

LAS LEYES DE CONVALIDACIÓN EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

ANDRÉS BOIX PALOP (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS LEYES DE CONVALIDACIÓN DE ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS ILEGALES: 1. *Concepto*. 2. *Rasgos materialmente estructurales en una convalidación legislativa*. 3. *Tipos de convalidaciones legislativas*: a) *Convalidaciones que persiguen la subsistencia de la actuación administrativa viciada*. b) *Convalidaciones que persiguen la subsistencia del contenido material de la actuación administrativa viciada*. 4. *Admisibilidad de las leyes de convalidación*: a) *Razones de la aparición de las convalidaciones legislativas*. b) *La tesis de la necesidad de la medida*.—III. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA CONVALIDACIÓN LEGISLATIVA: 1. *Inexistencia de objeciones a la convalidación legislativa en nuestro Derecho vinculadas a la definición que la Constitución realiza de la potestad legislativa*. 2. *Límites a la convalidación legislativa derivados de su inevitable carácter retroactivo*. 3. *La reserva de jurisdicción como límite a las convalidaciones legislativas*. 4. *Leyes de convalidación arbitrarias*.

I. INTRODUCCIÓN (1)

La misma existencia de poderes diversos en el seno del Estado, a los que se encarga el desarrollo de actuaciones funcionalmente distintas, es un factor que

(*) Dirección de correo electrónico: Andres.Boix@uuv.es.

Página web personal: <http://www.uv.es/aboixp>

(1) El presente estudio pretende trazar un bosquejo general del marco jurídico de las convalidaciones legislativas en el ordenamiento constitucional español. Con una orientación distinta, pues carece de la vocación de exhaustividad y del esfuerzo dogmático de aquella, refleja las líneas básicas de una extensa monografía recientemente publicada dedicada al análisis de las leyes de convalidación de actuaciones administrativas ilegales (Andrés BOIX PALOP: *Las convalidaciones legislativas*, Iustel, Madrid, 2004). A diferencia de lo ocurrido en Francia, donde como consecuencia de su amplia tradición en el estudio de las interferencias del legislador también se ha generado una abundante bibliografía dedicada a las convalidaciones legislativas (el estudio clá-

posibilita la aparición, en ocasiones, de aproximaciones y soluciones divergentes para algunos hechos o situaciones. También, en Derecho. Es más, en gran parte, el modelo de Estado que contempla la división del ejercicio del poder público en distintos órganos persigue precisamente este efecto, como instrumento para evitar las posibles derivas absolutistas que históricamente aparecen cuando la organización y estructura de los Estados facilitan el encauzamiento unidireccional y conjunto de todos los resortes públicos.

La lógica inherente a cualquier sistema con tales caracteres contempla la posibilidad de que algunas actuaciones del poder legislativo sean contradichas, en cierta medida combatidas y en cualquier caso moduladas o incluso enervadas por la aplicación o interpretación que les es dada por los poderes ejecutivo o judicial. Las posibilidades de hacer frente a las decisiones que adopta el legislador en forma de leyes son si cabe más extremas en la actualidad, con la facultad de enmienda o anulación que se reconoce a la justicia constitucional (2).

sico en la materia, que mantiene su vigencia en la práctica totalidad de sus extremos, e imprescindible para cualquier aproximación al fenómeno, lo constituye la obra de Bertrand MATHIEU: *Les «validations» législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Économica, París, 1987), los tratamientos que de esta cuestión se han realizado en España no son todavía muchos. Analizando el fenómeno de forma general destacan la primera aproximación realizada en el Derecho español por Santiago MUÑOZ MACHADO: *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989, págs. 73-82; y, ya mucho tiempo después, el tratamiento de Gabriel DOMÉNECH PASCUAL: *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 432-471. Recientemente ha retomado el tema Muñoz Machado en su *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo I, Civitas, Madrid, 2004, págs. 370-381 y 385-394, *passim*. Respecto de aquellos estudios centrados en cuestiones más concretas o en el análisis de algunas de las manifestaciones más notables de la actuación convalidadora del legislador, *vide* Alberto DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ: «Las validaciones legislativas en Derecho francés. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia», en *Revista de Administración Pública*, núm. 149, 1999, págs. 457-485; G. DOMÉNECH PASCUAL: «Convalidaciones legislativas, derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la arbitrariedad», en *La Ley*, 2000, núm. 5068, págs. 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 *Revista Aranzadi Tribunal Constitucional*, diciembre de 2000, núm. 17, págs. 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, núm. 111, págs. 439-463, y A. BOIX PALOP: «Sobre la constitucionalidad de la reforma de la financiación de partidos políticos: reparos al carácter convalidador de la misma», *Revista General de Derecho Administrativo* (acceso electrónico en la URL <http://www.iustel.com/revistas>), núm. 1, noviembre 2002.

(2) A la que hay que añadir las cada vez más notorias posibilidades de participación en este control de que disponen los propios Tribunales ordinarios. Sobre las consecuencias que empiezan a poder ser intuidas producto de esta tendencia, *vide* S. MUÑOZ MACHADO: «La garantía jurisdiccional de la integridad y superioridad de la Constitución: la descentralización del sistema», en *Re-*

Como es evidente, este juego de limitación del ejercicio del poder público no afecta únicamente al legislativo, sino que similares posibilidades son predicables respecto de los poderes restantes. Es el caso prototípico de la actuación de la Administración que, formalizada en sus actos y disposiciones normativas, puede ser puesta en tela de juicio de diversas maneras tanto por jueces como por el propio legislador, en la medida en que son los encargados, respectivamente, de enjuiciarla y establecer directrices que aquélla no puede sino respetar. Por mucho que está fuera de toda duda la mayor conflictividad de un orden jurídico que conciba relaciones de este tipo entre sus poderes, suele entenderse que aquélla es en última instancia beneficiosa en la medida en que, además de limitar el ejercicio del poder, supone un cauce de expresión de las diversas opciones y permite un constante cuestionamiento de cualquier decisión que, a la hora de la verdad, la acaba fortaleciendo.

En un sentido similar, el poder judicial también puede asistir a la puesta en cuestión de sus actuaciones y a reacciones por parte de otros poderes para tratar, legítimamente, de imponer ópticas o interpretaciones diferentes, tenidas por más adecuadas, correctas, razonables o, sencillamente, ajustadas a lo pretendido por nuestro ordenamiento. Al margen de la anulación de cualquier decisión judicial caso de que no se atenga a las exigencias constitucionales (siempre posible, y a cargo, en última instancia, caso de que se haya violado algún derecho fundamental, del Tribunal Constitucional), existe también la alternativa de que sean el legislador o el ejecutivo los que, empleando los medios a su alcance, la contraríen. Que algo así ocurra no deja de ser una situación perfectamente regular desde un punto de vista jurídico e, incluso, hasta cierto punto frecuente. Nada parece poder detectarse de reprochable en la existencia de este diálogo entre poderes, por mucho que en ocasiones adopte la forma de conflictiva discusión y suponga la manifestación de diferentes concepciones del mundo y del Derecho o el afloramiento de contradicciones. Además, este cuestionamiento de la labor judicial es, en términos

vista General de Derecho Administrativo (acceso electrónico en la URL <http://www.iustel.com/revistas>), núm. 5, mayo 2004, especialmente sus partes III y IV, posteriormente retomadas en el seno de su monografía *Constitución*, Iustel, Madrid, 2004, págs. 190-215. Asimismo, a cuenta de la traslación de algunas de las pautas tradicionalmente decantadas por la jurisprudencia ordinaria francesa para controlar, precisamente, la admisibilidad de las leyes de convalidación a una más general capacidad de apreciación sobre la regularidad de la producción legislativa, señalando las evidentes incertidumbres que puede deparar la generalización de la aceptación de semejante capacidad de rechazo por parte de la jurisdicción ordinaria, *vide* B. MATHIEU: «La Cour de Cassation et le législateur: ou comment avoir le dernier mot. À propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation du 23 janvier 2004», en *Révue Française de Droit Administratif*, núm. 2, 2004.

generales, extraordinariamente sano desde un punto de vista jurídico (en la medida en que las controversias y su resolución por los cauces jurídicos pertinentes vienen a reforzar el Estado de Derecho) y político (porque el debate público, la confrontación de opiniones y la expresión del pluralismo, siempre y cuando los debates se cierren por las vías oportunas, no actúan sino en refuerzo del sistema democrático). La Administración, frente a pronunciamientos judiciales contrarios a sus actuaciones que entienda inadecuados desde la perspectiva de aquellos intereses por los que ha de velar, siempre puede reaccionar modificando los concretos comportamientos que han sido merecedores del reproche (pero tratando de mantener en lo sustancial su posición) produciendo nuevos actos carentes de los vicios del primero, por ejemplo. Y, como es obvio, ante una línea jurisprudencial que no se compadezca con la valoración (tanto de legalidad como de oportunidad) que el legislador entienda como correcta, éste siempre tiene en su mano la opción de, modificando el instrumento legal del que ha de valerse el juez para actuar, obligarle (o intentarlo, al menos) a decidir *pro futuro* en el sentido querido por el poder legislativo.

Se trata, en todos los ejemplos reflejados, de actuaciones perfectamente solitas y que a nadie pueden sorprender, en un marco de relaciones entre poderes distintos como el que es común a la mayor parte de los ordenamientos jurídicos occidentales y que es, también, el que despliega la Constitución española de 1978.

II. LAS LEYES DE CONVALIDACIÓN DE ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS ILEGALES

1. *Concepto*

El fenómeno al que habitualmente se denomina *convalidación legislativa de disposiciones y actos administrativos ilegales* (también, en algunos casos, puede encontrarse empleada la apelación *validaciones*) no es sino un caso más dentro de los posibles conflictos que en la relación entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial pueden aparecer.

A partir de los estudios y análisis ya existentes en nuestra doctrina es posible identificar una serie de rasgos sobre los que existe cierto consenso en predicar que constituyen los elementos más relevantes de toda convalidación legislativa. Así, en un sentido amplio, podemos entender como *convalidación legislativa de actos o disposiciones administrativos ilegales* cualquier actuación del legislador que, por medio de la aprobación de una norma con rango de ley, pretenda eliminar o enervar los efectos prácticos de una decla-

ración de ilegalidad ya recaída o por venir sobre una actuación administrativa previa (3).

