la concurrencia de circunstancias excepcionales y urgentes que puedan justificar su adopción son factores que son evaluados por la jurisprudencia para determinar la existencia de una afección a la seguridad jurídica de relevancia constitucional o no.

legislativas, cuya naturaleza las vincula necesariamente con una realidad jurídica cierta y previa, no deben tener problemas en la superación del trámite. Igualmente, la ausencia de previsibilidad, elemento central a la hora de determinar quebras a la seguridad jurídica, muy difícilmente puede alegarse frente a una convalidación, ya que la existencia de una actuación previa, por mucho que ilegal, permite prever sin dificultades la voluntad de la Administración y de los poderes públicos de establecer una regulación u acción en un determinado sentido con gran antelación a la aprobación de la ley retroactiva. O, al menos, las posibilidades de que se aprecie tal imprevisibilidad son lógicamente mucho menores, dado que ya existe una base jurídica previa (aunque con taras jurídicas), lo que, por nimio que pueda considerarse, ya es más que cuando el cambio normativo se ha realizado desde cero, sin ningún soporte fáctico o jurídico previo ²⁴. Por último, la concurrencia de intereses públicos, en la medida en que la convalidación persigue precisamente salvar un problema que puede afectar a los mismos, permite aportar un factor adicional de solidez a las convalidaciones en cuanto al examen de su respeto a la seguridad jurídica ²⁵.

La DA 23.^a Ley 24/2001 cumple en este sentido con los requisitos en materia de seguridad jurídica de acuerdo con lo que ha sido la interpretación de los mismos en la jurisprudencia constitucional. Se trata de una regulación que desde la sola perspectiva de la seguridad jurídica parece en realidad irreprochable, ya que viene a introducir certeza al Derecho y al ordenamiento, y, además, sin innovar en absoluto sobre el contenido de la actuación previa de los poderes públicos, lo que hace más complicadas las posibles objeciones referidas a su falta de previsibilidad (que sólo podrían subsistir, de forma muy matizada, como exclusivamente vinculadas a la previsibilidad del *marco legal*).

No nos parece por ello que acierte la cuestión de inconstitucionalidad planteada al incidir en este motivo de inconstitucionalidad. Y menos todavía cuando, al hacerlo,

²⁴ Como se ha señalado, la STC 273/2000 precisamente encuentra un básico apoyo en este dato para concluir que la convalidación legislativa enjuiciada no afecta a la seguridad jurídica (Fundamento de Derecho Undécimo).

²⁵ Se trata de un aspecto también resaltado por la STC 273/2000 (Fundamento de Derecho Duodécimo). Es más, de hecho parece que el carácter contradictorio del propio principio de seguridad jurídica puede constituir en no pocos casos más un apoyo a las convalidaciones legislativas que una tara. Así, para MATHIEU, “Valeur et portée des validations législatives devant le juge constitutionnel: un nouvel équilibre entre les considerations liées à l'intérêt général et celles relatives à la garantie des droits? (À propos des Décisions 97-390 DC et 97-393 DC)”, en *Révue Française de Droit Administratif*, n.º 1, 1.998, p. 157; o DOMÉNECH PASCUAL, *La invalidez...*, *cit.*, pp. 219 y ss.

apunta la inexistencia de fines públicos que puedan atemperar tal reproche. Porque, si no bastara para ello el nada desdeñable de dotar de certeza al ordenamiento, es evidente que además el legislador persigue otros muy claros (la defensa del pluralismo político dentro de los márgenes de respeto al sistema democrático que entiende necesarios). Otra cosa es que esta finalidad sea perseguida de forma apta e idónea, o que no se introduzcan para ello medidas con un contenido arbitrario o poco respetuosas con ciertos derechos. Pero es ésta una cuestión que, siguiendo la jurisprudencia del TEDH en torno al derecho a un juicio justo, hemos de analizar en sede de la garantía constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva.

c) Posible violación del derecho a la tutela judicial efectiva

La Ley 24/2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al convalidar legislativamente por medio su Disposición adicional vigésimo tercera las actuaciones de la Administración declaradas ilegales en las que ésta se negaba a pagar las subvenciones debidas a una formación política, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y es, por ello, inconstitucional. Al menos, esta es la conclusión a la que nos lleva nuestro análisis de lo que es la garantía del mismo en nuestro ordenamiento.

