

SUSPENSIÓN DE LA LEY Y RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD¹

Suspension of statutes and appeal of unconstitutionality

FERNANDO SIMÓN YARZA

Universidad de Navarra

fsimon@unav.es

Cómo citar/Citation

Simón Yarza, F. (2023).

Suspensión de la ley y recurso de inconstitucionalidad.

Revista Española de Derecho Constitucional, 129, 79-115.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.129.03>

Resumen

Las recientes crisis institucionales vividas en España y otros países han vuelto a poner de actualidad la discusión sobre la conveniencia de reconocer la facultad de suspender cautelarmente, en supuestos excepcionales, la vigencia de la ley. Se trata de un mecanismo bien conocido en otros sistemas de control de constitucionalidad concentrado; y, en determinadas circunstancias, puede devenir imprescindible para la eficacia de la justicia constitucional. El autor lleva a cabo una reflexión sosegada al respecto exponiendo, en primer lugar, la situación actualmente vigente en España (II). A continuación, recorre los modelos más próximos y asimilables del derecho comparado (III): el alemán y, de manera más breve, el italiano. Finalmente, desarrolla algunas consideraciones prospectivas para España (IV) y cierra el artículo con una sucinta conclusión (V).

¹ Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación PID2021-123730OB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Un borrador avanzado de este trabajo fue presentado en el seminario de profesores de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, dirigido por los profesores Aragón Reyes y Solozábal Echavarría, en su encuentro anual en Sedano (Burgos), el 10 de junio de 2023. Agradezco de corazón las sugerencias, verdaderamente enriquecedoras, de los participantes en el seminario. Quisiera dar las gracias también a los miembros del *Fortescue Seminar*, del Canterbury Institute de Oxford, por la oportunidad de discutir un borrador inicial el 19 de abril de 2023.

Palabras clave

Tribunal Constitucional; *Bundesverfassungsgericht*; *Corte Costituzionale*; suspensión cautelar; medidas cautelares; división de poderes; democracia; justicia constitucional; remedio de urgencia; recurso de inconstitucionalidad; suspensión de leyes; normas con rango de ley.

Abstract

The recent institutional crises in Spain and other countries have once again brought to the forefront the discussion on the advisability of recognizing the power to suspend, in exceptional circumstances, the enforceability of a statute. This mechanism is well known in other systems of concentrated control of constitutionality and, in certain circumstances, it can become essential for the effectiveness of constitutional justice. Far from the pressures of the above-mentioned crises, the author carries out a calm reflection on the subject. First of all, he analyzes the situation currently in force in Spain (II). Next, he reviews the closest models of comparative law (III): the German and, more briefly, the Italian system. Finally, he develops some prospective considerations for Spain (IV), and closes the article with a succinct conclusion (V).

Keywords

Constitutional Court; *Bundesverfassungsgericht*; *Corte Costituzionale*; precautionary suspension; precautionary measures; division of powers; democracy; Constitutional Justice; interim relief; appeal of unconstitutionality; suspension of statutes; norms with statutory force.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO ESPAÑOL: 1. Suspensión de la ley autonómica. 2. La suspensión cautelar de la ley al margen del artículo 161.2 CE: doctrina constitucional: 2.1. *La cuestión de inconstitucionalidad*. 2.2. *El recurso de inconstitucionalidad*. III. EXPERIENCIAS DE DERECHO COMPARADO: 1. Alemania: 1.1. *Consideraciones generales*. 1.2. *El modelo escalonado para el otorgamiento de las medidas cautelares*. 2. Referencia a Italia. IV. CONSIDERACIONES PROSPECTIVAS PARA ESPAÑA: 1. *De lege ferenda*. 2. *De lege lata*. V. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, algunos conflictos institucionales graves, acaecidos en España y en otros países de nuestro entorno cultural, han vuelto a suscitar el interrogante acerca de una competencia que podría llegar a revelarse crucial, eventualmente, para la integridad de nuestro Estado constitucional de derecho. Me refiero al poder de suspender cautelarmente, bajo circunstancias serias de *periculum in mora*, la ley inconstitucional. Se trata, ciertamente, de un poder formidable, que solo en manos de un tribunal constitucional consciente de su elevada misión, y bajo el escrutinio, a su vez, de una comunidad jurídica rigurosa en la construcción y aplicación de cánones de control, es capaz de cumplir su importante función de garantía sin convertirse en un peligroso instrumento de abuso.

Con las premisas indicadas, la suspensión cautelar de las leyes en procesos de inconstitucionalidad constituye, según intentaré mostrar, una forma de tutela adecuada a la genuina naturaleza del Tribunal Constitucional. He recurrido para ello al derecho comparado, y, muy particularmente, a la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán. Lejos de una admiración acrítica por lo foráneo, pienso que los sólidos fundamentos teóricos del modelo alemán justifican dedicarle una atención singular.

Por desgracia, dejando al margen el supuesto previsto por el art. 161.2 de la Constitución, la suspensión cautelar de la ley no ha sido objeto, a mi juicio, de un análisis teórico suficiente en nuestro país. Por medio del presente estudio quisiera contribuir, de manera modesta, a paliar esta laguna en nuestra dogmática procesal constitucional. Haciendo abstracción de las circunstancias de una crisis concreta, comenzaré el trabajo desarrollando una reflexión sosegada sobre la situación actualmente vigente en España (II), en lo que respecta tanto a la

suspensión cautelar de la ley autonómica *ex art.* 161.2 CE como a la doctrina que el Tribunal Constitucional ha fijado en relación con otros posibles supuestos. A continuación, llevaré a cabo un recorrido por los modelos más próximos y asimilables del derecho comparado (III): el alemán, como he señalado, y, de manera más breve, el italiano. Finalmente, formularé algunas consideraciones prospectivas para España (IV), tanto *de lege ferenda* como *de lege lata*, y cerraré el trabajo con una sucinta conclusión (V).

II. EL DERECHO ESPAÑOL

1. SUSPENSIÓN DE LA LEY AUTONÓMICA

La posibilidad de suspender cautelarmente, con efectos *erga omnes*, la aplicación de normas con rango de ley en procesos de inconstitucionalidad no está prevista, con carácter general, ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En relación con las leyes autonómicas, sin embargo, dicha suspensión ha sido admitida por el art. 30 LOTC, en un desarrollo interpretativo posible del 161.2 de la Constitución. Este último precepto, a su vez, guarda algunas peculiaridades que requieren un comentario.

1. Incluido como un apartado específico del precepto que recoge las competencias del Tribunal Constitucional, el art. 161.2 de la Constitución se caracteriza, justamente, por la *específica facultad suspensiva* que, en el recurso frente a actos y normas de los distintos órganos autonómicos, reconoce al Gobierno: «El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses».

Desde bien temprano, la norma transcrita suscitó algunas perplejidades en sectores relevantes de la doctrina. Su propia génesis parlamentaria resulta oscura, y no existía ningún precepto realmente equivalente en el Anteproyecto Constitucional que se publicó inicialmente en el *Boletín Oficial de las Cortes*².

² De manera más severa, el art. 143 del anteproyecto atribuía al presidente del Gobierno una competencia de control político sobre la legislación autonómica, tomada de la «solicitud de revisión» (*richiesta di riesame*) del art. 127 de la Constitución italiana.

2. Al poco de aprobarse el art. 161.2 CE, como he dicho, surgieron ciertos problemas interpretativos. En particular, reconocidas voces en la doctrina advirtieron deficiencias en su redacción, y, a su vez, lamentaron la ausencia de discusiones parlamentarias registradas para compensarlas:
 - a) De un lado, no era claro que nos encontrásemos ante un recurso *específico*, distinto de los establecidos en otros preceptos constitucionales³.
 - b) De otro, resultaba cuestionable que las normas con rango de ley estuviesen incluidas entre las «disposiciones» a las que alude el precepto, dado que es este un término que —cuando no va acompañado del adjetivo «legales»— se identifica habitualmente con los reglamentos⁴.
3. Finalmente, el art. 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional llevó a cabo una interpretación amplia de las posibilidades impugnatorias del art. 161.2 CE, que incluiría las leyes:

La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo ciento sesenta y uno, dos, de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas.

4. La *naturaleza jurídica* de la suspensión prevista en el art. 30 LOTC ha sido objeto de numerosas reflexiones de la doctrina. Con carácter general, puede apreciarse un doble carácter en esta suspensión, según

Sobre el contenido original del art. 127 de la Constitución italiana y su posterior reforma, *vid.* M. Á. Alegre Martínez (2004: 421-435). Para una narración detenida del devenir del art. 161.2 CE, *vid.* Pascual Medrano (2001: 21 y ss.).

³ *Vid., v. gr.*, la opinión del senador Martín-Retortillo Baquer: «[...] el núcleo, el meollo de este artículo, va en el sentido de que la impugnación producirá la suspensión» (*vid. Diario de Sesiones del Senado*, n.º 55, 14 de septiembre de 1978, p. 2706). En la misma dirección se pronunciarían Rubio Llorente y Aragón Reyes (1979: 166-167).