Es sencillo percibir, a partir de esta aproximación al concepto, que, con tratarse de uno de estos casos de relaciones problemáticas entre poderes a los que venimos haciendo alusión, concurren en las convalidaciones legislativas unos rasgos particulares que convierten a este supuesto en especialmente problemático. Básicamente, por su cierta excepcionalidad y complejidad, en la medida en que se entrelazan en el mismo no ya relaciones entre dos poderes (ejecutivo-legislativo; ejecutivo-judicial; legislativo-judicial) sino que quedan implicados los tres en una suerte de triángulo ejecutivo-judicial-legislativo que añade dificultades a la situación. Pero, sobre todo, porque la convalidación legislativa de esas actuaciones del poder ejecutivo, ilegales por haber sido así consideradas por los órganos competentes para establecer tal carácter (los judiciales), constituye la reacción última a cargo del legislador con la que éste pretende zanjar finalmente (en un concreto sentido) el problema. En esta actuación concurren unos elementos que convierten la ley de convalidación en un producto constitucionalmente liminar. Cuando no, en ocasiones, sencillamente en una actuación del legislador fuera de los márgenes que le son concedidos constitucionalmente.

Las leyes de convalidación no constituyen meras respuestas del legislador a actuaciones judiciales que podamos aceptar incondicionalmente apelando a

(3) A nuestro juicio, una definición como la propuesta, notoriamente amplia, tiene la virtud de reunir diversas modalidades de convalidaciones legislativas que, por mucho que puedan ser técnicamente diferentes dependiendo de la forma y momento en que se realice la operación, responden a idénticos perfiles jurídicos ya que, por una parte, tratan de dar respuesta a los mismos problemas y, por otra, entendemos además que es razonable hacer un esfuerzo para equipararlas en cuanto a su régimen jurídico. Aunque B. MATHIEU: *Les «validations»...*, *cit.*, opta por no proporcionar un concepto de convalidación a lo largo de su detallado análisis del fenómeno, de su exposición y de la taxonomía que realiza se deduce que trabaja con una definición también amplia. La tendencia es en este sentido general en el país vecino (*vide*, por todos, Jean MASSOT: voz «validation législative», en *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, julio de 1995, pág. 1). En España ha propuesto una definición, reconociendo la dificultad de la tarea, A. DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ: *Op. cit.*, pág. 460, que coincide en sus elementos esenciales con la perfilada por nosotros. También desde una óptica semejante, en la medida en que precisamente su interés se centra en las posibilidades generales de injerencia del legislativo sobre el poder judicial, con independencia de cómo se articule ésta, es estudiado el problema por S. MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho Administrativo...*, *cit.*, págs. 370-381, *passim.*, quien, por lo demás, se remite a la definición que en la doctrina francesa acuñó Auby, también necesariamente amplia (pág. 371). *Cfr.*, G. DOMÉNECH PASCUAL: «Convalidaciones legislativas, derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la arbitrariedad», *cit.*, pág. 1, que parece inclinarse por restringir el concepto, no sin razones (al menos, desde un punto de vista estrictamente técnico).

la regularidad de tal juego de acciones y reacciones en un sistema que no sólo divide el ejercicio del poder sino que pretende lograr por medio de las mismas un cierto equilibrio. Porque, por mucho que sea evidente que la división de poderes no se concibe en la actualidad de forma clásica y estricta sino que consiente estas inmisiones, acciones y reacciones, también lo es que la Constitución establece mecanismos que han de emplearse para velar por la salvedad e integridad del esquema en el que nuestro ordenamiento establece la interrelación entre las funciones de los distintos poderes.

2. Rasgos materialmente estructurales en una convalidación legislativa

Actuaciones del legislador en el sentido indicado las hay de muchos tipos. El hecho de que leyes de muy diversa índole compartan una serie de rasgos, que son precisamente los que sitúan en el límite de lo constitucionalmente admisible la convalidación, aconseja darles un tratamiento unitario. Aun reconociendo que bajo el apelativo agrupamos una pluralidad de reacciones del legislador en ocasiones con notas particulares ciertamente no menores, e incluso a pesar de que, en algunos casos, ni siquiera podemos detectar un ejercicio estricto de lo que jurídicamente, desde un punto de vista técnico, ha de entenderse por «convalidación», creemos posible analizar todos los supuestos en los que aparezcan los rasgos reseñados como convalidaciones legislativas de actos y disposiciones administrativas ilegales (4). Por tratarse de actuaciones que acaban produciendo efectos equivalentes es aconsejable hacer un esfuerzo por dotar a todas ellas de un régimen jurídico común.

La producción de unos concretos efectos, que se particularizan en esa pretensión de enervar o eliminar las consecuencias de una declaración de ilegalidad ya recaída o que pueda recaer en el futuro sobre una actuación previa de la Administración con la que identificábamos a las convalidaciones legislativas, es el factor clave a partir del cual tomamos en consideración unas actuaciones del legislador y las encuadramos en la categoría. Y, así, creemos que puede predicarse la unidad de toda una serie de reacciones legislativas que comparten una serie de

(4) *Cfr.*, para obtener una idea sobre el particular, Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972, págs. 159-162; Luis María Díez-PICAZO GIMÉNEZ: *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, págs. 163-168; Paloma BIGLINO CAMPOS: *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 144; Margarita BELADÍEZ ROJO: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 57, 189-191; G. DOMÉNECH PASCUAL: *La invalidez...*, *cit.*, págs. 198-200, 397, 449.

elementos, y que es más correcto jurídicamente tratar de dar una respuesta en Derecho unitaria y común a todas ellas, en la medida en que sus similitudes lo permitan. Carecería de sentido, a nuestro entender, realizar un esfuerzo de afinamiento dogmático para proscribir las convalidaciones legislativas de nuestro ordenamiento (o, al menos, aquellas leyes de convalidación en las que concurrieran unas determinadas circunstancias que las hicieran inconstitucionales) para, a continuación, y dado que nos ceñimos a un concepto de convalidación estricto, aceptar plácidamente la posibilidad de que esos mismos efectos puedan ser logrados empleando mecanismos equivalentes. Aunque no sean, si se quiere, «convalidaciones», entendiendo el término en sentido jurídicamente estricto, todos ellos han de estar sometidos, en la medida en que actúen de tal forma, al régimen de aquéllas. Preferimos por este motivo trabajar con un concepto amplio siquiera sea para poder lograr una posterior simplificación expositiva.

Son tres, esenciales a estos efectos, los factores que entendemos han de concurrir en cualquier ley para poder calificarla, desde la perspectiva expuesta, de materialmente convalidadora de actuaciones administrativas ilegales.

En primer lugar, es un elemento estructural de toda convalidación legislativa la ilegalidad de la disposición o acto administrativo. Esta tara, y los efectos que despliega la consiguiente falta de validez cuando ésta es declarada por el Derecho, son el sustrato sobre el que actúa la convalidación. Por otra parte, la necesaria concurrencia del carácter ilegal del acto o disposición provoca, asimismo, que sólo sea posible pretender la convalidación legislativa en la medida en que el vicio que se les achaque sea su imposible coordinación con la legalidad vigente (por carecer de la suficiente base legal requerida, por contradecir alguna obligación formal establecida legalmente, por no acomodarse al contenido material de la regulación...). Paralelamente, ante taras jurídicas de otra índole, o bien no es preciso el recurso a la convalidación legislativa (pues puede recurrirse a las facultades de convalidación de las que dispone la propia Administración), o no es posible el remedio a cargo del legislador por tratarse el defecto de un problema constitucional imposible de resolver por esta vía (ya que tampoco a la ley le está permitido ir contra previsiones o postulados constitucionales).

Solamente habrá convalidación legislativa si el intento de dejar sin efectos la decisión judicial se materializa en una actuación a cargo del legislador, que, por otra parte, debe tener el carácter formal de ley. Ni las posibles reacciones administrativas que puedan derivarse de la anulación de un acto o reglamento ni los intentos que lleve a cabo la Administración para lograr que su actuación perviva en el ordenamiento jurídico o que, al menos, lo haga la regulación en ella contenida son, como es obvio, convalidaciones legislativas.

Por último, la finalidad de cualquier ley, para que podamos entenderla como de convalidación, ha de ser dejar sin efectos prácticos una declaración

judicial de ilegalidad ya producida o, al menos, posible e inminente. Cualquier actuación que pretenda algo diferente (por ejemplo, la mera rectificación *pro futuro*) no es una convalidación legislativa. Lo cual convierte en esencial, ante todo, la existencia de una decisión judicial que haya declarado la no conformidad a Derecho del acto administrativo o del reglamento que se pretendan convalidar. No tiene ningún sentido una convalidación si no hay una ilegalidad ya declarada (aunque no sea en última instancia) o, al menos, prácticamente evidente y en la inminencia de serlo. Sin esta decisión judicial ya recaída o al menos probable, en la inexistencia de una decisión de otro poder del Estado susceptible de ser contrariada por la convalidación legislativa, el conflicto jurídico que suscitan intervenciones de este tipo desaparece.

Por ello, junto a convalidaciones en las que se produce una intervención ajustada técnicamente a lo que es esta operación (otorgar validez a lo inválido, convertir lo ilegal en legal), consideramos que son también convalidaciones legislativas todas aquellas leyes retroactivas que de forma indirecta afectan al enjuiciamiento de acciones pasadas. Algo que ocurre, por ejemplo, y sin que sea siquiera necesario que esta intención quede explicitada, con cualquier modificación del marco normativo que, siendo una reacción a una decisión judicial, altere el juicio ya emitido sobre la legalidad de la actuación. O con una regulación retroactiva realizada directamente por medio de la ley que retome el sentido de la actividad administrativa cuestionada. No es ahora el momento de establecer una relación de actuaciones del legislador español de esta índole, pero sí conviene referirnos a su actualidad y reiteración. Piénsese en cómo el Gobierno pretende salvar los problemas jurídicos que se derivan de la anulación a cargo del Tribunal Supremo de la autorización administrativa que en su momento permitió la concentración empresarial de dos grandes grupos radiofónicos a través de una modificación propuesta para su aprobación por el Parlamento del marco legal correspondiente. Al fijar éste, caso de devenir el Proyecto-ley, unos umbrales en los que la concentración en cuestión tendría cabida la autorización administrativa anulada quedaría perfectamente convalidada.