- La tutela judicial efectiva en la Constitución y su conexión con la reserva de jurisdicción

En este punto conviene recordar que la separación de poderes establecida en la Constitución española y el reparto orgánico del poder de ella derivado, la atribución de ciertas funciones a cada uno de los órganos constitucionales, permite delimitar el ámbito de actuación de la función jurisdiccional del Estado, que constituirá *la reserva de jurisdicción en nuestro ordenamiento constitucional*²⁶. Esta reserva está muy relacionada con la esencia última de la actividad de juzgar, que no es sino la facultad de

²⁶ El esfuerzo dogmático de mayor calado realizado hasta la fecha en esta dirección es el contenido en el trabajo, ya mencionado a lo largo de este estudio, de Santiago MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1.989. Señala Muñoz Machado que “el legislador no puede sustituir a los jueces y magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional. Este es un límite constitucional a la potestad legislativa que, formulado como tal, es la expresión de una reserva de aquella función jurisdiccional a los jueces y magistrados. Esta es una de las manifestaciones de la atribución “*exclusivamente*” (artículo 117.3 CE) a ellos de dicha tarea. La ruptura de la regla de la exclusividad puede producirse de muchas maneras. Ocurre, obviamente, cuando el legislador admite que ejerzan jurisdicción órganos que no son jueces y Tribunales. *Pero también cuando la ley asume directamente el ejercicio de la función de juzgar*” (el subrayado es nuestro).

determinación irrevocable del Derecho aplicable a un caso concreto ²⁷. A partir de este momento, queda vinculada de forma indefectible la protección del derecho a la tutela judicial efectiva con la del propio ámbito reservado a la jurisdicción que el legislador no puede invadir.

Así, como manifestación de la reserva constitucional de jurisdicción, la indemnidad absoluta de las decisiones judiciales firmes frente a cualquier intervención es un principio que estructura nuestro Derecho de forma global. El legislador no puede desconocer la obligación que de respetar y ejecutar lo juzgado, en virtud del art. 118 CE, tienen todos los operadores jurídicos (no sólo los ciudadanos sino también los poderes públicos y, entre ellos, el legislador). Obligación que se corresponde con el derecho del que disponen los ciudadanos, elevado a la categoría de fundamental por el art. 24 CE, como garantía del respeto a las decisiones finales en las que se hayan ventilado sus derechos o intereses legítimos, pero que también es manifestación de la garantía que el ordenamiento jurídico constitucional desea extender sobre el propio ejercicio de la función jurisdiccional ²⁸.

²⁷ Aquello que, en palabras de Hans Kelsen, identifica a la función jurisdiccional es la intangibilidad de la cosa juzgada, la especificidad de la *función jurídica consistente en la aplicación normativa dotada del máximo grado de irrevocabilidad positivamente admitido*, núcleo que constituye la reserva de jurisdicción constitucionalmente inatacable (*apud* Juan RUIZ MANERO, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.990, pp. 63-64). *Vide* sobre este asunto Juan Luis REQUEJO PAGÉS, *La fuerza de cosa juzgada y el principio de independencia como categorías lógico-jurídicas (su reducción en los ordenamientos positivos al ámbito de la jurisdicción y su ejercicio)*, Tesis doctoral, Universidad de Oviedo, 1.988. Esta es una opinión que suscita un cierto acuerdo doctrinal. En idéntico sentido, *vide* DOMÉNECH PASCUAL, *La invalidez...*, *cit.*, pp. 450 y la bibliografía allí citada.

²⁸ La única excepción a este principio es la previsión contenida en el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El precepto, en aplicación muy respetuosa de las consecuencias derivadas de la idea desarrollada, exceptiona el régimen general de aplicación de las Sentencias del Tribunal a los procesos concluidos mediante sentencia firme (donde rige el absoluto respeto a la cosa juzgada y, en consecuencia, la irreversibilidad, la no afección del proceso concluido por la posterior declaración de inconstitucionalidad de una norma). Empero, el riguroso respeto que merece la materia sancionadora, justifica excepcionalmente, como único caso en nuestro Derecho, la posible aplicación retroactiva de una hipotética sentencia *in bonus* en el ámbito del Derecho sancionador, esto es, cuando una declaración de inconstitucionalidad pudiera beneficiar a un ciudadano sancionado cuyo proceso se encuentra ya finalizado por medio de sentencia firme. Pero, al margen de esta excepción, el respeto a la cosa juzgada es máximo en nuestro Derecho y vincula también, alcanzándolo plenamente, al legislador.