⁴ *Vid.* las distintas posiciones de T. R. Fernández-Rodríguez (1979: 9) y Aragón Reyes (1999: 248).

se trate de la suspensión automática inicial (a) o de la que se desprende de la eventual decisión del Tribunal Constitucional de mantener aquella (b):

- a) En cuanto a la *suspensión automática* inicial, es una opinión generalizada que no puede considerarse propiamente una medida cautelar⁵. Ello se debe a que opera *ipso iure*, sin necesidad de que el Tribunal verifique la concurrencia de las exigencias que, típicamente, configuran una medida cautelar: el riesgo de que se produzcan daños irreparables (*periculum in mora*) y la apariencia de buen derecho de quien la solicita (*fumus boni iuris*). Se trata, además, de un efecto suspensivo que, pese a acordarse en la providencia de admisión, despliega efectos *inter partes* que se retrotraen al momento mismo de la impugnación⁶.
 - b) Toda vez que el Tribunal Constitucional se pronuncia a favor de la continuidad de la suspensión inicial, sin embargo, esta adopta el carácter de auténtica *medida cautelar*. En efecto, el mantenimiento de la suspensión por parte del Tribunal se basa en la constatación de que se dan los requisitos que la justifican como tal.
5. En su primera década de funcionamiento, el Tribunal interpretó el plazo *máximo* para pronunciarse sobre el mantenimiento de la suspensión de la ley de manera muy generosa con el Gobierno, cual si se tratase de un período que debería agotarse⁷. El ATC 355/1989, de 20 de junio, supone un giro relevante, puesto que planteó la posibilidad de recortar, excepcionalmente, el plazo mencionado. A partir del ATC 154/1994, de 3 de mayo, el Tribunal admitió tal reducción con carácter ordinario⁸, y aplicó al mantenimiento de la suspensión, antes del plazo de cinco meses, los rigurosos parámetros cautelares que le son propios.
 6. Una vez que el Tribunal Constitucional se pronuncia, de manera expresa, a favor del mantenimiento de la suspensión, podemos entender que la suspensión de la ley constituye, con todo rigor, una *medida*

⁵ De hecho, buena parte de la doctrina habla de un «veto suspensivo». *Vid.*, en esta línea, por todos, Navarro Munuera (1987: 201 y 227) y Rodríguez-Arana (1989: 954).

⁶ *Vid.* ATC 259/1982, de 23 de julio, y ATC 434/1990, de 11 de diciembre, FJ 3.

⁷ *Vid.*, al respecto, con abundantes referencias jurisprudenciales, M. Medina Guerrero (2001: 451-452).

⁸ *Vid.* Medina Guerrero (2001: 453).

cautelar. Resulta de gran interés, por consiguiente, enunciar los criterios generales en que se basa su decisión⁹:

- a) En primer lugar, el Tribunal tiene en cuenta la *presunción de constitucionalidad de la ley*, lo que supone considerar excepcional el mantenimiento de la suspensión.
- b) En segundo lugar, *desvincula la decisión del incidente de suspensión de la decisión sobre el fondo*, evitando cualquier pronunciamiento al respecto. Ello comporta, obviamente, una concepción restrictiva del criterio del *fumus boni iuris*.
- c) El núcleo de la deliberación en el incidente consiste en una *ponderación de los intereses afectados por la suspensión con los perjuicios de imposible o difícil reparación* que resultarían de levantarla (el *periculum in mora*).
- d) De manera complementaria, el Tribunal admite una valoración positiva más amplia de las perspectivas de éxito —el *fumus boni iuris*— en algunos casos, *v. gr.*, cuando existen precedentes claros, en litigios en que se aprecia un bloqueo manifiesto de la competencia estatal, o en situaciones en las que las disposiciones impugnadas suscitan cuestiones de gran relieve constitucional.

2. LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LA LEY AL MARGEN DEL ARTÍCULO 161.2 CE: DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Actualmente, la posibilidad de suspender cautelarmente la aplicación de la ley, con eficacia *erga omnes*, no se extiende en España más allá del ámbito autonómico señalado, esto es, de lo previsto por los arts. 161.2 CE y 30 LOTC. A continuación, me referiré a lo que sostienen la Constitución y la jurisprudencia constitucional respecto a otras posibilidades de suspensión de leyes.

2.1. La cuestión de inconstitucionalidad

1. En lo que respecta a la cuestión de inconstitucionalidad, el art. 163 CE encomienda la regulación de su planteamiento a «la forma» y «los

⁹ Para una síntesis de la doctrina constitucional, *vid.*, por todos, AATC 29/2018, de 20 de marzo, FJ 5, y 51/2021, de 22 de abril, FJ 4. *Vid.*, igualmente, el desarrollo que hacen Medina Guerrero (2001: 455-459) y Rosado Iglesias (2007: 164-174).

efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos». De la dicción del precepto se desprende únicamente, de manera inequívoca, la imposibilidad de efectos suspensivos ligados inmediatamente al planteamiento de la cuestión, o sea *automáticos*. No parece excluirse —desde luego, no se descarta nítidamente— la posibilidad de que la suspensión pudiera acordarse con carácter cautelar. El Tribunal Constitucional, de todas maneras, ha afirmado que tal suspensión «sólo es posible cuando esté expresamente prevista»¹⁰, y lo cierto es que la LOTC no la prevé. Volveremos sobre ello al abordar el recurso de inconstitucionalidad.

2. Obviamente, lo anterior no impide la suspensión del procedimiento *a quo*, exigida por el art. 35.3 LOTC e inherente, en rigor, al carácter prejudicial de la propia cuestión¹¹. A ello conviene añadir que constituye una práctica habitual de otros tribunales, distintos del que promueve la cuestión, dejar en suspenso los procesos en que habría de aplicarse la ley que ha sido cuestionada hasta que el Tribunal Constitucional resuelva la cuestión planteada. Es probable que se trate de una práctica deliberadamente perseguida por el legislador, que ha previsto la publicación en el *BOE* de la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, para general conocimiento (*vid.* art. 37.2 LOTC)¹².
3. En el contexto del procedimiento que ante él se dirime, el órgano judicial proponente de la cuestión puede acordar, en todo caso, las *medidas cautelares que sean precisas para garantizar los efectos de la sentencia* que resuelva la cuestión, lo cual incluye la suspensión de actos de aplicación de la ley en el asunto que se le plantea. En palabras del Tribunal Constitucional, «nada impide al Tribunal *a quo* la adopción de las medidas cautelares que fueran precisas para asegurar los resultados del juicio, e incluso los efectos de la futura Sentencia de este Tribunal resolviendo la cuestión»¹³. Ahora bien, «sólo mediante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad del art. 163 CE puede [la ley] dejar de ser aplicada»¹⁴.

¹⁰ ATC 141/1989, de 14 de marzo, FJ 11.

¹¹ *Vid.* al respecto, con referencias jurisprudenciales, Losada González (2016: 329).

¹² Esta misma práctica, al parecer, fue desautorizada en Italia por la Corte de Casación. *Vid.*, *v. gr.*, Cassazione civile n. 118/2002, y Perrone (2012: 43).

¹³ ATC 313/1996, de 29 de octubre, FJ 2, reiterado, *v. gr.*, en ATC 186/2009, de 16 de junio, FJ 2.

¹⁴ STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 14 (en rigor, parece más correcto hablar de *suspensión provisional* de la aplicación de la ley en el caso enjuiciado).

2.2. El recurso de inconstitucionalidad

En recursos de inconstitucionalidad, la suspensión cautelar de la vigencia de la ley ha sido excluida reiteradamente por la jurisprudencia. El Tribunal Constitucional ha negado la aplicabilidad a este proceso del art. 64.3 LOTC, el cual prevé que, en los conflictos positivos de competencias de las Comunidades Autónomas frente al Estado, aquellas pueden solicitar la suspensión cautelar «de la disposición, resolución o acto objeto del conflicto, invocando perjuicios de imposible o difícil reparación» (art. 64.3 LOTC). Este precepto, en efecto, se refiere exclusivamente a las disposiciones normativas *sin fuerza de ley*, y no puede ser invocado en recursos de inconstitucionalidad¹⁵. Con la salvedad del art. 30 LOTC, el Tribunal Constitucional ha excluido la suspensión de la ley con efectos *erga omnes*, siquiera como medida cautelar, en todos los casos. Bajo ningún concepto, por consiguiente, parece admitirse la suspensión de la ley estatal en un recurso de inconstitucionalidad¹⁶.

1. Esta exclusión, ampliamente reiterada, ha sido amparada por el Tribunal en *dos argumentos* distintos:

a) El argumento más importante se basa, a mi modo de ver, en una cadena de deducciones que parte de la *fuerte presunción de constitucionalidad de las normas con rango de ley*. Si existe una «presunción de legitimidad de la que disfrutan», con carácter general, «los actos o normas que emanan de poderes legítimos», tal presunción es «tanto más enérgica» cuanto «más directa es la conexión del órgano con la voluntad popular», y «llega a su grado máximo en el caso de legislador»¹⁷. A partir de esta constatación, el Tribunal extrae dos conclusiones sucesivas:

i) De la *presunción de legitimidad* de la ley se desprende la *excepcionalidad de su suspensión*¹⁸.