3. Tipos de convalidaciones legislativas

Las intervenciones del legislador que comparten estas características, y que en consecuencia vamos a encuadrar dentro de la categoría de las convalidaciones legislativas son, como ya se ha expuesto, variadas (5). En general,

(5) B. MATHIEU: *Les «validations» législatives...*, cit., contiene un completo y extenso estudio, que ocupa toda su Primera Parte, sobre el alcance de las intervenciones del legislador, en el

pueden distinguirse dos grandes tipos. Por una parte, nos encontramos con leyes de convalidación que tratan de lograr que la actuación administrativa viciada permanezca en el mundo del Derecho, mientras que, por otra, han de agruparse las intervenciones que únicamente pretenden garantizar la subsistencia del contenido material de la actuación administrativa viciada, pero no ésta.

a) *Convalidaciones que persiguen la subsistencia de la actuación administrativa viciada*

De una parte, decíamos, nos encontramos con aquellas actuaciones del legislador que pretenden emplear la ley como un instrumento que salvaguarde la indemnidad de la actuación administrativa, logrando que ésta permanezca en el ordenamiento como tal. Este es el tipo de convalidación legislativa más característico, en la medida en que trata de operar la transformación de lo válido en inválido de forma directa y concretamente referida a la disposición o acto administrativo cuestionado. De entre las variadas manifestaciones de esta pretensión, podemos identificar tres grandes modelos que agotan las intervenciones en esta línea.

En primer término, en ocasiones, se ha pretendido, sencillamente, exceptuar la fiscalización judicial de una concreta actuación administrativa por medio de una ley que previera expresamente este efecto. Aun subsistiendo la ilegalidad del acto o disposición, ante la imposibilidad de que fuera jurídicamente declarada, se habría sorteado, gracias a la intervención legislativa, el obstáculo que ésta suponía. Obviamente, esta es una alternativa radicalmente contraria a Derecho en España, donde las exigencias en materia de control judicial de toda la actividad de la Administración del artículo 106 de la Constitución (y de sometimiento a Derecho de la actividad de todos los poderes públicos, como dispone su artículo 9.1), así como el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva de su artículo 24 convertirían a cualquier ley que pretendiera crear tal esfera de impunidad en claramente inconstitucional. No plantean, por ello, excesivos problemas. Si las posibilidades de convalidar legislativamente pasaran exclusivamente por acciones de este tipo, el dilema jurídico al que nos en-

que el autor realiza una pormenorizada clasificación de los diversos modelos de convalidaciones legislativas que la práctica francesa ha producido (págs. 37-158). Sobre esta clasificación, *vide* S. MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho Administrativo...*, *cit.*, págs. 371-372. No pretendemos llegar al nivel de concreción taxonómica del estudio de Mathieu, por cuanto creemos que precisamente el interés de un estudio jurídico global del fenómeno reside en el análisis de la institución en su conjunto. No obstante, sí creemos necesario clarificar al menos las pautas de convalidación más básicas.

frentamos no existiría, por lo obvio de la respuesta que merecería. Sin embargo, no se acaban en esta posibilidad los tipos de leyes de convalidación que persiguen la subsistencia de la actuación administrativa viciada. Si bien, como es obvio, emplean en los restantes casos vías menos reprobables jurídicamente.

En segundo lugar, podemos encontrarnos con leyes que pretenden salvar la ilegalidad de una concreta actuación por la expeditiva vía de asumir el contenido de la misma. Esta suerte de *legalización* o, si se quiere, *ratificación* del acto o disposición administrativa a cargo del legislador supone dotar de fuerza legal a una actuación que queda en todo lo demás igual pero que ya no puede ser, lógicamente, ilegal (ni controlada jurisdiccionalmente) y que, por ello, ve purgado su vicio y pasa a ser jurídicamente válida. La posibilidad de que nuestro Derecho pueda contener convalidaciones legislativas de este tipo pasa por reconocer al legislador esa capacidad *ratificadora*, esto es, depende de que la configuración de la potestad legislativa que realiza la Constitución española la contemple como parte de la misma (6).

En tercer y último término, y agotando las posibilidades de convalidación por medio de un procedimiento que persiga que la actuación administrativa ilegal quede intacta pero pase a ser legal, existe una última alternativa en la que la ley aprobada por el poder legislativo no opera directamente la convalidación, en la medida en que no proclama la inenjuiciabilidad del ilícito ni declara o asume como legal contenido alguno, sino que provoca esta misma consecuencia de forma indirecta pero necesariamente deducida de su aplicación. Tal cosa ocurre cuando, incluso sin que sea ni siquiera imprescindible mencionar expresamente en la ley la concreta intervención administrativa que había sido considerada contraria a Derecho por no acomodarse a los dictados de la legislación vigente, ésta última (esto es, el marco normativo que ejerce de parámetro jurídico para el control del acto o disposición) es modificada retroactivamente para eliminar tal contradicción. La transformación de las condiciones de legalidad del acto, en este caso, convierte en jurídicamente inobjetable lo que con anterioridad a la intervención del legislador contenía un reproche que había de conducir inexorablemente a la declaración de su invalidez (7).

(6) Creemos que, en efecto, así es, como desarrollamos *infra* III.1.

(7) El más conocido asunto en materia de convalidaciones en España, la convalidación legislativa que la Ley foral navarra 9/1996 operó al modificar las condiciones de legalidad que habían de emplearse para evaluar la adecuación a Derecho del Proyecto de la presa de Itoiz, es un buen ejemplo de una convalidación de estas características. La controversia dio lugar a la primera Sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes de convalidación, la STC 73/2000, de 14 de marzo, y ha provocado la intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, zanjada recientemente por medio de su Sentencia de 27 de abril de 2004 (*Asunto Gorraiz Lizarraga y otros*

Como venimos señalando, es sencillo percibir que todas estas intervenciones presentan suficientes rasgos comunes como para ser tomadas como un conjunto. E, igualmente, que también deben serlo aquellas actuaciones del legislador que provoquen materialmente idénticos efectos a los descritos. Por ello merecen un análisis y respuesta jurídica unitarios a estas intervenciones del legislador (componentes del que hemos tratado como primer grupo de convalidaciones legislativas) todas aquellas integrantes del segundo gran grupo de leyes de convalidación.

b) *Convalidaciones que persiguen la subsistencia del contenido material de la actuación administrativa viciada*

Queda éste constituido por las técnicas de convalidación legislativa en las que se persigue no tanto la subsistencia en el ordenamiento de la concreta actuación administrativa viciada como de su contenido, que a fin de cuentas es lo que en realidad importa. La ley, en estos casos, no se inquieta tanto por la desaparición del ordenamiento jurídico del acto anulado o de la disposición ilegal, pues lo que le preocupa es que sea su contenido material el que persista, y, por supuesto, que lo haga desplegando efectos desde el mismo punto temporal en que en su momento, a partir de la actuación administrativa, había comenzado a hacerlo. Es patente que, en tales casos, y una vez se logre alcanzar este objetivo, la situación final es materialmente idéntica a la que puedan provocar, por ejemplo, una legalización o una transformación retroactiva de las condiciones de legalidad.

En este caso, dos serán las vías de las que dispone el legislador. Éste puede tanto optar por sustituir directamente el acto o disposición administrativa ilegal, replicando su contenido en la norma legal y dotando a la misma de efectos retroactivos, como aprobar una habilitación legal a la Administración que, salvando la ilegalidad anterior, permita a ésta reproducir retroactivamente por sí misma la actuación. En ambos casos, y con una pulcritud jurídica inobjetable desde un punto de vista técnico, se ha provocado de hecho el mismo efecto que el que operan las convalidaciones legislativas del primer grupo. Esta idea

contra España). Ambas Sentencias consideraron correcta la convalidación. *Vide*, sobre el contenido y trascendencia de la STC 73/2000, G. DOMÉNECH PASCUAL: «Convalidaciones legislativas, derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la arbitrariedad», *cit.*; y J. M. ALEGRE ÁVILA: *op. cit.* Con posterioridad, analizando los elementos esenciales que el Tribunal Constitucional empleó para determinar la conformidad a Derecho de la ley de convalidación, S. MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho Administrativo...*, *cit.*, págs. 378-379. Más recientemente, comentando la respuesta dada por el TEDH, A. BOIX PALOP: «El ámbito constitucionalmente reservado a la jurisdicción en España a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 124, octubre-diciembre 2004.

queda bastante clara simplemente acudiendo a cualquiera de las convalidaciones que se han desarrollado siguiendo estos esquemas. Así, por ejemplo, la aprobación de una norma con el contenido de la actuación ilegal y que despliegue sus efectos desde el momento en que ésta hubiera empezado a hacerlo logra, por medio de un procedimiento si bien conceptualmente más sencillo (únicamente requiere de una ley retroactiva en el sentido deseado), crear una situación común a las derivadas de las intervenciones mencionadas, y plantea problemas de fondo similares (8).

4. Admisibilidad de las leyes de convalidación

a) Razones de la aparición de las convalidaciones legislativas

La evidente alteración que supone una convalidación legislativa en el esquema de relaciones entre poderes es una realidad que a nadie escapa. Con todo, es cuando menos poco frecuente que el legislador actúe de forma tan radical para enmendar la plana a un pronunciamiento judicial. En parte, por el propio carácter extremo de la intervención. Porque, claramente, no es lo mismo una mera modificación *pro futuro* de una parcela del ordenamiento acometida para contrariar una línea jurisprudencial que llevar a cabo esta misma transformación de forma tal que, además de suponer una alteración de las reglas del juego para las actuaciones venideras, queden salvadas las pasadas y enervados los efectos de decisiones judiciales ya dictadas.