La ley de convalidación contenida en la DA 23.^a Ley 24/2001 altera el régimen jurídico aplicable a situaciones ya resueltas judicialmente por medio de sentencias firmes en las que se habían reconocido de forma definitiva derechos a ciertos sujetos. Derechos que, en consecuencia, habían pasado a formar parte de su patrimonio jurídico. El derecho a la tutela judicial efectiva, como ha sido declarado por el Tribunal Constitucional, comprende el derecho a la ejecución de lo juzgado (SSTC 32/1982 y 15/1986), y a que se respete ese ámbito de inderogabilidad última constituyente de la esencia de la reserva de jurisdicción que consiste en “la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, pues también si la cosa juzgada,...., fuese desconocida, vendría a privarse de eficacia a lo que se decidió con firmeza al cabo del proceso” (Fundamento de Derecho Segundo de la STC 159/1987, de 26 de octubre).

La intangibilidad de la cosa juzgada, garantizada por el artículo 24 de la Constitución, imposibilita las ingerencias del legislador en controversias definitivamente cerradas. Algo que, como se deduce inevitablemente, significa que las convalidaciones legislativas serán en este punto admisibles constitucionalmente únicamente en cuanto referidas a supuestos en los que no haya cosa juzgada que sea amparable a través del art. 24 CE. Y, en cambio, no lo serán cuando hayan dado lugar, por medio de sentencia firme, a la declaración de un derecho con un contenido jurídico concreto que se integre en el patrimonio de un sujeto y quede protegido por el ordenamiento. Por ello, las convalidaciones legislativas que afectan a asuntos ya juzgados definitivamente sólo son posibles cuando versan sobre una cuestión general en la que no se ventilan intereses de esta índole (por ejemplo cuando pueden ser reconducidas a mero problema normativo, por definición aún no cerrado, pues lo será por el juez que, aplicando las normas dadas, proporcione la solución jurídica última a la que el Derecho dota, como cosa juzgada, del máximo grado de irrevocabilidad positivamente admitido). En este sentido ha de entenderse, según nuestro parecer, la declaración que realiza la Sentencia del Tribunal Constitucional 73/2000, de 14 de marzo ²⁹, con motivo de la primera ocasión en que se analizó la compatibilidad con el marco constitucional de una convalidación legislativa en nuestro país. En este caso, en el que no es ocioso indicar que la ley de convalidación solventaba un problema de adecuación normativa de tipo general, en el que no se veían afectados derechos o intereses concretos de ciudadanos individuales ³⁰, fija el Tribunal

²⁹ *Vide*, sobre esta Sentencia, DOMÉNECH PASCUAL, “Convalidaciones legislativas, derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la arbitrariedad”, *cit.*; y ALEGRE ÁVILA, *op. cit.*

³⁰ El origen de la Sentencia se encuentra en una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional surgida en torno al examen de la adecuación a la legalidad de la Resolución del Ministerio de Obras

Constitucional como doctrina jurisprudencial en la materia que no pueden las convalidaciones legislativas entenderse contrarias a la Constitución por afectar al derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que no hay ataque alguno a la reserva de jurisdicción cuando se alteran las reglas en un proceso que se encuentra pendiente ³¹. Afirmación que, creemos, sólo es una correcta interpretación de las garantías instauradas por la Constitución con la matización realizada. De forma que una convalidación legislativa, por el contrario, no será posible cuando afecte a una decisión judicial firme que anule por motivos de legalidad cualquier actuación administrativa (acto o disposición) y haya generado en el patrimonio jurídico de algún ciudadano derechos