¹⁵ *Vid.*, por todos, ATC 141/1989, de 1989, de 14 de marzo.

¹⁶ *Vid.*, por todos, AATC 128/1996, de 21 de mayo (recurso interpuesto por un Parlamento autonómico); 141/1989, de 14 de marzo (recurso interpuesto por un Gobierno autonómico); 90/2010, de 14 de julio (recurso interpuesto por más de cincuenta diputados), y 267/2014, de 4 de noviembre (recurso interpuesto por más de cincuenta senadores).

¹⁷ *Vid.*, por todos, ATC 90/2010, FJ 2, con referencia a la STC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 3.

¹⁸ *Ibid.*

- ii) De la *excepcionalidad de la suspensión* de la ley se desprende que solo es posible cuando esté *expresamente prevista*¹⁹.
- b) Un segundo argumento apuntaría a *la dicción del art. 30 LOTC*, el cual, al parecer del Tribunal Constitucional, cierra la puerta a cualquier suspensión de la ley distinta de la dispuesta por el art. 161.2 LOTC²⁰.
2. En relación con estos razonamientos —ampliamente reproducidos en la doctrina del Tribunal Constitucional—, no quisiera dejar de apuntar que, aunque se fundan en premisas de indudable peso, adolecen, a mi modo de ver, de algunos defectos lógicos.
- a) En lo que respecta al *primer argumento* del Tribunal, tanto la premisa como su razonamiento inicial parecen inobjectables. Que la presunción de inconstitucionalidad de la ley es especialmente intensa parece claro, y que de ello se desprende la excepcionalidad de su suspensión resulta, igualmente, difícil de refutar. Más problemas suscita extraer la conclusión de que la suspensión «sólo es posible cuando esté expresamente prevista». Lo que se sigue de la presunción de legitimidad de la ley es el carácter excepcional —excepcionalísimo, si se quiere— de la suspensión²¹. No sería prudente excluir, sin embargo, que la facultad de suspender cautelarmente la ley resultase derivable, e incluso exigible, como indispensable para preservar bienes y principios constitucionales no menos importantes que la autonomía del legislador y la presunción de legitimidad de la ley. Como veremos en páginas posteriores, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha operado con cierta flexibilidad al respecto, tratando de preservar los diversos principios y reglas constitucionales en juego.
- b) Tampoco creo que sea correcto derivar la imposibilidad absoluta de la suspensión, como hace el *segundo argumento*, del art. 30

¹⁹ *Vid.* ATC 90/2010, FJ 2, y ATC 141/1989, de 14 de marzo, FJ 2.

²⁰ *Vid.*, *v. gr.*, AATC 141/1989, de 14 de marzo, FJ 2; 128/1996, de 21 de mayo, FJ 2; 266/2000, de 14 de noviembre, FJ único; 58/2006, de 14 de febrero, FJ 4; etc.

²¹ En este sentido, comparto la opinión del magistrado Delgado Barrio en el voto particular al ATC 90/2010, de 14 de julio, n. 4: «[...] excepcionalidad de la suspensión no es imposibilidad o prohibición, sino posibilidad, aunque, desde luego, evidentemente difícil».

LOTC. Al decir de este precepto, «*la admisión* de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad *no suspenderá* la vigencia ni la aplicación de la Ley [...] *excepto* en el caso» previsto por el art. 161.2 CE. Quisiera hacer tres observaciones al respecto:

- i) Habida cuenta de que el sujeto de la oración es «la admisión» del recurso, el inciso «no suspenderá» debe interpretarse, haciendo justicia a la literalidad del precepto, como una negación de la suspensión automática.
- ii) Además, justamente porque esta lectura permitiría dejar la puerta abierta a la plena eficacia de la Constitución en determinados supuestos excepcionales, constituye una interpretación *más conforme a la Constitución*. En certeras palabras de un voto particular suscrito por los magistrados Böckenförde, Limbach y Sommer, «la eficacia de los recursos judiciales no depende de que se produzca un efecto suspensivo *por ministerio de la ley*»²².
- iii) Cabría esgrimir como argumento, frente a la facultad de solicitar cautelarmente la suspensión de la ley, una supuesta intención contraria del legislador, implícita en el acto de suprimir, en su día, *el recurso previo de inconstitucionalidad* contra leyes orgánicas. Ante la tentación de ver en ello semejante propósito, habría que advertir que dicho recurso, si bien hacía menos necesaria la suspensión cautelar en el recurso ordinario, no cumplía idéntica función. Su eliminación, por consiguiente, no comporta en sí misma la exclusión deliberada de la suspensión cautelar. Más bien habría de subrayarse que la existencia inicial del recurso previo permitía explicar también, hasta cierto punto, la ausencia inicial de la previsión de la suspensión cautelar, al menos en lo que respecta a los recursos de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas. Su desaparición, justamente, abona el argumento a favor del reconocimiento del poder de suspensión cautelar²³.

²² BVerfGE 94, 166 (*Flughafenverfahren*), p. 191: «Die Effektivität von Rechtsbehelfen ist nicht davon abhängig, daß *von Gesetzes wegen* ein Suspensiveffekt eintritt» (cursiva mía).

²³ En la misma línea, *vid.* el voto del magistrado Rodríguez Arribas, al que se adhiere el magistrado Jiménez Sánchez, al ATC 90/2010, n. 2. Sobre el antiguo recurso previo, *vid.* más ampliamente Gómez Montoro (1988).

3. Aunque pienso que se desprende de cuanto he señalado, quiero reiterar que los argumentos esbozados no constituyen una defensa de la facultad de suspensión cautelar de la ley de carácter irrestricto, ni siquiera amplio; sino que simplemente se oponen, por motivos estrictamente constitucionales, a la interpretación de la ausencia de previsión expresa, o de la dicción del art. 30 LOTC, como una exclusión radical y de plano.

III. EXPERIENCIAS DE DERECHO COMPARADO

En Estados que cuentan con un control de constitucionalidad difuso, en la medida en que cualquier juez tiene —dentro del respeto al precedente fijado por los órganos judiciales superiores— la facultad de inaplicar la norma legal contraria a la constitución, el problema de la suspensión cautelar de la ley por la máxima instancia jurisdiccional, y con eficacia *erga omnes*, no parece ostentar un significado equivalente al que posee en los sistemas de control concentrado. Debido a su proximidad con el modelo español, dedicaré este epígrafe a examinar el tratamiento de la suspensión cautelar de la ley en el derecho procesal constitucional de Alemania; y añadiré una breve referencia, igualmente, al caso italiano.

1. ALEMANIA

1.1. Consideraciones generales

1. En el ordenamiento alemán, la tutela cautelar en la jurisdicción constitucional posee cierta raigambre. Sus orígenes datan de la República de Weimar, y, más en concreto, de la jurisprudencia del *Staatsgerichtshof*, órgano encargado de resolver los conflictos entre el *Reich* y los *Länder* (*vid.* art. 13 C. Weimar). Ni su ley reguladora ni su reglamento contenían ninguna atribución expresa de esta facultad, si bien se consideró como inherente a la efectividad de su propia jurisdicción²⁴. En estas circunstancias, el Alto Tribunal construyó su doctrina de la tutela cautelar a partir del modelo que proporcionaba el art. 940 del Código

²⁴ La potestad de dictar medidas cautelares fue afirmada explícitamente por el *Staatsgerichtshof* mediante decisión de 10 de octubre de 1925 (H. H. Lammers y W. Simons, 1929: 212).

de Procedimiento Civil (*Zivilprozessordnung*, ZPO), sentando los principios que, bajo la Ley Fundamental de Bonn, serían recogidos en la ley (Schneider, 2022: 447).

2. Si bien la tutela jurisdiccional cautelar ante el Tribunal Constitucional no es subsumible en el derecho a la tutela judicial del art. 19.4 LFB, existe una amplia coincidencia en la doctrina en anclarla sólidamente en principios constitucionales. En particular, se considera un remedio ligado al «mandato de efectividad del Estado de Derecho» (*rechtsstaatliches Effektivitätsgebot*), y se le atribuyen tanto una «función pacificadora interina» (*interimistische Befriedungsfunktion*) como una «función de aseguramiento» (*Sicherungsfunktion*) de la decisión sobre el fondo²⁵.
3. Bajo la vigencia de la Ley Fundamental de Bonn, la tutela cautelar encontró acomodo en el art. 32 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*), cuyo primer apartado reza así: «En caso de litigio (*Streitfall*), el Tribunal Constitucional Federal podrá regular provisionalmente una situación mediante una disposición cautelar (*einstweilige Anordnung*), si ello fuere de urgente necesidad para prevenir perjuicios graves, evitar violencia inminente u otra razón importante relativa al bien común».