Por otra parte, y en cierta medida como consecuencia de lo expuesto, no suele ser poca la importancia de las cuestiones materiales que se resuelven por medio del recurso a leyes de convalidación (9). Una intervención tan invasiva, por su propio carácter, es normalmente evitada y sólo se llega a ella cuando se

(8) De entre los supuestos de convalidaciones legislativas que ha tenido ocasión de analizar nuestro Tribunal Constitucional uno de ellos presentó esta forma, en concreto el contenido en la Ley catalana 17/1987, cuya DA 2.^a legalizó una serie de disposiciones administrativas que padecían de diversos vicios de legalidad. Esta actuación del legislador catalán fue declarada constitucional por la STC 273/2000, de 15 de noviembre. *Vide*, sobre esta Sentencia, J. GARCÍA LUENGO: «La subsanación retroactiva de reglamentos nulos mediante la elevación de rango...», *cit.*

(9) La conexión entre circunstancias que obliguen a una intervención restauradora del interés general y leyes de convalidación es una constante en el tratamiento francés que se da a este asunto. Asimismo, en sentido en parte coincidente con la aceptación de razones de esta índole, en estos casos las convalidaciones son por lo general aceptadas. *Vide* Olivier SCHRAMECK: «Décisions du Conseil constitutionnel. Les validations législatives», en *L'Actualité Juridique-Droit Administratif*, 20 de mayo de 1996, págs. 369-371; o Xavier PRÉTOT: «Notes de jurisprudence», en *Revue de Droit public*, 1996, págs. 1147-1159.

tiene por imprescindible o se la considera la única solución jurídica a un problema real y acuciante (10).

Toda ley de convalidación persigue lograr la subsistencia en el ordenamiento de una concreta acción de un poder público (la Administración) a pesar de su ilegalidad de origen. Para lo cual el legislador trata de emplear las potestades de las que jurídicamente dispone convirtiendo el concreto acto o disposición cuestionado en válido. Es evidente que para que ello ocurra es precisa una valoración negativa de las consecuencias de un hipotético cumplimiento del fallo judicial anulatorio. Una ley de convalidación sólo se produce cuando, a juicio del legislador, no es conveniente que la anulación despliegue sus efectos. Es más, ésta aparece cuando considera la actuación del ejecutivo no sólo acertada y conveniente sino tan necesaria como para justificar una intervención de esta naturaleza y arrostrar los inconvenientes ciertos de la misma. Aparecen por ello con toda su crudeza junto a este tipo de leyes cuestiones esenciales. El fenómeno de las convalidaciones legislativas, desde esta óptica, no sólo afecta de lleno a principios básicos de la organización jurídica de los Estados de Europa occidental sino que obliga a analizar los fundamentos mismos en que ésta se sustenta. La propia subsistencia y relativización del principio de división de poderes, la importancia de la regla de la mayoría como norma básica en torno a la cual se construye todo el entramado de un Estado de Derecho en democracia o los posibles límites a la misma que el propio ordenamiento jurídico ha de imponer son elementos que han de tenerse en cuenta al valorar una iniciativa legislativa en el que afloran consideraciones que los tocan de lleno. Una ley de convalidación, al hilo de la manifestación práctica de las divergencias que puedan existir entre la oportunidad y regularidad de unas concretas medidas, puede ser reflejo de las diferencias que sendas instituciones, la estructura organizativa de nuestra sociedad, de una parte, y las normas que permiten la fisca-

(10) Esta tendencia puede también detectarse en España, llevada incluso al extremo, como demuestra su empleo para tratar de dar respuesta a una de las situaciones que más consenso social reunía en torno a la necesidad de la medida, como era la de evitar la financiación con fondos públicos del entramado asociativo cercano a bandas terroristas, pero que no por ello era respaldada, al menos retroactivamente, por la legislación entonces vigente. El régimen de financiación de partidos políticos fue debidamente modificado, pero existía un amplio acuerdo en la necesidad de aplicar las nuevas y restrictivas normas al enjuiciamiento de las decisiones administrativas adoptadas en el pasado concernientes a la financiación de los partidos que formaban parte del mencionado entramado. Al efecto intervino la convalidación operada por la Disposición adicional vigésima tercera de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. *Vide* A. BOIX PALOP: «Sobre la constitucionalidad de la reforma de la financiación de partidos políticos: reparos al carácter convalidador de la misma», *Revista General de Derecho Administrativo* (acceso electrónico en la URL <http://www.iustel.com/revistas>), núm. 1, noviembre 2002.

lización jurisdiccional de toda una serie de actuaciones, de otra, aprecian en su común labor de mejor realización del ideal de Justicia.

b) *La tesis de la necesidad de la medida*

Es claro que en cualquier ley de convalidación concurre una valoración positiva en torno a la conveniencia y necesidad de la realización de una operación que permita mantener en el ordenamiento una concreta acción de los poderes públicos, sea ésta más o menos evidente (o sea más o menos generalizable esta evidencia) (11). Cuando menos, en la medida en que así ha sido apreciado por el legislador, que justamente en atención a esta convicción procede a convalidar legislativamente el acto o disposición administrativa. No creemos, sin embargo, que este factor, con ser su existencia indudable, haya de constituir el elemento estructural central del estudio y análisis de la admisibilidad jurídica de una ley de convalidación. Nos alejamos con ello de todos aquellos análisis que, a la manera de lo que viene siendo la interpretación dominante que se realiza de la jurisprudencia en la materia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se enfrentan a la fiscalización de estas actuaciones por medio de los útiles jurídicos decantados para proceder a la ponderación de la necesidad y de los intereses generales en juego (12).

Las leyes que suponen la convalidación legislativa de actos o disposiciones administrativas ilegales serán admisibles por nuestro ordenamiento no de acuerdo a este juicio global necesariamente vinculado a apreciaciones (que, por depuradas técnicamente que puedan llegar a ser (13), no dejan en el fondo de reflejar únicamente una concreta idea en cuanto a la más conveniente ordenación de los intereses generales ajena a consideraciones estrictamente jurídicas), sino en atención a la valoración que nos merezcan respecto de las exigencias que la Constitución española impone a la producción legislativa (14). Las convalida-

(11) Sobre los efectos que el Derecho público reconoce a la apreciación de la existencia de una situación de necesidad, *vide*, por todos, Vicente ÁLVAREZ GARCÍA: *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996.

(12) A. DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ: *Op. cit.*, págs. 483-485; G. DOMÉNECH PASCUAL: «Convalidaciones legislativas...», *cit.*, pág. 2; y *La invalidez...*, *cit.*, pág. 398.

(13) *Vide*, por ejemplo, la riqueza y sutileza adquirida por el estudio de los contrapesos al empleo de la necesidad como justificación de actuaciones en apariencia contrarias a Derecho en V. ÁLVAREZ GARCÍA: *El concepto de necesidad...*, *cit.*, págs. 441-569.

(14) A fin de cuentas, en la evaluación ponderada que lleve a cabo cualquier operador jurídico respecto de cuestiones como las señaladas no hay motivos, por lo demás, para entender que el más apto para realizarla tenga que ser un juez. ¿Por qué no, si la única *ratio decidendi* en la que

ciones legislativas son normas jurídicas, leyes, y en última instancia parece razonable tratarlas como tales. Analizando, en consecuencia, si se encuadran dentro del ejercicio legítimo de la potestad legislativa que nuestra Constitución prescribe. No es una consideración menor al respecto recordar, por lo demás, que en nuestra norma fundamental se encuentran objetivadas las consideraciones que, justamente, tratan de formalizar y asegurar cuáles hayan de ser los elementos que permitan llegar a considerar si una intervención es o no oportuna.

Incluso, caso de que aceptáramos la existencia en nuestro ordenamiento de un principio jurídico general que conduzca a la apreciación de la necesidad como cláusula de cierre que posibilitaría una respuesta acorde y proporcionada a la misma (aunque más allá de las pautas objetivadas por el ordenamiento jurídico con carácter general para afrontar las circunstancias que ordinariamente se presentan), no creemos que este principio fuera determinante para analizar la corrección o incorrección de una concreta convalidación legislativa de una disposición o acto administrativo ilegal. No debe perderse de vista que, por medio de un tal instrumento, lo que pretende el legislador es salvar (aportándoles el respaldo legal del que carecían) unas actuaciones administrativas previas debido a que éstas se entienden imprescindibles y necesarias. Pero, en la medida en que es en éstas y no en la ley de convalidación en las que concurre tal apreciación, caso de que el criterio de la necesidad pudiera jugar un papel más allá de las exigencias ordinariamente objetivadas en la Constitución, no parece razonable que el juicio de proporcionalidad y la ponderación requerida por el mismo tuviera lugar respecto de las convalidaciones legislativas. Va de suyo, en coherencia con la más elemental lógica de funcionamiento de las convalidaciones, que la evaluación de la concurrencia o no de la necesidad (con los efectos que se quieran deducir de su potencial apreciación) ha de referirse a la actuación administrativa, que caso de ser apreciada con suficiente fuerza y aceptando el principio, obligarían a entenderla como perfectamente admisible, ajustada a Derecho. Si a tal conclusión se llegare, como es obvio, desde ese mismo instante sería estrictamente superflua una convalidación legislativa de cualquier clase (15).

amparar las decisiones deriva de la ponderación equilibrada de los intereses en juego, dejar, sencillamente, que esta decisión sea adoptada por el propio legislador, lo que llevaría a simplemente tener que predicar la aceptación de su decisión convalidadora? De alguna manera, invocaciones de esta índole, si pretenden superponerse a la función legislativa, se enfrentan inevitablemente a este problema conceptual, ciertamente no menor.

(15) Algunas indudables manifestaciones de la tesis de la necesidad que nuestro ordenamiento jurídico viene recogiendo tradicionalmente (si bien en su vertiente de reglas ya positivizadas y objetivadas) son buena muestra de lo que queremos señalar. Piénsese, por ejemplo, en el

Excluida la posibilidad de que la concurrencia de consideraciones de necesidad y su apreciación sean justificación suficiente para que nuestro ordenamiento las ampare, las leyes que operan la convalidación de actos y disposiciones administrativas ilegales serán posibles en el marco jurídico constitucional única y exclusivamente en la medida en que podamos entender que el ejercicio de una actuación convalidadora de esta índole es encuadrable dentro de las potestades reconocidas al legislador y siempre y cuando no supongan afrentas al resto de exigencias constitucionales.

III. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA CONVALIDACIÓN LEGISLATIVA

1. *Inexistencia de objeciones a la convalidación legislativa en nuestro Derecho vinculadas a la definición que la Constitución realiza de la potestad legislativa*

Aunque las objeciones que se realizaban respecto de leyes que compartían algunas de las características formales de las convalidaciones legislativas han sido históricamente numerosas, lo cierto es que en la actualidad apenas si subsiste prácticamente ninguna de ellas (16).