Públicas, de 2 de noviembre de 1.990, por la que se aprueba el expediente de información pública y técnica y, definitivamente, el Proyecto 02/89, de la presa de Itoiz (Navarra). La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en Sentencia de 29 de septiembre de 1.995, había anulado la mencionada Resolución (y el Tribunal Supremo había confirmado la misma en Sentencia de 14 de julio de 1.997 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) por juzgar ilegal el Proyecto en cuanto al respeto material a la legislación ambiental en ese momento vigente (en concreto, respecto de las zonas protegidas anejas a las Reservas naturales y Zonas de Especial Protección de Aves). Mientras el proceso judicial de fiscalización del ajuste a la legalidad de la Resolución proseguía su curso, y con anterioridad a la referida Sentencia del Tribunal Supremo, el Parlamento de Navarra había aprobado la Ley Foral 9/1996, de 17 de junio, de espacios naturales de Navarra, que modificaba el régimen jurídico de las zonas de protección de las reservas naturales vigente en el momento en que fue dictada la Resolución impugnada (contenido en la Ley Foral 6/1987). Cambios que, como es obvio, suponían que la nueva legislación ambiental pasaba a aceptar la compatibilidad de ciertas infraestructuras hidráulicas (como el embalse en cuestión) con las zonas de protección afectadas. Y que, caso de entenderse retroactivos (y de ser legítimos constitucionalmente), conllevaban la transformación de la obra ilegal en legal. La presa de Itoiz, que no respetaba inicialmente la normativa en materia de protección ambiental de la Comunidad Foral de Navarra, pasaba a tener perfecta cabida en las exigencias de la misma.

³¹ La STC 73/2000 señala en su Fundamento de Derecho Séptimo que es una opción legítima del legislador "modificar, en todo o en parte, la regulación jurídica de una determinada materia o de un concreto sector del ordenamiento" y que entender imposible semejante intervención cuando hay un proceso pendiente o cuando ya se ha dictado una sentencia sobre el mismo no es razonable, pues "conduciría, en última instancia, a la petrificación de cualquier régimen normativo tan pronto se hubiera dictado una Sentencia aplicando el régimen jurídico precedente. De lo que resultaría, en suma, que el ordenamiento perdería el carácter evolutivo y dinámico que es propio de los sistemas normativos modernos".

Vide SSTC 17/1999 (FF.JJ. 2 y 3) y 92/1999 (FJ. 5).

dotados de ese máximo grado de irrevocabilidad positivamente admitido por el Derecho propio de la cosa juzgada.

Es este un límite que entendemos claro en nuestro ordenamiento, en la medida en que una ley no puede cercenar de esta forma el patrimonio jurídico de un sujeto de derecho. La ley tiene vedado constitucionalmente actuar de esta forma. Y sólo acudiendo a procedimientos expropiatorios o similares es posible, cuando concurre justa causa y con la contrapartida de la correspondiente indemnización, detraer del patrimonio de un sujeto derechos que le han sido reconocidos.

Así, por ejemplo, prevé nuestro ordenamiento que pueda ocurrir en algunos casos, llegando incluso a establecer la posibilidad de que sentencias firmes que reconozcan derechos o intereses legítimos a particulares frente a la Administración no sean ejecutadas cuando concurren “causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia” (art. 105.2 LJCA) ³². Sin embargo, ninguna de estas previsiones puede justificar la convalidación legislativa de una actuación administrativa ilegal. Porque, en la medida en que de naturaleza expropiatoria ³³, no afectan en nada a la intangibilidad de la cosa juzgada, que no ponen en cuestión, quedando tan definitivamente declarado el derecho del ciudadano e integrado en su patrimonio como una propiedad adquirida por medio de una compraventa. Cuestión distinta es que este derecho plenamente existente pueda ser requerido, por motivos de utilidad pública o interés social, siempre por medio del procedimiento previsto al efecto “fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno” la sentencia, como corresponde a la naturaleza expropiatoria de la figura. Sólo en estos términos, que en nada afectan a la necesidad de respeto a la cosa juzgada, opera la figura, y por ello el Tribunal Constitucional ha vinculado la posibilidad de que el ordenamiento jurídico permita la inexecución de sentencias, cuando concurren las citadas causas excepcionales, al reconocimiento de la correspondiente indemnización, a que el sacrificio sea debidamente compensado (SSTC 153/1992, 91/1993 y 73/2000).

³² El art. 105.3 LRJCA establece que “son causas de utilidad pública o interés social para expropiar los derechos o intereses legítimos reconocidos frente a la Administración en una sentencia firme el peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el temor fundado de guerra o el quebranto de la integridad del territorio nacional”.