Desglosemos sucintamente los elementos de este precepto:

- a) Desde sus mismos orígenes, el Tribunal de Karlsruhe ha llevado a cabo una interpretación amplia del «caso de litigio» (*Streitfall*), de suerte que cubre todos los procesos que puedan sustanciarse en su seno (véanse arts. 93 LFB y 13 LTCF), entre los cuales se incluyen, *v. gr.*, el recurso abstracto de inconstitucionalidad (art. 93.1.2 LFB: *abstrakte Normenkontrolle*); el recurso de amparo (apdos. 4a y 4b del art. 93.1 LFB: *Verfassungsbeschwerde*), o el conflicto orgánico (art. 93.1.1 LFB: *Organstreitverfahren*).
- b) En lo que respecta a los *motivos* que pueden dar lugar a una medida cautelar —«prevenir perjuicios graves, evitar violencia inminente u otra razón importante relativa al bien común»—, fueron sustancialmente importados por la Ley del Tribunal Constitucional Federal del art. 940 ZPO, con el añadido, eso sí, de la referencia a «otra razón importante relativa al bien común (*gemeinen Wohl*)». Es importante subrayar aquí que los «perjuicios» (*Nachteile*) que la tutela cautelar pretende evitar tienen que ser, de acuerdo con la

²⁵ *Vid., v. gr.*, Graßhof (2002: 9 y ss.) y Schneider (2022: 451).

jurisprudencia, «graves» (*schwer*) y «definitivos» o «irreversibles» (*endgültig*) (Schneider, 2022: 490-492):

- i) La «irreversibilidad» se atribuye, sobre todo, a perjuicios que no podrían corregirse nunca, ni siquiera *pro futuro*, con la resolución principal.
 - ii) No obstante, cabe predicarla también de perjuicios graves que, a partir de la sentencia definitiva, solo podrían revertirse *pro futuro* o con efectos *ex nunc*.
- c) En lo que respecta a la «urgencia» (*Dringlichkeit*), este requisito concurre, en principio, siempre que el objeto del litigio principal resulte afectado por el perjuicio, y no existan alternativas razonables para paliarlo al margen de la medida cautelar (Schneider, 2022: 513 y ss.).
- d) En fin, resulta de interés advertir que el supuesto de cierre recogido en el precepto, felizmente referido a «otra razón importante relativa al bien común (*gemeinen Wohl*)», confiere a la tutela cautelar constitucional un significado que puede trascender el de la mera tutela de intereses individuales.
4. De manera muy excepcional, las medidas cautelares —incluida la suspensión de la ley— han sido concedidas «de oficio» (*von Amts wegen*) por el propio Tribunal, sin mediar solicitud del recurrente. Nos encontramos ante una actuación que, sin estar contemplada expresamente por el art. 32 LTCF, ha sido llevada a cabo en alguna ocasión, y siempre, eso sí, con un procedimiento sobre el fondo pendiente. Esta restricción no ha impedido las críticas de algunos autores, que han visto en ello una extralimitación del Tribunal (Schneider, 2022: 492-493). Entre los supuestos más conocidos se encuentra la resolución (*Beschluss*) de 7 de diciembre de 1977²⁶, en relación con la Ley de reforma del servicio militar y civil de 13 de julio de 1977. Impugnada por 215 diputados y tres *Länder*, la norma establecía un mecanismo muy laxo de acceso al servicio civil sustitutorio, con el efecto de que no había suficientes plazas para quienes objetaban al servicio militar y optaban por la modalidad alternativa. En la suspensión cautelar, ordenada de oficio, el Tribunal de Karlsruhe ponderó los perjuicios —relativamente leves— que se seguirían si la norma suspendida fuese

²⁶ BVerfGE 46, 337 (*Wehrpflichtnovelle*).

- finalmente declarada constitucional con los que resultarían, de no suspenderse la norma, si finalmente resultase anulada.
5. El art. 32.2 LTCF recoge, además, la posibilidad de otorgar medidas cautelares *inaudita altera parte* en supuestos de especial urgencia. Asimismo, el art. 32.5 LTCF dispone que el otorgamiento de una medida cautelar puede *hacerse público sin motivación expresa*, en cuyo caso la fundamentación debe trasladarse a las partes.
 6. En todo caso, la medida cautelar pierde su eficacia a los *seis meses* (art. 32.6)²⁷, aunque puede renovarse por mayoría de dos tercios de la sala competente.
 7. Es importante añadir que, de acuerdo con el art. 93.d.2 LTCF, únicamente la sala o senado (*Senat*) está facultado para decidir la *suspensión cautelar de las leyes*. Quedan excluidas de esta competencia, pues, las secciones o cámaras (*Kammern*) de tres jueces, las cuales se encuentran habilitadas para dictar otro tipo de medidas cautelares en los recursos de cuya admisión se ocupan.
 8. Con carácter general, el Tribunal Constitucional Federal alemán concibe las medidas cautelares como un remedio particularmente excepcional, dado el alcance de los intereses que se dilucidan en su jurisdicción. Precisamente por ello las contempla de manera «extremadamente cautelosa» (*äußerst zurückhaltend*), y las somete a un «parámetro estricto» (*strenger Maßstab*). Ello se traduce, en definitiva, en unas perspectivas de éxito muy escasas²⁸.
 9. En la misma línea restrictiva, la tutela cautelar del Tribunal Constitucional Federal está regida por el *principio de subsidiariedad* que, de manera general, preside su jurisdicción (*vid.* art. 90.2 LTCF). Ello supone que «la emisión de una medida cautelar, de conformidad con el artículo 32.1 LTCF, sólo se toma en consideración si el solicitante ha agotado las posibilidades existentes para obtener protección jurídica urgente por parte de los tribunales ordinarios». En buena lógica, «corresponde al solicitante, por lo general, alegar que el principio de subsidiariedad no se opone a la protección constitucional urgente»²⁹.

²⁷ Inicialmente, el plazo era de tres meses, pero fue ampliado a seis por la Ley de 12 de febrero de 1985 (*BGBI* I, 2226).

²⁸ Schoch (2001: 696). Según H. Lechner y R. Zuch (2019: 349), la tasa de éxito de las medidas cautelares en recursos de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) fue del 1,89 % en 2017.

²⁹ Resolución del TCF de 30 de agosto de 2020 (1 BvQ 94/20), n. 3; *vid.* también, *v. gr.*, las resoluciones del TCF de 13 agosto 2019 (1 BvQ 66/19), n. 2, y de 4 diciembre 2019 (2 BvQ 91/19), n. 2.

1.2. El modelo escalonado para el otorgamiento de las medidas cautelares

1. Antes de abordar el criterio seguido para otorgar o denegar las medidas cautelares del art. 32 LTCF, conviene tener presente que el Tribunal de Karlsruhe considera vedado llevar a cabo un «examen anticipado» (*Prüfungsvorwegnahme*) del fondo.
 - a) Nos encontramos ante una prohibición de posicionarse sobre el resultado del proceso principal que ya fue asumida, para la tutela cautelar, por el *Staatsgerichtshofen* Weimar³⁰. Al decir del Tribunal Constitucional Federal, «no sería apropiado hacer depender la emisión de una medida cautelar de algo incierto, de una valoración sumaria de las posibilidades de éxito en el recurso principal»³¹.
 - b) Excepcionalmente, sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal admite un *examen sumario de las perspectivas de éxito* del asunto. Tal es el caso cuando la acción principal se refiere a un acontecimiento puntual o a corto plazo, de modo de que, dadas las circunstancias, esperar a la decisión principal sobre el fondo dejaría sin protección al solicitante. En estos casos, la medida cautelar anticipa inevitablemente, de algún modo, el resultado final; en tanto que denegarla supondría privar al solicitante de una «protección jurídica suficiente», o le causaría «un perjuicio grave e irreparable»³².
 - c) Es posible concluir, por consiguiente, que la doctrina constitucional postula una exclusión *prima facie*, aunque no absoluta, de la prognosis sobre las perspectivas de éxito, y se centra en mayor medida en el *periculum in mora*. Este modo de obrar resulta lógico, en la medida en que el examen sumario sobre los méritos es más arriesgado que la ponderación de consecuencias. Pudiendo condicionar *a priori* el devenir de la causa, el examen sumario sobre el

³⁰ En el ámbito civil, la «prohibición de anticipación» (*Vorwegnahmeverbot*) era un criterio referido a las consecuencias de la medida; esto es, trataba de evitar, en lo posible, que la medida cautelar anticipase los *efectos* de la resolución sobre el fondo. En la época de Weimar, sin embargo, el *Staatsgerichtshof* la interpretó como una prohibición de emitir una opinión anticipada sobre los *méritos* de la causa principal. Al respecto, *vid., v. gr.*, Gagnani (2005: 173).

³¹ STCF de 17 de mayo de 1958; 7, 367 (*Volksbefragung*), p. 371. *Vid.*, también, Graßhof (2002: 48-49 y 71-72).

³² Por todas, Resolución de 21 de abril de 2020 (2 BvQ 21/20), I. *Vid.*, también, Graßhof (2002: 71-72).

fondo resulta particularmente problemático en un órgano jurisdiccional cuyas decisiones poseen una especial trascendencia política. Es por ello que la restricción postulada por el Tribunal de Karlsruhe está justificada —por más que hayamos de reconocer, igualmente, que se trata de una restricción difícil de mantener en la práctica, lo cual ha dado lugar a bastantes críticas³³—.