La inexistencia de dudas respecto de la desaparición de cualquier tipo de exigencia en cuanto a la generalidad de la ley (17), por ejemplo, convierte en

principio de intangibilidad de las obras públicas que, al amparo de consideraciones de necesidad, las conserva incluso aunque hayan nacido con tachas jurídicas. Para que así sea no es precisa una intervención del legislador convalidando las obras inválidas, sino que la apreciación del interés general dominante es realizada directamente respecto de la actuación administrativa, que queda protegida justamente por entenderse necesaria y conveniente su permanencia.

(16) De hecho, ha apuntado S. MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., pág. 370, que entre las causas que han permitido que sea posible un uso relativamente frecuente de las convalidaciones legislativas se encuentra precisamente la propia transformación de la potestad legislativa, configurada en nuestros ordenamientos jurídicos, en la actualidad, de forma tal que la ley en tanto que producto jurídico está escasamente pre-ordenado, sin que deba cumplir prácticamente ningún requisito en cuanto a sus ámbitos materiales, características formales, etc.

(17) Como es sabido, la misma evolución de nuestras sociedades y ordenamientos jurídicos ha alterado enormemente la importancia de esta característica de la ley. En la actualidad prácticamente es imposible encontrar modelos de organización jurídica que continúen subordinando el concepto de ley a exigencias de generalidad. E igualmente complicado es la defensa a ultranza de la conveniencia de tal modelo, en la medida en que la evidente transformación de las necesidades sociales no lo haría operativo. La labor del Estado en todos sus órdenes debe adecuarse a nuevas realidades sociales y afrontar requerimientos antes desconocidos. También, lógicamente, en lo que se refiere a su función normativo-reguladora. La enormidad de muchas de las tareas que han de ser acometidas es tal que a la añeja legislación garantizadora debe añadirse otra intervencionista, más atenta a las necesidades y funciones que son acometidas por la Administración. El plu-

menor el hipotético problema derivado de que las convalidaciones legislativas, si bien no han de estar contenidas necesariamente en leyes singulares, introducen indudablemente un mandato singular en el ordenamiento (18).

Al margen de esta cuestión, otro rasgo de algunas leyes de convalidación es susceptible de plantear problemas de acomodo al modelo de potestad legislativa reconocido en el ordenamiento constitucional español. La convalidación legislativa, al menos en alguno de sus tipos (en los más directamente *convalidadores* como son las *legalizaciones o ratificaciones* a las que nos hemos refe-

ralismo de las sociedades y la necesidad de dar cauce al desarrollo de los intereses diversos y contradictorios que coexisten en ellas, así como la constatación de la existencia de situaciones subjetivas y materiales en las que concurren diferencias de toda índole, obligan a abandonar conceptos homogéneos y cerrados respecto de los instrumentos normativos. *Vide* una completa exposición de la transformación en este sentido de la noción de ley en S. MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho Administrativo...*, *cit.*

La Constitución española de 1978, en la línea comentada, no permite detectar en su articulado restos de la tradicional concepción de la ley como necesariamente general. Garantizados los principales efectos perseguidos históricamente por medio de esta exigencia en la medida en que el principio de no discriminación se encuentra acogido constitucionalmente con rango de derecho fundamental, a lo largo de su texto no sólo no se contiene mención alguna a una hipotética necesaria generalidad de la ley sino que pueden detectarse ejemplos en sentido contrario. La propia Constitución, en efecto, prevé en algunos casos el recurso a leyes especiales

Sin ánimo de exhaustividad, puede consultarse la amplia producción sobre esta cuestión a través de los trabajos que han estudiado las exigencias de generalidad en la ley en el ordenamiento español con posterioridad a la Constitución de 1978. Al margen de las apreciaciones de los manuales y obras generales, entre las que destacan los detenidos estudios de Ignacio DE OTTO PARDO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2.^a edición, Ariel, Barcelona, 1988, págs. 162-166, 179-181; J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, págs. 516-529; existen monografías específicas que han estudiado esta cuestión, como es el caso de los trabajos de José Antonio MONTILLA MARTOS: *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid, 1994; y Concepción MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI: *Naturaleza jurídica de las leyes «ad hoc»*, Civitas, Madrid, 1995; y numerosos artículos doctrinales; valgan como muestra las aportaciones de L. M. DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «Concepto de Ley y tipos de leyes (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, págs. 47-93; Gaspar ARIÑO ORTIZ: «Leyes singulares, leyes de caso único», en *Revista de Administración Pública*, núm. 118, 1989, págs. 57-101; Ramón PARADA VÁZQUEZ: «Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, vol. II, págs. 1139-1168.

(18) En tanto que, bien expresamente, bien de forma implícita, está introduciendo en el ordenamiento una alteración tendente a modificar la adecuación a la legalidad de un concreto acto o disposición (o de un determinado conjunto de actos o disposiciones) que de otra manera serían anulados por ilegales, una norma de estas características no satisface las exigencias de generalidad que históricamente era inherentes a los sistemas jurídicos estructurados en torno al principio de legalidad.

rido al esbozar una clasificación) (19), se aleja de lo que ordinariamente es la función del legislador, en la medida en que no norma por sí misma sino que integra, dándole rango de ley, un contenido jurídico ajeno, producido por otro ente. En este caso, por la Administración. La posibilidad de que el ejercicio de esta capacidad ratificadora esté constitucionalmente comprendida en la potestad legislativa no es aclarada por el propio texto de la norma constitucional, donde no encontramos ninguna mención expresa a esta cuestión.

Tal silencio, evidentemente, puede ser interpretado como una simple aceptación de lo que por otra parte no sería sino el reconocimiento para el legislador de una facultad, como es la de ratificar, que suele entenderse ínsitamente asociada a cualquier ejercicio de poder jurídico normador. En esta línea puede entenderse, además, la jurisprudencia constitucional en la materia. En cualquier caso, y al margen de ello, creemos que de nuestro texto constitucional, si bien no literalmente explicitadas, sí se deducen conclusiones definitivas que aclaran la postura de nuestro ordenamiento al respecto. Para aprehender la enorme dificultad, a partir de una correcta interpretación sistemática del texto constitucional, de negar esta tesis, basta referirnos a las consideraciones sobre la naturaleza jurídica que la doctrina dominante, la Constitución española y las leyes y jurisprudencia posteriores a la misma otorgan en nuestro Derecho al Decreto legislativo (20). En la medida en que éste es entendido como una dele-

(19) *Vide supra* II.3.a).

(20) La reproducción de la discusión al respecto y de la abundante bibliografía generada a propósito de la misma exceden los objetivos de este trabajo. Se trata, con todo, de un debate con interés más histórico que actual ya que, como es sabido, la jurisprudencia constitucional y ordinaria interpretan en la actualidad la Constitución como reconocedora de la tesis en su día defendida por García de Enterría, quien concibe los Decretos Legislativos como una manifestación de la posibilidad de que el legislador haga uso en nuestro ordenamiento de la técnica de la delegación recepticia (habilitación o apoderamiento realizado a favor del Ejecutivo, con la peculiaridad de que el legislador asume anticipadamente como propia, prestándole su rango, la producción jurídica de la Administración). E. GARCÍA DE ENTERRÍA construye esta teoría en su Discurso de ingreso en la Real Académica de Legislación y Jurisprudencia, que luego es publicado en la obra *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, cita por la segunda edición, Tecnos, Madrid, 1981. Sobre la génesis de la misma, *vide* Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO: «La delegación legislativa en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, volumen I, Civitas, Madrid, 1991, págs. 357-359. Cfr. por todos, J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos...*, *cit.*, págs. 285-286 y 644-682; I. DE OTTO: *Op. cit.*, pág. 191; Eduardo VÍRGALA FORURIA: *La delegación legislativa en la Constitución y los Decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1991; Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ: *Los controles de la legislación delegada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

La Constitución española, como ha señalado Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA: «Consi-

gación legislativa recepticia nos encontramos ante un instrumento que produce una ratificación o legalización del contenido de una norma reglamentaria con la única particularidad de que, en la forma constitucionalmente prevista, ésta se produce *ex ante*.

Teniendo en cuenta que nunca ha sido discutida la vertiente referida a la posibilidad convalidadora de la tesis, y dadas las mayores dificultades de que una actuación de este tipo sea admitida con carácter previo a que lo sea *ex post*, tal consideración constituye una adicional manifestación de la absoluta regularidad formal de que, en nuestro ordenamiento, el legislador ratifique o legalice actuaciones.

2. Límites a la convalidación legislativa derivados de su inevitable carácter retroactivo

Las previsiones constitucionales sí imponen, sin embargo, algunos límites a las convalidaciones legislativas de actos y disposiciones administrativas ilegales. En primer lugar, y por efecto de su carácter retroactivo, respecto del ámbito en el que son constitucionalmente posibles.

Las leyes de convalidación son inevitablemente retroactivas en la medida

deraciones sobre la fiscalización jurisdiccional de los Decretos Legislativos», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, volumen I, Civitas, Madrid, 1991, págs. 409-410, parece claro que en su art. 82.6 CE contiene una fórmula que reconoce expresamente las tesis de García de Enterría, como por lo demás ha reconocido el propio Tribunal Constitucional (*vide*, al respecto, E. VÍRGALA FORURIA: «De nuevo sobre los Decretos Legislativos (a propósito de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 56, 1999, págs. 43-74). Éstas, por lo demás, son en la actualidad jurisprudencialmente reconocidas de forma unánime. *Vide*, en este sentido, alguna de las primeras Sentencias tras la aprobación de la Constitución, como la estudiada por Joaquín TORNOS MAS: «De nuevo sobre el control de los Decretos legislativos. La declaración de nulidad, por vicios de carácter procedimental, del Decreto de 20 de diciembre de 1974, en materia de disciplina de mercado», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 32, pág. 887; o la analizada por Fernando SAINZ MORENO: «El recurso de casación y el control de los reglamentos ilegales y de los decretos legislativos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 93, 1980, págs. 219-228.