³³ Engarza esta previsión con la garantía expropiatoria, que afecta tanto a la ablación de la propiedad como a la de derechos individuales (STC 227/1998), suponiendo el establecimiento de una norma que prive de forma absoluta, sin resarcimiento alguno al titular de una situación jurídica garantizada por la cosa juzgada una violación de la Constitución (STC 149/1991).

La Disposición adicional vigésima tercera de la Ley 24/2001 realiza una convalidación legislativa pretendiendo ampararse en el precepto mencionado (art. 105 LRJCA), y exceptuando expresamente que, en tal caso, la inejecución de las sentencias dé lugar a la correspondiente indemnización. Creemos que, con lo expuesto, queda suficientemente claro que tal pretensión no es posible en la medida en que tal precepto no ampara la posibilidad de convalidar legislativamente, sino que se refiere a una figura diferente, de contenido expropiatorio. De tal forma que, tampoco al amparo de esta previsión legal, perfectamente constitucional, la convalidación legislativa, que topa con el infranqueable obstáculo de la garantía concedida por nuestro ordenamiento, a través del derecho a la tutela judicial efectiva, a la cosa juzgada y la separación de poderes, puede justificarse. Pero es que, además, tampoco será en ningún caso constitucional la pretensión de exceptuar la indemnización a la hora de aplicar el art. 105 LRJCA, pues como ya vimos la admisibilidad constitucional de la figura se encuentra (y así ha sido declarado por el TC) en la existencia de una compensación dada la naturaleza expropiatoria de una actuación en tal sentido. Por esta vía (que, reiteramos, no supondría en ningún caso la conversión de la actuación administrativa previa en legal, y que parte por tanto del reconocimiento de la deuda provocada por el impago de las subvenciones) sólo podrían expropiarse los derechos reconocidos en las sentencias con el pago de la debida indemnización (algo que equivaldría a satisfacer las cantidades en cuestión, con lo que la norma sería absurda y no lograría sus objetivos; precisamente por ello se pretende acudir a la convalidación legislativa, única fórmula que, caso de ser constitucionalmente posible, hubiera podido evitar el pago, por pasar a ser *legales* las reiteradas negativas de la Administración a hacer frente a las subvenciones).

Atendidas todas las consideraciones expuestas, creemos indudable el carácter inconstitucional de la Disposición adicional vigésima tercera de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, coincidiendo en este punto con la conclusión a la que llega la Audiencia Nacional en su cuestión de inconstitucionalidad (razonamiento jurídico quinto). El Auto de la Sala, por lo demás, enriquece la argumentación en punto a la violación que la norma supone del derecho a la tutela judicial efectiva apelando a la ausencia de motivos de interés general que pudieran justificar la convalidación legislativa. Se trata, a nuestro juicio, de una reflexión que no es estrictamente propia del análisis de la violación de la tutela judicial efectiva (creemos, más bien, que este tipo de consideraciones deberían en nuestro ordenamiento constitucional referirse a la posible quiebra del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos), pero que puede ser contemplada desde esta óptica dado que la jurisprudencia del TEDH incide sobremanera en este tipo de taras cuando realiza su análisis de compatibilidad de las convalidaciones legislativas con el derecho a un juicio

justo. Expresadas estas reservas, vamos a pasar a tratar la cuestión como colofón a las exigencias derivadas del necesario respeto que una ley de convalidación ha de guardar respecto del derecho del art. 24.1 CE, dado que el art. 10.2 CE obliga a integrar en el mismo esta línea jurisprudencial. De la misma extraemos límites adicionales a la constitucionalidad de las convalidaciones legislativas que reafirman el juicio que ya hemos emitido.

- Limitaciones a las convalidaciones legislativas derivadas del derecho a un juicio justo en la jurisprudencia del TEDH

La jurisprudencia del TEDH ³⁴ nos proporciona en este sentido no pocos elementos que contribuyen a afianzar el juicio de inconstitucionalidad que nos merece la ley de convalidación de las negativas, declaradas ilegales, al pago de las subvenciones a *Herri Batasuna*. Aunque están todos ellos referidos a cuestiones, sin embargo, más ligadas a la justicia material, a partir de los mismos aparecen nuevas limitaciones que contribuyen a establecer el panorama general de determinación de cuándo una convalidación es arbitraria y por ello inconstitucional a la luz de la interpretación, con valor constitucional, del art. 6.1 Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos (CEDH) ³⁵.