2. No obstante lo señalado, el Tribunal sí exige una mínima prognosis «negativa» sobre las posibilidades de éxito, a saber, la verificación de que no haya «inadmisibilidad manifiesta o carencia de fundamentación de la causa principal» (*offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit der Hauptsache*)³⁴. Hasta aquí llega, como regla general, la valoración del *fumus boni iuris*.
3. Toda vez que se ha constatado que la demanda no carece de contenido, el Tribunal se centra en la «ponderación de consecuencias» (*Folgenabwägung*) entre lo que la doctrina y la jurisprudencia califican como «doble hipótesis» (*Doppelhypothese*): «Si el resultado del recurso está abierto [esto es, si la demanda no carece manifiestamente de contenido], deben ponderarse las consecuencias que se producirían si, no acordándose la medida cautelar, prosperase posteriormente la demanda de inconstitucionalidad; frente a los perjuicios que se derivarían si, acordándose la medida cautelar, no prosperase el recurso»³⁵.

³³ No han faltado autores que contemplan las perspectivas de éxito como un elemento consustancial —el *fumus boni iuris*— a la valoración de la procedencia de las medidas. Adolf Arndt señaló que la prohibición de la anticipación del resultado debería referirse exclusivamente a los *efectos* de la sentencia, de modo que —salvo excepciones— debería permanecer abierta la posibilidad de una futura resolución contraria. Entiende que no debería excluirse, sin embargo, una prognosis sobre las perspectivas de éxito que, en su opinión, resulta inherente a la tutela cautelar (A. Arndt, *Anmerkung zum Urteil vom 13.11.57 des BVerfG*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1958, p. 337; *apud* Gragnani, 2005: 205). En la misma línea, otros autores críticos consideran que el Tribunal no es ni puede ser coherente con su doctrina, y que, pese a negar expresamente toda consideración de los criterios jurídico-sustantivos del asunto que se dirime, de hecho, los tiene en cuenta en su decisión (*vid.* Schneider, 2022: 552 y ss.).

³⁴ Resolución de 21 de abril de 2020 (2 BvQ 21/20), II; *vid.*, también, las resoluciones (*Beschlüsse*) del Tribunal 88, 25, de 15 de diciembre de 1992, p. 35; 89, 109, de 6 de agosto de 1993, pp. 110-111; 121, 1, de 11 de marzo de 2008, pp. 14-15; 122, 63, de 15 octubre de 2008, p. 74, y 132, 195, de 23 de abril de 2010, p. 232.

³⁵ Resolución de 21 de abril de 2020 (2 BvQ 21/20), II. *Vid.*, también, las resoluciones (*Beschlüsse*) 105, 365, de 17 de diciembre de 2002, p. 371; 106, 351, de 14 de enero

Todo el énfasis de la tutela cautelar está puesto, por consiguiente, en el *periculum in mora* o en la «gravedad» relativa de los daños que se seguirían de no acordar la medida cautelar.

4. Es en esta ponderación de consecuencias donde se aprecia la *especificidad de la suspensión de la ejecución de la ley* (*Aussetzung des Gesetzesvollzuges*). Más concretamente, se sopesan aquí, frente a los daños irreparables de la no suspensión, «las consecuencias de la suspensión de la ley para la realización de los intereses perseguidos por el legislador» (Graßhof, 2002: 49). Como veremos a continuación, el Tribunal Constitucional Federal no es, en absoluto, ajeno a la grave injerencia en el proceso político que comporta la suspensión cautelar de la ley. Dicho lo cual, ello no le lleva a excluirla de plano, dado que 1) la esfera de discrecionalidad del legislador no puede pesar más que la vinculación del legislador al orden constitucional, ya que no existe discrecionalidad legítima al margen de dicho orden, y 2) la suspensión cautelar de la ley puede resultar necesaria para evitar perjuicios graves, asegurando con ello, además, los mayores efectos retroactivos posibles de una eventual declaración de inconstitucionalidad —lo cual responde, en definitiva, a la pretensión de la justicia constitucional de restablecer plenamente el estado de cosas conforme a la Constitución³⁶—. No obstante lo señalado, la fuerte presunción de constitucionalidad de las leyes, unida a la trascendencia política que posee su suspensión, obliga a sujetar semejante decisión a *un parámetro de control particularmente riguroso*. El Tribunal de Karlsruhe lo ha reiterado en formulaciones muy similares a la que se transcribe a continuación:

Si una solicitud de medida cautelar persigue la suspensión de la ejecución de una ley, se aplican parámetros especialmente estrictos. El Tribunal Constitucional Federal sólo puede hacer uso de su facultad de suspender la ejecución de una ley o de impedir provisionalmente la entrada en vigor de una ley con la máxima contención, porque ello constituye una intromisión considerable en la competencia original del poder legislativo. Si las razones que hablan en favor de una disposición provisional deben, por regla general, ser ya tan graves que hagan

de 2003, p. 355; 108, 238, de 25 de julio de 2003, p. 246; 125, 385, de 7 de mayo de 2010, p. 393; 126, 158, de 9 de junio de 2010, p. 168; 129, 284, de 27 de octubre de 2011, p. 298, y 132, 195, de 23 de abril de 2010, p. 232.

³⁶ *Vid.* Graßhof (2002: 62-63), con referencia a la tutela cautelar como «expresión del mandato de efectividad» (*Ausformung des Effektivitätsgebots*) del Estado de derecho.

indispensable el dictado de una medida cautelar, deben, además, tener un peso especial en tal caso. A este respecto, resulta de importancia decisiva que los perjuicios sean irreversibles, o sólo muy difíciles de revisar, para permitir que prevalezca el interés en la suspensión. [...]

El dictado de una medida cautelar contra una ley parlamentaria constituye una intromisión considerable en la libertad del legislador para formular su ley [...]. En el contexto de una revisión abstracta de una ley, no se aplican requisitos inferiores. Aunque el artículo 93.1.2 de la Ley Fundamental y el art. 76.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal definan estrechamente el círculo de solicitantes y, por lo tanto, limiten la posibilidad de una suspensión de una ley desde el principio, el recurso ante el Tribunal Constitucional Federal no debe convertirse en un medio por el cual las partes que han sido derrotadas en el procedimiento legislativo pueden retrasar la entrada en vigor de la ley o su eficacia³⁷.

Unos «parámetros especialmente estrictos» (*besonders strenge Maßstäbe*), el empleo de la facultad «con la máxima moderación» (*mit größter Zurückhaltung*) e incluso el carácter «indispensable» (*unabdingbar*) de la medida son los criterios que el Tribunal invoca para proceder a la suspensión cautelar de la aplicación de la ley. Asimismo, pone cuidado en precaver frente a la solicitud de esta medida cautelar con la simple intención política de compensar la derrota parlamentaria impidiendo o retrasando la eficacia de la ley. En fin, el Tribunal subraya que la consideración de la suspensión no es menos restrictiva en el recurso de inconstitucionalidad abstracto que en el recurso de amparo contra leyes —una posibilidad reconocida en el ordenamiento alemán, de manera excepcional, cuando el demandante es afectado directa e inmediatamente por la ley, sin necesidad de actos de ejecución—.

5. Entre los casos más conocidos de suspensión, merece citarse como ejemplo el de la segunda reforma del aborto, operada por la Ley de 27 de julio de 1992³⁸. En contradicción con lo fijado por la primera sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre aborto —que había declarado inconstitucional el modelo de despenalización por plazos (*Fristenlösung*)³⁹—, esta norma afirmaba, entre otras cosas, que

³⁷ Resolución del Tribunal Constitucional Federal de 22 de noviembre de 2022 (2 BvF 1/22), I, nn. 160 y 162.

³⁸ *Bundesgesetzblatt* I, n. 37, 1992, pp. 1398 y ss.

³⁹ STCF de 25 febrero 1975 (BVerfGE 39, 1 [*Abtreibung I*]).

«no es antijurídico» el aborto en las doce primeras semanas, exigiendo a la mujer obtener, eso sí, un certificado de asesoramiento médico. La suspensión cautelar de la entrada en vigor de la norma fue instada por el Gobierno de Baviera y 248 miembros del *Bundestag*, el 14 de julio de 1992. Mediante resolución de 4 de agosto de 1992, el Tribunal Constitucional Federal ordenó la suspensión argumentando, entre otras cosas, la falta de *seguridad jurídica* que la sucesión de regulaciones produciría si, finalmente, fuese declarada inconstitucional⁴⁰. Obviamente, nos encontramos tan solo ante un caso particularmente conocido, dado que la suspensión cautelar de la ley ha sido acordada en varias ocasiones, normalmente de menor impacto⁴¹.

6. En un principio, una ley solo puede ser recurrida después de su «promulgación» (*Verkündung*), lo cual se aplica también a la tutela cautelar. Con ello se pretende, obviamente, eludir la mayor interferencia política que entraña el aplazamiento de su entrada en vigor. Se trata de una regla, de todos modos, que cuenta con algunas excepciones importantes:
 - a) En relación con las leyes de consentimiento de un tratado internacional (*Vertrags-Gesetze*) exigidas por el art. 59.2 LFB, el alto tribunal permite la impugnación —sea un recurso de control abstracto (*Normenkontrolle*), un recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) o un conflicto orgánico (*Organstreitverfahren*)— una vez que, habiendo concluido el procedimiento de aprobación

⁴⁰ Resolución de 4 de agosto de 1992 (BverfGE 86, 390).