El artículo 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA), por último, al establecer que «*los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación (...) con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación*» da un respaldo adicional, desde el Derecho positivo, a la tesis, que parece definitivamente instalada en nuestro Derecho y que responde a una lectura sistemáticamente imposible de obviar del texto de la Constitución.

en que pretenden sanar un vicio de legalidad ya existente y hacerlo con efectos hacia el pasado. Es decir, que no sólo condicionan *pro futuro* un acto jurídico preexistente, sino que, además, inciden también sobre los efectos ya pasados del mismo. Se trata de un supuesto que, a pesar de la enconada discusión en cuanto a qué ha de ser entendido por retroactividad o la posibilidad o no de etiquetar como retroactivos ciertos actos jurídicos, no plantea mayores problemas. Sea cual sea la concepción defendida de retroactividad, ninguna duda puede albergarse sobre el hecho de que cualquier convalidación legislativa la produce (21). Por ello, también el análisis de la retroactividad que viene realizando el Tribunal Constitucional, por mucho que restrictivo, no puede sino incluir las (22).

En consecuencia, ciertos ámbitos materiales quedan constitucionalmente sustraídos a las leyes de convalidación. En concreto, y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 9.3 de la Constitución, las convalidaciones legislativas no son posibles respecto de disposiciones sancionadoras no favorables ni pueden amparar una actuación administrativa previa restrictiva de derechos individuales. Pocas dudas pueden existir al respecto. Y, si las hubiera, éstas han desaparecido tras la expresa afirmación que en esta dirección ha realizado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 273/2000 (23). Algo más complicado, en cambio, es determinar cuándo en concreto nos encontramos ante una disposición restrictiva de derechos individuales que, en tanto que tal, tenga vedado desplegar efectos retroactivos. Sin embargo, no cabe al respecto sino remitirnos a la jurisprudencia constitucional en la materia, poniendo de manifiesto, eso sí, que se ha caracterizado por el nada generoso criterio con el que ha apreciado la concurrencia de una restricción de derechos individuales (a los que identifica exclusivamente, además, con los derechos fundamentales). Doctrina

(21) Vide por todos, junto a las clásicas obras de Paul ROUBIER: *Les conflits des lois dans le temps (Théorie dite de la non-rétroactivité des lois)*, 2 volúmenes, Sirey, París, 1929-1933; *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, Dalloz/Sirey, París, 1960; la monografía de Francisco LÓPEZ MENDO: *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Instituto García Oviedo-Universidad de Sevilla, 1982.

(22) Vide un prolijo análisis de la jurisprudencia constitucional de los primeros años en Regina GAYA SICILIA: *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Montecorvo, Madrid, 1987, págs. 183-302. Las valoraciones de la autora son, en general, críticas con la línea seguida (*vide*, especialmente, págs. 319-320). Vide, también, F. LÓPEZ MENDO: «El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, volumen I, Civitas, Madrid, 1991, págs. 481-508.

(23) Vide, sobre esta Sentencia y, en general, sobre las limitaciones que su carácter retroactivo impone a las convalidaciones legislativas, J. GARCÍA LUENGO: «La subsanación retroactiva de reglamentos nulos mediante la elevación de rango...», *cit.*

que, sin duda, limita de forma notable el efecto que esta barrera constitucional a las convalidaciones legislativas puede desplegar en la práctica (24).

Esta en exceso prudente jurisprudencia constitucional en materia de retroactividad ha propiciado la aparición, en ocasiones, de vías indirectas para limitar la capacidad de las leyes de afectar a relaciones jurídicas pasadas y a sus consecuencias ya producidas. De esta forma, leyes cuyo efecto retroactivo era perfectamente constitucional desde la óptica de las prohibiciones contenidas en el artículo 9.3 de la Constitución en materia de retroactividad han sido invalidadas cuando a este efecto retroactivo aunaban otras particularidades que permitían realizar una valoración de conjunto de las normas en cuestión como contrarias a la seguridad jurídica (principio recogido también por el artículo 9.3 de la Constitución). Sin embargo, y en la medida en que estos pronunciamientos constitucionales se amparan esencialmente, para determinar la contradicción con el principio de seguridad jurídica, en consideraciones relativas a la previsibilidad de la concreta reacción del legislador, esta doctrina jurisprudencial es especialmente poco apta para deducir de ella límites a las leyes de convalidación (25). Frente a la lógica de los supuestos en los que se ha reconocido el quebranto a la seguridad jurídica (que han sido siempre excepcionales y limitados a casos donde el legislador había aprobado una norma en contradicción con las prácticas que había desarrollado hasta ese momento la propia Administración, creando una expectativa y generando confianza en los ciudadanos respecto de la continuidad de la misma que no se entiende admisible que sea truncada retroactivamente), en las convalidaciones legislativas la

(24) Cfr. L. M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *La derogación...*, cit., págs. 187-191; J. GARCÍA LUENGO: «La subsanación retroactiva de reglamentos nulos mediante la elevación de rango...», cit., pág. 446.

(25) Así, por ejemplo, las STC 173/1996 y STC 234/2001. En ambas sentencias el esquema es idéntico. La inconstitucionalidad de las regulaciones es consecuencia de haber establecido el legislador modificaciones legales que alteraban lo anteriormente fijado y aplicado por la Administración de forma reiterada y continuada. Parece que las anulaciones que el Tribunal Constitucional está dispuesto a llevar a cabo han de basarse esencialmente en consideraciones de esa índole, por mucho que Sentencias anteriores hubieran definido un esquema teórico más complejo en el que coexistían factores adicionales (SSTC 126/1987, 197/1992, 173/1996, 182/1997). Vide, sobre la primera de ellas, J. GARCÍA LUENGO: *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 94-96; así como los Fundamentos de Derecho Octavo, Noveno y Décimo de la segunda. Recientemente E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», en *Revista de Administración Pública*, núm. 159, 2002, págs. 173-206, ha puesto en duda, sin embargo, que la protección de la confianza legítima sirva como factor relevante para estimar quiebras a la seguridad jurídica y, especialmente, que pueda ser empleada en tal sentido a efectos resarcitorios (págs. 175-179).

intervención del legislador viene justamente a afirmar y confirmar la actuación administrativa. Al ir ambas en idéntica dirección no puede alegarse quebranto alguno al amparo de un principio de seguridad jurídica identificado con la garantía de la previsibilidad de la acción de los poderes públicos o de la legítima confianza de los ciudadanos que la primera haya podido generar.

Al margen de que la seguridad jurídica, interpretada de una forma que creemos más correcta (incluyendo una exigencia de regularidad en el actuar del legislador e incidiendo sobre la confianza y previsibilidad no tanto de las actuaciones de los poderes públicos como del marco legal en el que éstas han de desarrollarse) (26), quizás podría constituir un límite a las leyes de convalidación, no queda, sin embargo, otra cosa que negarle cualquier efecto modulador tal y como viene siendo interpretada en la actualidad por el Tribunal Constitucional. Es más, si la seguridad jurídica se identifica con la estabilidad y continuidad de las normas o procedimientos ya existentes, y con el hecho de que los poderes públicos en su conjunto no intervengan retroactivamente yendo contra sus propios actos, las convalidaciones legislativas no sólo no son merecedoras de reproche alguno respecto de su afección a la misma sino que, antes al contrario, acaban configurándose, lo que no deja de ser sorprendente y demuestra la urgencia de una reorientación de la doctrina jurisprudencial en la materia, como instrumentos que contribuyen a restaurarla.

3. *La reserva de jurisdicción como límite a las convalidaciones legislativas*

Las convalidaciones legislativas, en la medida en que logran enervar los efectos de las decisiones judiciales que ya han recaído sobre la actuación administrativa, plantean el problema de si afectan de forma constitucionalmente ilegítima (y por ello vedada) a las funciones de los órganos jurisdiccionales. Incluso, yendo más allá, si puede entenderse que supongan una usurpación de las funciones de éstos, dado que producen como resultado la enervación de los efectos de una decisión judicial, con la consiguiente injerencia en la esfera funcionalmente reservada por la Constitución a jueces y tribunales (27).

(26) S. MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., pág. 380, señala también, en un sentido que creemos puede interpretarse coincidente con estas apreciaciones, que una convalidación legislativa no habría de entenderse admisible en nuestro ordenamiento si estableciera una regulación legal imprevisible.

(27) Aspecto que fue inicialmente resaltado por S. MUÑOZ MACHADO: *La reserva de jurisdicción*, cit., págs. 129-130, y sobre el que recientemente ha vuelto a llamar la atención en su *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., págs. 385-394, *passim*.

No obstante la claridad con la que se deduce del reconocimiento constitucional de que la función de *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado* corresponde en exclusiva a los tribunales (así lo dispone el artículo 117.3 de la Constitución) la existencia de una correlativa reserva funcional a favor de los órganos jurisdiccionales, delimitar su contenido material es una tarea mucho más complicada (28). Por lo demás, tampoco ha sido ésta una cuestión excesivamente analizada doctrinalmente ni que haya merecido hasta fecha muy reciente de manifestaciones sobre su contenido y garantía por parte del Tribunal Constitucional, lo que provoca que tampoco sean excesivas las referencias con las que, a la hora de tratar de acometerla, podemos contar (29).

De acuerdo con la mayor parte de las construcciones dogmáticas, entendemos correcto identificar la función jurisdiccional con la capacidad de realizar en exclusiva aquella labor jurídicamente consistente en la aplicación normativa dotada del máximo grado de irrevocabilidad positivamente admitido (30). Lo decisivo, a nuestros efectos, es que de la instauración constitucional de la reserva se deduce que sólo los jueces pueden dictar mandatos jurídicos irrevocables. Como es sabido, esta cualidad de la acción de los órganos jurisdiccionales se articula jurídicamente a través del reconocimiento y garantía de la cosa juzgada. La identificación de este aspecto con la particularidad última y nuclear de la función judicial cuenta en nuestro ordenamiento constitucional, por ello, con una protección adicional, que refuerza la reserva de jurisdicción y reafirma lo que venimos diciendo, a través del artículo 24.1 de la Constitución. Tal pre-

(28) S. MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., pág. 390.

(29) Los trabajos más ilustrativos sobre el particular son los ya clásicos de S. MUÑOZ MACHADO: *La reserva...*, cit., y de Juan Luis REQUEJO PAGÉS: *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. Recientemente S. MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., págs. 385-394, ha vuelto a profundizar en el estudio de esta importante cuestión.