³⁴ Las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos más relevantes en materia de convalidaciones legislativas, que configuran en la actualidad una consolidada jurisprudencia, son las Sentencias de 9 de diciembre de 1.994 *Asunto Refinerías griegas Stran et Stratis Andreadis contra Grecia*; de 20 de noviembre de 1.995 *Asunto Naviera Presos contra Bélgica*; de 22 de octubre de 1.997 *Asunto Papageorgiou contra Grecia*; de 23 de octubre de 1.997 *Asunto National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society y Yorkshire Building Society contra el Reino Unido*; de 28 de octubre de 1.999 *Asunto Zielinski, Pradal y González y otros contra Francia*; de 14 de diciembre de 1.999 *Asunto Antonakopoulos, Vorstela y Antonakopoulou contra Grecia*; y de 28 de junio de 2.000 *Asunto Dimitros Georgiadis contra Grecia*). Sobre esta jurisprudencia, *vide* DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, *op. cit.*; Jerry SAINTE-ROSE, “Le contrôle de la conventionnalité des validations législatives par le juge judiciaire”, en *Révue Française de Droit Administratif*, noviembre-diciembre de 2.000, p. 1195; MATHIEU, “Les validations législatives devant le juge de Strasbourg...”, *cit.*; y “Une jurisprudence qui pêche par excès de timidité...”, *cit.*; Jean-Yves FROUIN y Bertrand MATHIEU, “Les validations législatives devant la Cour de Cassation. Observations sous Cour de Cassations, chambre sociale, 25 avril 2001”, en *Révue Française de Droit Administratif*, 2.001, n.º 5, pp. 1055-1062; DOMÉNECH PASCUAL *La invalidez de los reglamentos, cit.*, pp. 444-448.

³⁵ Conviene no perder de vista, sin embargo, un aspecto de gran importancia. Así como la convalidación que realiza la DA 23.^a Ley 24/2001 es claramente inconstitucional en cuanto a aquellas actuaciones administrativas ya definitivamente tachadas de ilegales por los órganos jurisdiccionales (y para ellas estos elementos no son sino motivos adicionales de

En general, la doctrina del TEDH, ha marcado pautas muy exigentes que restringen notablemente la posibilidad de emplear este procedimiento para convalidar actos o disposiciones administrativas ilegales. Esta jurisprudencia se construye en torno a la idea central, repetida constantemente, de que son contrarias a la CEDH aquellas intervenciones del legislador por medio de la aprobación de normas retroactivas de cualquier tipo que supongan de forma arbitraria la resolución de una controversia jurídica preexistente y ya planteada ante los Tribunales en las que se opongan el Estado y un particular³⁶. La idea fuerza defendida por el TEDH es que, a partir de un cierto momento del proceso judicial, y también si el grado de arbitrariedad del legislador al intervenir puede ser detectado por otros elementos, cualquier afección al parámetro legal de acuerdo con el que tiene que resolverse la controversia supone una conculcación del derecho a un proceso justo consagrado por el Tratado y, en consecuencia, se trata de una actuación antijurídica a cargo del Estado.

inconstitucionalidad), la reflexión realizada en torno a las exigencias que nuestro ordenamiento encadena al respeto a la tutela judicial efectiva no bastan para determinar la inconstitucionalidad de la convalidación de aquellas actuaciones administrativas en idéntico sentido pero que, por haber sido posteriores en el tiempo, están todavía *sub iudice*. Para estas últimas, cuya constitucionalidad es indudable también a la luz de la jurisprudencia del TEDH, la integración de la misma en el juicio que merezca la norma es imprescindible.

³⁶ Como puede constatarse, el nivel de exigencia que supone esta línea jurisprudencial es considerable. Con todo, debe señalarse que todavía lo era más la jurisprudencia inicial (la contenida en la Sentencia de 9 de diciembre de 1.994 que resolvió el *Asunto Refinerías griegas Stran y Stratis Andreadis contra Grecia*), pues condenaba toda interferencia legislativa que pretendiera afectar a la resolución de conflictos jurídicos a favor del Estado sin atender a más elementos que la demostración de que, efectivamente, nos encontrábamos ante una intervención del legislador que afectara a la resolución de un conflicto de forma favorable a los intereses del Estado. De acuerdo con esta tesis inicial del TEDH, que no admitía más excepción que un esbozo de referencia a la posibilidad de que motivos muy cualificados de interés general pudieran modificar el juicio, prácticamente ninguna convalidación legislativa era posible.