⁴¹ *Vid.*, como simple botón de muestra, las resoluciones de 13 de octubre de 1976 (BVerfGE 43, 47 [*Parkstudium*]), sobre la posible interferencia en derechos adquiridos por la regulación de la asignación de plazas universitarias en la Ley marco de educación superior; de 13 de abril de 1983 (BVerfGE 64, 6 [*Aussetzung der Volkszählung 1983*]), sobre la posible afectación a los derechos de protección de datos de la Ley del censo de 1983; de 19 de diciembre de 1991 (BVerfGE 85, 167 [*Abwicklung von Arbeitsverhältnissen in der DDR*]), sobre la posible interferencia en derechos adquiridos por la aplicación jurídica en la liquidación de relaciones laborales en la RDA; de 5 de julio de 1995 (BVerfGE 93, 181 [*Verbrechensbekämpfungsgesetz*]), sobre la posible restricción del secreto de las comunicaciones en la Ley de lucha contra el crimen; de 24 de junio de 1997 (BVerfGE 96, 120 [*Bayerisches Schwangerenhilfegesetz*]), sobre la posible interferencia en la libertad de la Ley bávara de ayuda suplementaria a las embarazadas; de 24 de octubre de 2002 (BVerfGE 104, 23 [*Altenpflegegesetz*]), sobre la posible interferencia en competencias de los *Länder* de la Ley reguladora de las profesiones de atención de mayores; etc.

- parlamentaria en el *Bundestag* y el *Bundesrat*, la ley aún esté pendiente de la «firma» o «sanción» (*Ausfertigung*) del presidente de la República y su subsiguiente «publicación oficial» (*Verkündung*)⁴².
- b) Asimismo, el Tribunal puede desviarse del principio general «en casos excepcionales, si de otro modo no pudiera garantizarse la protección efectiva de los derechos fundamentales»⁴³. En un supuesto semejante, de carácter excepcional, «la admisibilidad de una solicitud» de medida cautelar «requiere que el contenido de la ley haya sido determinado» y que su publicación oficial (*Verkündung*) «sea inminente». Ello implica que «el procedimiento legislativo ante los órganos legislativos del *Bundestag* y el *Bundesrat* debe haber concluido en su totalidad», y que ha de respetarse «la competencia del Presidente Federal para examinar la ley antes de la sanción (*Ausfertigung*)»⁴⁴. Dentro de los parámetros excepcionales señalados, la suspensión cautelar de la ley podría instarse antes de su entrada en vigor, incluso, en un recurso individual para la protección de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, mediante Resolución de 4 de mayo de 2012, el Tribunal suspendió cautelarmente una reforma de la ley de telecomunicaciones que podría haber supuesto graves perjuicios económicos para el demandante. El contexto de la suspensión no era un proceso de control abstracto, sino un recurso para la protección de los derechos fundamentales (*Verfassungsbeschwerde*). A la hora de admitir la medida, el Tribunal tuvo en cuenta que la norma había concluido los trámites parlamentarios, que el Presidente Federal ya la había sancionado, y que su entrada en vigor estaba prevista para el día siguiente de su publicación.
- c) Parece conveniente añadir una sucinta alusión, en este apartado, a la suspensión cautelar de la tramitación de leyes como consecuencia de la violación de los derechos de los diputados en el procedimiento legislativo. Se trata, obviamente, de un problema de notable interés en España, debido a la crisis institucional producida en diciembre

⁴² La jurisprudencia al respecto fue fijada en la STCF de 30 de julio de 1952 (BVerfGE 1, 396 [*Deutschlandvertrag*], p. 413). *Vid.*, también, las resoluciones de 25 de junio de 1968 (BVerfGE 24, 33 [*AKU-Beschluß*]), y de 28 de abril de 2005 (BVerfGE 112, 163). *Vid.* también Schneider (2022: 460).

⁴³ Resolución del TCF de 4 mayo 2012, I, n. 19 (BVerfGE 131, 47 [*Preisansagepflicht bei Call-by-Call-Gesprächen*]).

⁴⁴ *Ibid.*, n. 20.

de 2022⁴⁵. En Alemania, mediante resolución (*Beschluss*) de 5 de julio de 2023, el Tribunal de Karlsruhe ordenó al *Bundestag* que interrumpiese la tramitación de un proyecto gubernamental de reforma de la Ley de la Energía de los Edificios (*Gebäudeenergiegesetz*). En el origen de la decisión del alto tribunal alemán se encontraba, precisamente, la introducción de una extensa enmienda el día anterior, 4 de julio, que alteraba sustancialmente el proyecto de reforma. Habida cuenta de que la segunda y tercera lecturas del proyecto, así como su votación final en la Cámara Baja, habían sido previstas para el 7 de julio, los diputados vieron seriamente restringida su capacidad de estudio y debate sosegado de la norma, hasta el punto de disponer de un lapso de tiempo ínfimo para examinarla. De manera urgente, el Tribunal Constitucional Federal admitió a trámite un conflicto orgánico interpuesto por un diputado y suspendió cautelarmente la tramitación de la norma. En concreto,

⁴⁵ A través de las enmiendas parciales 61 y 62 a la Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso (exp. 122/000271), la mayoría parlamentaria intentó alterar fraudulentamente la composición del Tribunal Constitucional. Más concretamente, trató de modificar la renovación por tercios del Tribunal, permitiendo al Gobierno nombrar a los dos magistrados que le corresponden sin que el Consejo General del Poder Judicial hubiera nombrado a los suyos. Igualmente, se intentó privar al Pleno del Tribunal Constitucional de su competencia para verificar la idoneidad de los candidatos (*vid.* art. 10.1.i LOTC), y se trató de eliminar la exigencia de una mayoría cualificada de 3/5 en los nombramientos de magistrados del Tribunal Constitucional llevados a cabo por el Consejo General del Poder Judicial (*vid.* art. 599.1.1.º LOPJ). A fin de hurtar el debate parlamentario y de soslayar los informes preceptivos del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial, estas pretendidas reformas, gravemente lesivas de la separación de poderes propia de un Estado de derecho, fueron incluidas en dos enmiendas a una proposición de ley orgánica que no guardaba conexión material alguna con la composición del Tribunal Constitucional, en contravención manifiesta de la jurisprudencia constitucional (*vid.* SSTC 119/2011 y 155/2017). Frente al acuerdo por el que se admitieron a trámite las enmiendas, trece diputados interpusieron un recurso de amparo, el 14 de diciembre de 2022, alegando la lesión de sus derechos de participación política (Recurso de amparo 8263-2022). De conformidad con el art. 56.6 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, solicitaron la suspensión cautelar inmediata, *inaudita altera parte*, del *iter* parlamentario de las enmiendas. Finalmente, la tramitación fue suspendida cautelarmente por Auto del Tribunal Constitucional 177/2022, de 19 de diciembre.

calificó la medida como «necesaria para evitar la creación de hechos consumados en el sentido de una posible pérdida definitiva de derechos en perjuicio del demandante»⁴⁶, y, tras ponderar este riesgo con la magnitud del menoscabo que, en el caso concreto, la suspensión cautelar podría comportar para la autonomía parlamentaria del *Bundestag*, hizo prevalecer en aquel supuesto los derechos del diputado.

7. En ciertos casos, aunque la ley cuya suspensión se solicita podría causar serios inconvenientes, también la simple interrupción de su vigencia podría crear estados de cosas perjudiciales, a juicio del Tribunal. Amparándose en sus facultades para proveer el «modo de ejecución» de sus decisiones (art. 35 LOTCF)⁴⁷, aquel ha empleado distintas medidas para modular el alcance de su sentencia:
 - a) Con el propósito de hacer frente a este problema el Tribunal ha optado, en ocasiones, por *limitar los efectos de la suspensión*. Así ocurrió, por ejemplo, con la ley de reforma del servicio militar, arriba glosada. A fin de preservar la confianza legítima y los derechos adquiridos, la ley fue suspendida de oficio salvo en «las relaciones de servicio civil» o «actividades equivalentes» establecidas, de acuerdo con la nueva ley, antes de la fecha de suspensión⁴⁸.
 - b) En otros casos, el Tribunal Constitucional Federal ha fijado *regulaciones provisionales sustitutorias*. El caso más conocido fue, tal vez, el resuelto en su primera decisión sobre el aborto. A solicitud del Gobierno del *Land* de Baden-Württemberg, el 21 de junio de 1974 el Tribunal suspendió cautelarmente la entrada en vigor de la Quinta Ley para la Reforma del Código Penal, de 18 de junio de 1974, que —entre otras cosas— introducía un precepto (art. 218a CP) que despenalizaba el aborto en las doce primeras semanas de

⁴⁶ Resolución del TCF de 5 de julio 2023 (2 BvE 4/23 - *Gebäudeenergiegesetzänderungsgesetz*), n. 77. A raíz de una aguda observación del profesor Guillermo Morales Sancho, me hice eco de esta decisión en un artículo en la prensa: «Karlsruhe suspende la tramitación de una ley», *El Mundo*, el 13 de julio de 2021, p. 21.