Ha sido precisamente la impugnación en los últimos años de una serie de leyes de convalidación de actuaciones administrativas previamente anuladas lo que ha dado ocasión al Tribunal Constitucional de manifestar su parecer respecto de la capacidad invasiva constitucionalmente permitida a la ley (así, especialmente, en su STC 73/2000). Aunque estos pronunciamientos ayudan a avanzar siquiera sea mínimamente en la identificación de cuáles son los exactos límites y garantías que nuestro texto constitucional establece para proteger el ámbito funcional constitucionalmente reservado a la jurisdicción frente a intromisiones provenientes de otro poder del Estado como es el legislador, las incertidumbres siguen siendo muchas.

(30) J. L. REQUEJO PAGÉS: «*La reserva de jurisdicción*», de Santiago Muñoz Machado», reseñación aparecida en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 28, 1990, pág. 319, y *Jurisdicción e independencia judicial*, cit., en especial toda su Primera parte y, dentro de ella, su Capítulo Segundo (págs. 67-93); G. DOMÉNECH PASCUAL: *La invalidez...*, cit., págs. 450 y la bibliografía allí citada.

cepto, que proclama el derecho a la tutela judicial efectiva, garantiza también, como integrante de la misma, la intangibilidad de la cosa juzgada (31).

Cernido en estos términos el ámbito de la reserva de jurisdicción, resultaría que nuestro ordenamiento no sólo identifica la función judicial con la capacidad de dictar decisiones definitivas que no podrán ser alteradas sino que protege esta situación a través de su plasmación como derecho subjetivo de aquellos ciudadanos que acuden a los tribunales. No obstante la garantía que supone, dentro de este ámbito material, identificar la reserva de jurisdicción establecida en la Constitución española con la esfera de intangibilidad que, derivada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, es reconocida a la cosa juzgada en nuestro ordenamiento, subsisten algunos problemas. Básicamente, como ha señalado Muñoz Machado, que esta concepción de la reserva de jurisdicción es, muy probablemente, de mínimos (32).

Con independencia de que sea suficiente o no como definición del ámbito en cualquier caso reservado a la jurisdicción, es incuestionable que, cuando menos, dentro del mismo no caben leyes de convalidación. Son inconstitucionales por ello todas las convalidaciones legislativas que traten de dar validez a actos o disposiciones administrativas ilegales que ya hayan sido anuladas por medio de sentencia firme reconociendo las subsiguientes posiciones jurídicas subjetivas individualizadas a los interesados. La cosa juzgada, a estos efectos,

(31) El derecho a la tutela judicial efectiva constitucionalmente reconocido tiene un carácter poliédrico, y comprende manifestaciones muy diversas. De entre ellas, sobre todo, hemos de destacar, a los efectos que nos interesan, que reconoce 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 Sentencia Tribunal Constitucional 159/1987, de 26 de octubre). *Vide* también el Fundamento de Derecho Cuarto de la STC 31/1999.

(32) En opinión de Muñoz Machado esta equiparación es insatisfactoria porque por una parte «el concepto de cosa juzgada está vinculado a la irreversibilidad de las decisiones que es oponible a cualquier otro órgano judicial y no frente al legislador» y, por otra, como consecuencia de que «hay decisiones individuales que no reconocen derechos individuales sino que hacen declaraciones objetivas atinentes, por ejemplo, a la nulidad de una norma. En todos estos casos, la cosa juzgada no impide que el legislador intervenga convalidando la norma anulada, sustituyéndola o dándole la cobertura de que inicialmente carecía» (S. MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho Administrativo...*, *cit.*, pág. 390). La cuestión es enormemente compleja, porque frente a un criterio definidor como el señalado, de tipo técnico, parece complicado encontrar otro que conjuga la mayor amplitud buscada sin conllevar inevitablemente incoherencias con la suficiente capacidad para discriminar de manera generalmente válida que ha de ser exigida a este tipo de esfuerzos clarificadores. Muñoz Machado, finalmente, opta por proporcionar un listado de supuestos de afrenta a la reserva de jurisdicción a partir de los cuales cernir su ámbito, deducidos de una declaración inevitablemente genérica (págs. 390-394).

es inmodificable por las mismas y supone un límite infranqueable para el legislador debido a la protección desplegada por el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución (33). Por lo demás, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (34), cuando han tenido ocasión de manifestarse sobre el particular, lo han hecho de tal forma que esta idea queda reafirmada. Así, las STC 73/2000, de 14 de marzo, y STEDH de 27 de abril de 2004 (*Asunto Gorraiz Lizarraga y otros contra España*), ambas referidas a los problemas planteados por la convalidación de la presa de Itoiz (35), la aceptan tras señalar en sus fundamentos jurídicos la inexistencia en el caso analizado de derechos subjetivos ya reconocidos. Éstos, en la lógica argumentativa que siguen ambos tribunales, parecen actuar en todo caso como límite que en ningún supuesto ha de consentirse traspasar al legislador (36). La Sentencia del Tribunal Europeo es en ese sentido especialmente significativa, por cuanto se enmarca en una línea jurisprudencial extraordinariamente rigurosa. Las diversas Sentencias que el Tribunal de Estrasburgo había venido dictando hasta la fecha en materia de convalidaciones legislativas, a partir de la importantísima Sentencia de 9 de diciembre de 1994 que resolvió el *Asunto Refinerías griegas Stran y Stratis Andreadis contra Grecia* (493/94), reafirman también esta idea, ya que siempre han declarado la imposibilidad de que por medio de una ley de convalidación se afecte a procesos judiciales ya resueltos definitivamente (37). Y aunque la más reciente de ellas haya admitido

(33) En este mismo sentido, S. MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., págs. 380-381, al trazar los diferentes supuestos en los que son posibles o no las convalidaciones legislativas.

(34) El ya abundante bagaje jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en interpretación del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales recaído sobre leyes que convalidaban legislativamente actuaciones administrativas ilegales es importantísimo a efectos de determinar la admisibilidad en nuestro Derecho de la figura. Y no sólo, como es sabido, por tratarse de un cuerpo normativo que ha de entenderse integrado en el ordenamiento español, sino porque además, y fruto de la previsión del artículo 10.2 de la Constitución, la propia interpretación constitucional en punto al contenido de los derechos fundamentales garantizados en nuestro Derecho ha de realizarse a la luz del mismo.

(35) *Vide supra* nota núm. 8.

(36) *Vide* los Fundamentos de Derecho Octavo a Decimoprimeros de la STC 73/2000, así como los §§ 72 y 72 de la STEDH de 27 de abril de 2004. El Tribunal Constitucional, por ejemplo, señala, en línea con lo que venimos afirmando, que la tutela judicial efectiva no se ve afectada por el mero hecho de que, estando pendiente un proceso, el legislador haga uso de la capacidad innovativa que tiene sobre el ordenamiento. De esta sola actuación no puede deducirse la existencia de una injerencia ilegítima por parte del legislador.

(37) Las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos más relevantes en materia de convalidaciones legislativas, que configuran en la actualidad una consolidada jurisprudencia,

la operación realizada por el legislador navarro respecto de la apreciación de la conformidad a la legalidad de la presa de Itoiz, no ha de perderse de vista que un elemento esencial que le conduce a tal decisión es que en este caso no aparecen en conflicto derechos subjetivos individuales amparados por una declaración judicial previa con fuerza de cosa juzgada.

Ambas decisiones judiciales, por otra parte, permiten expresar dudas sobre que estos Tribunales concedan a la reserva de jurisdicción un contenido mayor o mucho mayor del señalado. La barrera que supone la reserva de jurisdicción, manifestación de las exigencias constitucionales en materia de separación de poderes, queda reducida, en aplicación de la jurisprudencia constitucional y europea, a los efectos que pueda desplegar su tutela a través del mencionado derecho fundamental. De lo que se deducen, por cierto, importantes consecuencias que amplían el ámbito en el que constitucionalmente serán posibles las leyes de convalidación. Las afecciones a regulaciones generales o a cualquier actuación administrativa que no haya incidido en la esfera de intereses jurídicos de un ciudadano (o las partes de una que no lo hayan hecho), sí serán susceptibles de convalidación por el legislador. Por causa, precisamente, de la inexistencia en tales casos de ámbitos de garantía reconocidos a ciudadanos que impidan su ejercicio. Estos resultados son los que, precisamente, son señalados y criticados por Muñoz Machado.

4. *Leyes de convalidación arbitrarias*

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de convalidaciones legislativas, a pesar de incardinar formalmente sus argu-

son las Sentencias de 9 de diciembre de 1994 (*Asunto Refinerías griegas Stran et Stratis Andreadis contra Grecia*); de 22 de octubre de 1997 (*Asunto Papageorgiou contra Grecia*); de 23 de octubre de 1997 (*Asunto National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society y Yorkshire Building Society contra el Reino Unido*); de 28 de octubre de 1999 (*Asunto Zielinski, Pradal y González y otros contra Francia*); de 14 de diciembre de 1999 (*Asunto Antonakopoulos, Vorstela y Antonakopoulou contra Grecia*); de 28 de junio de 2000 (*Asunto Dimitros Georgiadis contra Grecia*); de 7 de noviembre de 2000 (*Asunto Anagnostopoulos contra Grecia*); y de 14 de marzo de 2003 (*Asunto Adamogiannis contra Grecia*). Sobre esta jurisprudencia, *vide* A. 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*, núm. 6, 2000, pág. 1195; B. 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 Cassation, chambre sociale, 25 avril 2001», en *Révue Française de Droit Administratif*, núm. 5, 2001, págs. 1055-1062; G. DOMÉNECH PASCUAL: *La invalidez de los reglamentos*, *cit.*, págs. 444-448; S. MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho Administrativo...*, *cit.*, pág. 376.

mentaciones con base en el artículo 6.1 del Convenio (que viene a corresponderse materialmente con el art. 24 de la Constitución), va mucho más allá de los exactos perfiles del mismo y ha establecido un abanico de limitaciones de mayor calado que el ceñido a las estrictamente derivadas de la protección del derecho a la tutela judicial efectiva. A nuestro juicio, y por mucho que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sea clara en lo que se refiere a su anclaje en el Convenio, no creemos técnicamente apropiado, en un marco como el que proporciona la Constitución española, integrar estas consideraciones en la reflexión que venimos realizando sobre la tutela judicial efectiva, toda vez que se basan en la ponderación de una serie de elementos que exceden lo que desde un perspectiva técnicamente rigurosa ha de entenderse como constitucionalmente vedado al legislador en aplicación del artículo 24.1 de la Constitución.