Sin embargo, con posterioridad, estas afirmaciones que solamente permitían un pequeño resquicio a consideraciones de hecho como legitimadoras de la intervención judicial, se han ido matizando en el sentido de ir abriendo, también, una vía a un análisis más centrado en el caso concreto y en las peculiares necesidades que pretende resolver la ley de convalidación y su justificación (así, a partir de la Sentencia de 23 de octubre de 1.997 *Asunto National and Provincial building society contra el Reino Unido*). Esta última línea jurisprudencial, más ponderada, hace especial hincapié en el peso de las razones que motivan la intervención del legislador, el tipo de intervención, su adecuación a la solución de la situación creada... en definitiva atiende a todos los elementos de un análisis de proporcionalidad sobre la necesidad de la medida.

Así, la jurisprudencia del TEDH obliga a tener en cuenta elementos como el modo de actuación del legislador a la hora de realizar la convalidación legislativa de una actuación administrativa concreta (el Tribunal de Estrasburgo es menos exigente con las convalidaciones indirectas, con aquellas realizadas por medio de la aprobación de normas generales que cubran y salven los vicios de legalidad) o la propia posición en la que quedan los ciudadanos afectados. De esta forma trata de determinar si podemos entender que la intervención ha permitido a la Administración, gracias a la actuación del legislador, prevalerse de armas superiores a las de los ciudadanos. En definitiva, si ha habido una interferencia ilegítima por alterar arbitrariamente un cierto equilibrio de las fuerzas procesales. Constatamos que el juicio realizado en este sentido supone, en última instancia, una posibilidad de reevaluación global de toda una serie de circunstancias que, una por una (generalidad, retroactividad, afcción de la tutela judicial efectiva, seguridad jurídica, reserva de jurisdicción), no podían por sí solas en ningún caso suponer la inconstitucionalidad de la ley, pero que analizadas de forma conjunta, junto a los elementos y hechos de la reacción del legislador que califican el supuesto, sí pueden acabar provocando esta declaración de inconstitucionalidad ³⁷.

De resultados de esta jurisprudencia puede predicarse, con carácter general, que la adopción de cualquier ley que dirima clara y directamente una controversia judicial en la que el Estado tenga intereses es susceptible de ser tenida por una manifestación de ejercicio arbitrario del poder legislativo. Desde esta óptica quedan analizadas las convalidaciones legislativas, en las que siempre se da este fenómeno, como sospechosas, *a priori*, de conculcar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Sospechas que se verificarán con la concurrencia de alguna de las circunstancias señaladas, como son, en lo que se refiere a la convalidación que venimos estudiando, el hecho de que los ciudadanos afectados queden sin posibilidad de reacción caso de que la ley sea legítima, que ésta llegue al final de la controversia y tras sucesivas sentencias contra la Administración o el que haya una evidente intención de los poderes públicos en predeterminar la solución judicial final. Estas consideraciones que, como se ha comentado ya, confirman la inconstitucionalidad de la intervención del legislador producida por medio de la DA 23.^a Ley 24/2001, habrán de ser integradas en el análisis

³⁷ Adquiere en este sentido una gran relevancia el análisis de proporcionalidad que al respecto pueda hacerse, la ponderación de todos los factores. Esta es la consecuencia de la integración de una jurisprudencia como la del TEDH, que tal y como señala con acierto DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, *op. cit.* p. 483, parece centrarse, para decidir, en el análisis de “los efectos reales que las leyes de validación puedan tener en los derechos de los justiciables”, esto es, en consideraciones de proporcionalidad en cuanto a las posibles lesiones y los fines perseguidos. *Vide*, en este mismo sentido, MATHIEU, “Les validations législatives devant le juge de Strasbourg...”, *cit.*, pp. 294-296.

por medio del cual el Tribunal Constitucional tendrá que resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada³⁸.