⁴⁷ Art. 35 (Ejecución: *Vollstreckung*): «El Tribunal Constitucional Federal podrá determinar en su decisión quién la ejecuta; en el caso particular, puede disponer también el tipo y manera de ejecución (*die Art und Weise der Vollstreckung*)».

⁴⁸ *Vid.* STCF de 13 de abril de 1978 (BVerfGE 48, 127 [*Wehrpflichtnovelle*], p. 128).

embarazo⁴⁹. Aunque el Tribunal impidió la entrada en vigor de la norma, resolvió que, provisionalmente, el aborto provocado por violación en las doce primeras semanas fuese despenalizado, y que, de manera igualmente transitoria, tanto los procesos penales pendientes como las sentencias condenatorias firmes por aborto en las doce primeras semanas quedasen en suspenso⁵⁰.

* * *

A lo largo de este epígrafe, he procurado ofrecer una exposición de los criterios que se siguen para declarar la suspensión cautelar de la ejecución de la ley, e incluso de su entrada en vigor, en el derecho procesal constitucional alemán. Aunque volveré sobre ello en páginas posteriores, quisiera concluir anticipando que el modelo alemán contiene, a mi juicio, varios *elementos esclarecedores* de cara a una eventual reforma legal o a un cambio jurisprudencial en nuestro país.

2. REFERENCIA A ITALIA

Aun con carácter más sucinto que la exposición realizada en el epígrafe anterior, no quisiera pasar por alto una breve referencia a la *jurisdicción constitucional italiana*. Allí, el recurso directo de inconstitucionalidad solo está previsto como medio de impugnación, atribuido al Gobierno y a las regiones, frente a leyes de otros entes territoriales⁵¹. Ello hace que la suspensión cautelar en el recurso directo tenga un significado más restringido que el que posee en Alemania y el que, dado el caso, podría tener en España. Sea como fuere, su experiencia resulta también sugerente, a mi juicio, por la proximidad entre nuestros sistemas constitucionales.

1. El poder de suspensión cautelar de la vigencia general de las leyes fue reconocido en Italia para el recurso directo contra leyes por invasión de competencias, en la Ley 131/2003, de 5 de junio:
 - a) El art. 9.4 de esta norma vino a sustituir al art. 35 de la Ley 87/1953, de 11 de marzo, sobre la constitución y funcionamiento

⁴⁹ *Bundesgesetzblatt* I, n. 63, 1974, pp. 1297-1298.

⁵⁰ Resolución del TCF de 21 de junio de 1974 (BVerfGE 37, 324) (*Bundesgesetzblatt* I, n. 63, 1974, p. 1309).

⁵¹ *Vid.* los arts. 127 y 134 Constitución italiana, y los arts. 31-33 de la Ley 87/1953, de 11 de marzo, sobre la constitución y funcionamiento de la Corte Constitucional.

de la Corte Constitucional (LCC). La nueva redacción del precepto introdujo la posibilidad de adoptar, de oficio, la suspensión cautelar de las *normas con fuerza de ley, tanto regionales como estatales*, en el marco de un recurso directo de inconstitucionalidad por invasión de competencias. El *periculum in mora* fue definido como un «riesgo de perjuicio irreparable para el interés público o el ordenamiento jurídico de la República» o un «riesgo de perjuicio grave e irreparable para los derechos de los ciudadanos». Se trata de un supuesto de hecho, por tanto, que trasciende la tutela individualizada de derechos subjetivos. Para el caso de adoptarse la medida, además, el legislador dispuso que «la audiencia para deliberar se fijará dentro de los 30 días siguientes, y la parte dispositiva de la sentencia se presentará dentro de los 15 días posteriores a la audiencia».

- b) Esta facultad ha sido puesta en duda por algunas voces en la doctrina, las cuales han cuestionado que una ley ordinaria pueda condicionar la validez de las demás leyes. La Corte Constitucional no ha avalado semejante punto de vista, si bien ha hecho un *uso sumamente restrictivo* del poder cautelar suspensivo que le confirió la Ley 131/2003. De hecho, no lo ha aplicado hasta que, en enero de 2021, ordenó la suspensión cautelar de la eficacia de la Ley Regional (Valle de Aosta) 11/2020, de 9 de diciembre, de medidas para contener la propagación de la covid. Esta ley había sido impugnada por contradecir las disposiciones de los decretos que, en ejercicio de poderes de emergencia, habían sido dictados por el Gobierno italiano para hacer frente a la pandemia. La Corte Constitucional acordó la suspensión de la ley regional impugnada debido a que, pudiendo entrar en conflicto con normas estatales dictadas en ejercicio de competencias exclusivas, exponía a la ciudadanía a un «riesgo concreto y actual» de acelerar el contagio, «por el hecho de permitir medidas que pueden caracterizarse por un menor rigor»⁵². No es ocioso notar que el *riesgo de perjuicios irreparables* se refería, en aquel litigio, a bienes humanos completamente colaterales al conflicto competencial.

2. Dejando al margen el supuesto aludido, relativo a la suspensión de la vigencia general de la ley, es oportuno añadir que, al igual que ocurre

⁵² Auto (*Ordinanza*) de la Corte Constitucional 4/2021, de 14 de enero. Para un comentario de la resolución, *vid.* Dickmann (2021: 117-125).

en España, el órgano judicial ordinario puede suspender cautelarmente *ad casum* el acto de aplicación de una norma con rango de ley y, al mismo tiempo, elevar la cuestión de inconstitucionalidad. De este modo se garantiza la eficacia de la resolución de la cuestión y se salvaguardan los derechos de las partes en el proceso frente al *periculum in mora*. Como en nuestro país, se trata de una suspensión cautelar circunscrita temporalmente, como es lógico, a lo que el Alto Tribunal tarde en pronunciarse sobre la cuestión⁵³. Según afirmó el *Consiglio di Stato*:

[...] para conciliar el carácter centralizado del control de constitucionalidad de las leyes con el principio de efectividad de la tutela judicial, cuando los intereses en juego lo requieran, no puede descartarse una forma limitada de control difuso que permita el otorgamiento de una medida suspensiva del acto impugnado, reenviando el control de la Corte Constitucional con efectos *erga omnes* a la fase sobre el fondo, a la cual se encuentra instrumentalmente conectada la medida cautelar⁵⁴.

IV. CONSIDERACIONES PROSPECTIVAS PARA ESPAÑA

Tras el recorrido llevado a cabo por el derecho comparado, quisiera extenderme en formular y argumentar algunas propuestas para nuestro propio país, en particular para el *recurso de inconstitucionalidad*. Como a continuación expondré, algunos de los mayores atentados posibles contra la Constitución —despenalizaciones de conductas graves, ataques a la estructura territorial u orgánica fundamental del Estado, etc.— pueden resultar difícilmente tutelables en un proceso ordinario, a lo que se suma el hecho de que, en la cuestión de inconstitucionalidad, la suspensión de un acto de aplicación de la ley *ad casum* puede ser decidida, de manera cautelar, por el órgano judicial proponente.

1. DE LEGE FERENDA

En primer lugar, me referiré al problema de *lege ferenda*, esto es, examinaré la conveniencia de introducir expresamente, en la regulación del recurso

⁵³ *Vid.*, v. gr., las sentencias de la Corte Constitucional 200/2014, de 9 de julio de 2014; 236/2010, de 5 de julio de 2010, FJ 2, y 444/1990, de 26 de septiembre de 1990, FJ 3.

⁵⁴ Auto (*Ordinanza*) del Consejo de Estado de 20 de diciembre de 1999.

de inconstitucionalidad, la posibilidad de suspender cautelarmente la vigencia de las leyes.

1. Frente a la defensa de tal potestad jurisdiccional, cabría argüir que el recurso de inconstitucionalidad no constituye una vía de «tutela efectiva» de los «derechos e intereses legítimos» de las personas, hecho que lo situaría al margen de las garantías del art. 24.1 CE⁵⁵. Con ser una objeción muy digna de consideración, pienso que no es suficiente por las siguientes razones:
 - a) En primer lugar, porque, aun en la hipótesis de que no fuese esencial para la efectividad de la tutela judicial de derechos e intereses legítimos, la protección cautelar suficiente en los procesos de constitucionalidad responde, como se ha anticipado, a *principios* de relevancia no menor. Principalmente, al «mandato de efectividad del Estado de Derecho» (*rechtsstaatliches Effektivitätsgebot*), el cual se vería comprometido si el transcurso del tiempo privase de sentido a la resolución judicial definitiva. Además, ostenta una importante «función pacificadora interina» (*interimistische Befriedungsfunktion*), garantizando que, «en el curso del procedimiento», el litigio se mantenga «en un estado que no prevalece sobre las posiciones jurídicas sustantivas o las competencias» de la Constitución⁵⁶.
 - b) En segundo lugar, porque la indemnidad de los bienes públicos tutelados por *las principales normas jurídico-objetivas de la Constitución* —muchas de ellas de carácter orgánico y, en no pocas ocasiones, de difícil tutela en procesos judiciales ordinarios— es esencial para la integridad de las garantías individuales. Un atentado a la división de poderes, por ejemplo, ¿no constituye acaso una grave erosión, e incluso una destrucción, de la tutela efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos?⁵⁷

⁵⁵ *Vid.*, por todos, Ahumada (1991: 185).