No obstante considerar técnicamente inapropiada (aunque en parte comprensible por las limitaciones y características del órgano) la aproximación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha realizado a lo largo de su jurisprudencia sobre los límites que no pueden sobrepasar las convalidaciones legislativas, no podemos desentendernos de su jurisprudencia, que ha de ser necesariamente acogida por nuestro Derecho. Sin embargo, creemos obligado tratar de hacerlo acomodándola sistemáticamente de la forma más coherente con la estructura de nuestro marco constitucional. Desde esta óptica, dado que las previsiones que ha ido desarrollando el Tribunal de Estrasburgo, a nuestro juicio, se refieren a lo que en nuestro sistema se corresponde con un juicio sobre la arbitrariedad del legislador, sobre el empleo torcido de las facultades que le otorga el ordenamiento, las incluimos en la limitación que el artículo 9.3 de la Constitución impone al poder legislativo cuando declara la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

La Constitución española, con este precepto, consagra la prohibición del empleo desviado de las potestades que a cualquiera de los poderes públicos otorga, fiduciariamente, el Derecho. También, como es evidente y ha sido reiteradamente puesto de manifiesto, respecto del legislador (38). No obstante lo cual, las especiales características de este órgano, su condición de representante de la ciudadanía, obligan a extremar las precauciones. La significación de un juicio sobre la arbitrariedad de una ley no es la misma que la que pueda merecer esa misma apreciación respecto de un acto administrativo, por ejemplo.

(38) Vide Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *Materiales para una Constitución (los trabajos de un profesor en la Comisión constitucional del Senado)*, Akal, 1984, págs. 67-70; Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1998; Franck MODERNE: «Sur l'arbitraire législatif. À propos de l'ouvrage de T. R. Fernández. De la arbitrariedad del legislador, una crítica de la jurisprudencia constitucional», en *Révue Française de Droit Administratif*, 1999, núm. 1, pág. 184.

Si conviene no confundir, a la hora de fiscalizar cualquier actuación de los poderes públicos, control de la arbitrariedad con sustitución en la concreción de aquellas apreciaciones discrecionales o de oportunidad reconocidas al poder competente constitucionalmente para realizarlas, la prudencia ha de extremarse, como es lógico, cuando nos las habemos con un poder, el legislativo, que las tiene reconocidas por su condición de representativo.

Hasta la fecha, la aplicación que el Tribunal Constitucional ha venido realizado de la posibilidad constitucional de controlar la racionalidad y razonabilidad de las elecciones del legislador ha sido extraordinariamente cauta, precisamente porque se trata de un instrumento de control que roza en su aplicación el juicio sobre las referidas consideraciones de oportunidad (39). No ha de perderse de vista que, si de realizar una ponderación o una evaluación discrecional se trata, esto es, no vinculada en un sentido u otro por la Constitución, debe corresponder al legislador la determinación última, porque así es querido por nuestro ordenamiento, que confía en este órgano como depositario de la representación de los ciudadanos y como el más capacitado para desarrollar acertadamente funciones que requieran de la puesta en práctica de valoraciones de razonabilidad (40). De hecho, la Constitución establece un procedimiento, el legislativo, que es tenido por especialmente apto y adecuado para garantizar la mayor corrección valorativa posible de la decisión (41).

Ahora bien, esta prudencia del Tribunal Constitucional español, que se en-

(39) Esta jurisprudencia ha sido objeto de un cuidadoso análisis y crítica por T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *De la arbitrariedad del legislador...*, cit., págs. 47-86.

(40) Vide Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ: «Sobre lo razonable en el Derecho», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989, págs. 93-110; Ángel CARRASCO PERERA: «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», en *Revista Española de Derecho constitucional*, núm. 11, 1984, págs. 39-106; y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «Le principe constitutionnel d'interdiction de l'arbitraire des pouvoirs publics en Espagne: *quid novum?*», en *Révue Française de Droit Administratif*, 1999, núm. 1, pág. 181.

(41) Para las primeras valoraciones de la capacidad legitimadora del procedimiento, vide Hans Kelsen: *Esencia y valor de la democracia*, traducción de la 2.ª edición alemana, por Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra, Comares, Granada, 2002. En la actualidad, y a partir de los avances en materia de teoría y ética del discurso (las aportaciones de Habermas y Karl-Otto Apel son claves) esta idea de legitimación a través del procedimiento no sólo está consolidadamente anclada en la propia esencia de los procesos jurídicos (vide Niklas LUHMANN: *Legitimation durch Verfahren*, Suhrkamp, Frankfurt, 1989) sino que incluso ha sido convertida en uno de los elementos centrales a partir de los cuales desarrolla su teoría sociopolítica Jürgen Habermas, factor en el que cree poder encontrar las bases legitimadoras de la convivencia y ordenación social. Vide Jürgen HABERMAS: *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998. Especialmente, en punto a las implicaciones de la valoración que las exigencias de la política deliberativa puede imponer a la capacidad de control y detección de una arbitrariedad a cargo de los órganos de control de la constitucionalidad, págs. 346-361.

marca en un análisis acertado de la capacidad de rectificación que le es propia en este terreno, ha de conjugarse necesariamente con la jurisprudencia europea en materia de convalidaciones legislativas (42). Ésta, como se ha dicho, permite realizar valoraciones enjuiciando la corrección de la ponderación de intereses acometida por el legislador a la hora de aprobar una ley de convalidación y, cuando se juzgue desproporcionada, obliga a declarar por ello la contrariedad a Derecho de la norma.

Por ello, a pesar de la extraordinaria cautela con la que el Tribunal Constitucional realiza sus consideraciones en materia de arbitrariedad del legislador (lo que, con carácter general, dificulta enormemente su apreciación), es cierto, sin embargo, que un concreto factor que concurre en algunas convalidaciones legislativas señalado por esa jurisprudencia sí permite, sin embargo, alentar sospechas sobre que las mismas pueden suponer, en algunos casos, un empleo torcido de la potestad legislativa. En concreto, nos referimos al supuesto en que, ante una controversia jurídica que se encuentre en un estadio de desarrollo avanzado y en la que sistemáticamente se haya dado la razón al particular contra la Administración, y siendo previsible un fallo condenatorio inminente que zanje definitivamente el problema anulando la actuación administrativa, la ley de convalidación suponga una intervención con el solo objetivo de resolver favorablemente a los intereses de un poder público (el ejecutivo) por medio de la intervención de otro (el legislador). Existe en tal injerencia una nota de abuso, al aproximarse a la figura de que un mismo ente sea juez y parte, que puede hacer concebir la tacha de arbitraria para tal actuación. Del desbroce de la jurisprudencia europea se deduce, en concreto, que una ley de convalidación no será posible nunca cuando:

1. La actuación del legislador haya tenido por única base la pretensión de dejar sin efectos una condena a la Administración ya producida o muy probable (esto es, no sólo meramente posible sino previsible, algo que bien queda reflejado por el carácter grosero de la ilegalidad en cuestión o, simplemente, por haber recaído ya la anulación en sentencias de instancia o procedimientos homologables).

2. Los afectados no hubieran podido prever la cobertura dada por el legislador (y ello es así únicamente cuando ésta introduce un cambio sustancial respecto de lo que era la ordenación jurídica previa, pero no cuando la modificación es de matiz).

3. Esta intervención se produzca en un momento muy avanzado del proceso (usualmente, de hecho, será exigido también por este motivo que ya haya pronunciamiento condenatorio en primera instancia).

4. Exista una desproporción evidente en cuanto a la ausencia de razona-

(42) *Vide supra* nota núm. 38.

bilidad de la medida (lo que conlleva que sólo afectará la limitación a casos en los que pueda haber afectados derechos e intereses de ciudadanos, que constituyen el elemento a tener en cuenta, junto al interés general invocado, a la hora de realizar la ponderación).

En tal supuesto, que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos determina la ilegitimidad de la convalidación legislativa, creemos que es posible considerar que, en nuestro ordenamiento constitucional, tampoco ha de ser admisible, por merecedora del reproche de arbitrariedad. Se trata, como ya se ha señalado, de un caso excepcional, en el que no creemos que, aplicado de manera cauta y prudente, pueda entenderse en modo alguno que se opere la sustitución, en consideraciones de oportunidad, del legislador por el juez constitucional. Este último, únicamente, se limita a valorar la concurrencia de unos concretos elementos, que para la jurisprudencia europea conllevan la nulidad de la ley, y deduce de la presencia de los mismos, si tal fuera el caso, en lo que es una conclusión perfectamente razonable, que se ha producido el mencionado empleo desviado e inconstitucional, por arbitrario, de la potestad legislativa.

De esta forma, junto a las limitaciones que su necesaria afección al pasado suponen a las convalidaciones legislativas las previsiones constitucionales en materia de retroactividad y a la prohibición de que una ley de convalidación se produzca cuando ya hay una decisión judicial definitiva que ha supuesto el reconocimiento con fuerza de cosa juzgada de unos concretos derechos o intereses a algún ciudadano, aparece un último límite de gran importancia (que atiende a la arbitrariedad de la medida) para aquellos casos admisibles desde estas dos primeras perspectivas (ceñidas únicamente a la retroactividad de la ley y a su respeto a la separación de poderes constitucionalmente consagrada). Previsión esta última que cierra el marco en el que las leyes de convalidación son admisibles en nuestro ordenamiento constitucional, de acuerdo a las razones expuestas. Y que permite conformar un cuadro más o menos general de las pautas que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han de guiar el juicio que nos merezcan este tipo de intervenciones del legislador. No obstante, quizás convenga también recordar, a este respecto, que algunas de sus posiciones son, probablemente reflejo de un excesivo respeto a la posición tradicional del legislador como poder hegemónico en nuestros sistemas jurídicos. Lo cual induce a retomar algunas de las críticas producto de la insatisfactoria y, en opinión de Muñoz Machado, todavía insuficiente determinación de la esfera funcionalmente reservada al juez en nuestro Derecho. Y, también, a alertar sobre la posibilidad de que no sólo este factor sino también el hecho, por demás evidente, de que la posición del legislador en el seno de los poderes del Estado está sufriendo un perceptible debilitamiento, provoquen alguna alteración de aquéllas en el futuro.