IV. REFLEXIÓN FINAL

El legislador, al pretender dar cobertura legal y convalidar aquellas actuaciones de la Administración que, por negar el pago de subvenciones a *Herri Batasuna* a las que esta formación tenía derecho, fueron declaradas ilegales, ha ido más allá de lo que le es constitucionalmente posible. Operando una convalidación de esta índole invade la reserva de jurisdicción que la Constitución española establece a favor del poder judicial, último encargado de declarar el Derecho aplicable a las controversias concretas. Y lo hace conculcando el derecho de aquellos sujetos de derecho que, por medio de esta intervención, ven amparados y reconocidos sus derechos o intereses. Pretender la transformación del marco legal aplicable a la controversia de tal forma que aquéllos queden desposeídos de éstos supone una violación del derecho a la tutela judicial efectiva que ha de comportar la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

La inconstitucionalidad de la convalidación legislativa contenida en la Disposición adicional vigésima tercera de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social debiera comportar su expulsión de nuestro ordenamiento jurídico, a cargo del Tribunal Constitucional, al anularla por apreciar esta disconformidad con la Constitución. Por otra parte, parece que este juicio crítico sobre la norma es compartido incluso por el propio legislador, que ya ha dotado al ordenamiento jurídico de fórmulas para, caso de que la declaración de inconstitucionalidad se llegara a verificar, garantizar que los fondos públicos en cuestión sigan sin llegar a las organizaciones políticas a los que son debidos. Así, la reciente Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, prevé en su artículo 12.1 c) que se dediquen todos los bienes de las formaciones disueltas a actividades de interés social o humanitario. Dado que, como hemos señalado, *Batasuna* está en estos momentos incurso en sendos procedimientos que pretenden dar lugar a su disolución empleando las dos vías previstas en esta ley, los

³⁸ Y ello aunque la diferencia evidente, sin embargo, que supone la participación del Estado (como Administración) como parte del pleito que se beneficia de la alteración realizada por el propio Estado (por mucho que como Legislador) no ha sido hasta la fecha tenida en cuenta por este órgano en sus SSTC 73/2000 o 273/2000. Sólo aparece en la primera de ellas, de forma indirecta, en las reflexiones que realiza el Tribunal Constitucional en punto al atentado que supondría para el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución una hipotética regulación que tuviera como único objetivo imposibilitar a una sentencia firme desplegar sus efectos.

fondos en cuestión, caso de que finalmente hubieran de ser pagados tras una Sentencia del Tribunal Constitucional en el sentido que creemos jurídicamente ineluctable, quedarían a disposición del Gobierno, que ya ha adelantado su intención de dedicarlos a las víctimas del terrorismo, si la disolución hubiera ya llegado a buen término. Y, en tanto no hayan finalizado los procedimientos al efecto, resultarían sometidos al embargo provisional dictado por la Audiencia Nacional en el seno del que está siendo conducido por la vía penal.

En suma, y por todos estos motivos, la regulación enjuiciada es, a nuestro entender, un ejemplo de norma desafortunada. Análisis que trasciende el mero juicio de inconstitucionalidad que ésta merece y abarca también su propia génesis y la impropia pretensión de emplear el Derecho como instrumento legitimador de acciones difícilmente justificables por alterar las propias reglas del juego fijadas por los poderes públicos en beneficio de éstos. Aunque producto muy concreto de un determinado momento y reflejo de la voluntad política, legítima, de ahogar en lo posible a quienes colaboran de forma más o menos directa con el terrorismo, supone un craso error emplear para perseguir tales fines vías incompatibles con las propias esencias de un Estado democrático de Derecho. Y tratar, además, de emplear como coartada para ello una legislación *ad hoc* que pretende restaurar cualquier quiebra jurídica detectada, incluso aquellas ya declaradas por los órganos competentes para ello. La dinámica de las normas, y más especialmente de aquellas encargadas de regular aspectos tan básicos de la convivencia social como son todos los que afectan a los cauces de participación de la ciudadanía en la *res publica*, ha de responder a necesidades y finalidades diferentes a la de su empleo como instrumento de autolegitimación del poder. Nos encontramos ante una situación que obliga a recordar que, por muy dignos de elogio que puedan ser los fines últimos perseguidos por cualquier actuación de los poderes públicos, en ningún caso puede el carácter indiscutido del objetivo perseguido hacernos olvidar la necesidad de respetar aquellas garantías y derechos fundamentales que son el más básico sustrato del orden sobre el que se asienta nuestra convivencia.