⁵⁶ *Vid.*, *v. gr.*, Graßhof (2002: 9 y ss.) y Schneider (2022: 451).

⁵⁷ Por este motivo Alexander Hamilton, replicando a quienes defendían la absoluta indispensabilidad de incorporar un catálogo de derechos a la Constitución norteamericana, afirmó que «la Constitución propuesta, si se adopta, será el *Bill of Rights* de la Unión» (2005: 456). En relación con las conexiones entre los derechos humanos y el derecho objetivo, me remito, de manera más general, a los capítulos VI y VII de Simón Yarza (2022: 131-162).

- c) En tercer lugar, porque la tutela jurisdiccional ordinaria de los «deberes de protección iusfundamentales» (*grundrechtliche Schutzpflichten*) frente a la acción desprotectora del legislador es insuficiente, lo que hace que el recurso de inconstitucionalidad pueda revelarse crucial para la tutela de los mismos derechos fundamentales⁵⁸. No podemos ignorar, en este sentido, que el art. 53.1 CE dispone que «los derechos y libertades» del capítulo II del título I «se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)», precepto que se refiere, precisamente, al *recurso de inconstitucionalidad*.
- d) En cuarto lugar, porque, en un orden de *jurisdicción constitucional concentrada*, la adecuada tutela abstracta de la constitucionalidad de las leyes tiende a compensar, de alguna manera, el gravamen que la presunción de legitimidad de la ley —más intensa, de cara a los jueces ordinarios, que en los sistemas de control difuso— puede llegar a suponer para las garantías individuales.
2. Una objeción que conviene tener en cuenta —a la que ya se ha hecho alusión— apunta a la *presunción de legitimidad de la ley*. Como ya he explicado, sin embargo, tal presunción no debe llevarse al extremo de negar la posibilidad de la tutela cautelar al órgano que ostenta, en virtud de la propia Constitución, la facultad de pronunciarse sobre la legitimidad definitiva de la ley⁵⁹.
3. Otra réplica posible es la que apuntaría al *riesgo del abuso* de la jurisdicción cautelar, la cual podría emplearse, con móviles políticos espurios, para diferir la entrada en vigor de las leyes o impedir su vigencia normal:
- a) Al respecto, quisiera indicar que el riesgo de este abuso se corre desde el mismo instante en que se asume la existencia de una *jurisdicción con potestad de revisar la constitucionalidad de la ley*. Atribuir a esta jurisdicción un poder cautelar de suspender la ley no comporta —siempre que se someta a las restricciones debidas— un perjuicio mayor al que, de hecho, supone privarla de tal poder. En este segundo caso, se abre la puerta a la *frustración deliberada* de la eficacia de la propia jurisdicción a través del aprovechamiento

⁵⁸ Sobre las posibilidades y límites del control frente a la desprotección legislativa, *vid.* Simón Yarza (2012: 166 y ss.).

⁵⁹ *Vid.*, en un sentido parcialmente similar, García de Enterría (2004: 116).

espurio de la dilación en resolver los recursos de inconstitucionalidad. Lejos de ser una mera hipótesis, pienso que la historia reciente del Tribunal Constitucional corrobora lo afirmado. Además, aun si no trajesen causa en una *praxis* torticera deliberada, los inaceptables retrasos en resolver recursos de inconstitucionalidad en España han lastrado sobremanera, durante varios años, la eficaz actuación del Tribunal —un argumento más, y de indudable peso, a favor de la facultad de suspensión cautelar⁶⁰—.

- b) Además, no debemos olvidar que *abusus non tollit usum*, el abuso no priva al uso de su función o sentido genuino. Por positiva que sea, cualquier reforma de cierto calado trae consigo, como un subproducto indeseado, el riesgo de su abuso. Ciertamente, allí donde los jueces dejan de aplicar el derecho para dedicarse a actividades como la politización, el constructivismo judicial o la instrumentalización de los derechos, es muy difícil que institución alguna proteja a las víctimas frente a semejante *modus operandi*. Al margen de esos desvíos criticables, y ateniéndonos al debido y genuino ejercicio de la tarea jurisdiccional, la tutela cautelar desempeña una «función de aseguramiento» (*Sicherungsfunktion*) importante de la decisión final frente al *periculum in mora*.

4. De cuanto se ha afirmado debería concluirse, a mi parecer, la *conveniencia de incorporar al título II de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, bien que con importantes restricciones, la posibilidad de adoptar la suspensión de las leyes como medida cautelar:

- a) Dicha medida habría de contemplarse, desde luego, de manera sumamente *limitada*. Su concesión debería ser excepcional, basada en un parámetro equivalente al desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal alemán.
- b) A fin de evitar una resolución liminar poco rigurosa y fácilmente susceptible de politización, el criterio determinante para decidir la suspensión debería ser el *periculum in mora*, lo que implica analizar con rigor y ponderar con prudencia la *doble hipótesis* a la que se enfrenta la decisión del Tribunal. El *fumus boni iuris* debería

⁶⁰ Tiene gran interés al respecto la llamada de atención de Julio Banacluche Palao: «Esperando al Tribunal Constitucional», *ABC*, 26 de marzo de 2021, p. 3; en la que sugiere considerar, entre otras cosas, la revisión de la doctrina constitucional de la suspensión cautelar de la ley.

desempeñar, principalmente, un papel de filtro *negativo* dirigido a excluir inicialmente la posibilidad de suspender la ley en recursos manifiestamente infundados, y, solo ante atentados palmarios al orden constitucional, podría reconocerse *positivamente* en sede cautelar.

- c) En casos excepcionales, la suspensión cautelar debería admitirse *de oficio*, como ha hecho el Tribunal de Karlsruhe. Teniendo en cuenta la trascendencia de la jurisdicción constitucional, parece lógico disponer que, en supuestos graves de *periculum in mora*, sea el propio Tribunal el que, no mediando solicitud, pueda acordar *motu proprio* las medidas necesarias para preservar los bienes públicos objeto de tutela en el proceso. Huelga decir que, en esas situaciones, ha de existir al menos un procedimiento principal pendiente sobre el fondo —de lo contrario, el Tribunal se vería dotado de una iniciativa impropia de su naturaleza jurisdiccional—.
- d) Podría ser oportuno, además, eliminar o modificar el plazo general previsto para dictar sentencia en recursos de inconstitucionalidad (art. 34.2 LOTC), cuyo cumplimiento es, hoy por hoy, una quimera, y, en su lugar, establecer un plazo viable, aun razonablemente breve, para decidir sobre aquellos preceptos que hayan sido suspendidos cautelarmente. En Italia, como se ha visto, se ha establecido un plazo semejante, y en Alemania es frecuente tramitar preferentemente los *procesos* en que se ha suspendido cautelarmente una ley⁶¹.

2. DE LEGE LATA

Tras las consideraciones realizadas *de lege ferenda*, quisiera añadir algunos argumentos para defender que incluso *de lege lata*, si no hubiese reforma de la LOTC, sería conveniente modular, al menos un poco, la actual doctrina constitucional sobre la suspensión de las leyes. En supuestos de *periculum in mora* verdaderamente excepcionales, en efecto, considero que la Constitución permite ya, e incluso exige, *ordenar la suspensión de las leyes*.

1. Frente a esta tesis, una posible objeción —adicional a las arriba expuestas— se basaría en entender que *el derecho aplicable* prohíbe

⁶¹ *Vid., v. gr.*, Graßhof (2002: 65).

terminantemente la suspensión cautelar de la ley, fuera de los casos expresamente previstos. Semejante conclusión podría alcanzarse, aparentemente al menos, por dos vías:

- a) En primer lugar, interpretando el art. 30 LOTC como un rechazo claro y explícito, tesis que ya ha sido criticada a lo largo del trabajo.
- b) En segundo lugar, interpretando el silencio legal como una privación de la competencia: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Esta conclusión, sin embargo, solo podría obtenerse refutando las razones que avalan la opinión contraria, esto es, la tesis según la cual la competencia de suspensión cautelar constituye, al menos en supuestos excepcionalísimos, un elemento constitucionalmente imprescindible. A defender esta tesis dedicaré las últimas páginas de este trabajo.

2. Al hilo de la *objeción del silencio legal*, recién enunciada, quisiera llamar la atención sobre lo llamativo que resulta que, pese a esgrimirse en el caso que nos ocupa, apenas se haya empleado en un supuesto en el que la extralimitación resulta mucho más fácil de apreciar. Me refiero a las facultades de tutela cautelar que se ha atribuido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aceptadas con una impasibilidad que contrasta, a mi juicio, con los recelos que parece suscitar la tutela cautelar en sede constitucional. Sin previsión alguna en el Convenio, el art. 39 del Reglamento del Tribunal de Estrasburgo, en efecto, atribuye a «la Sala o, en su caso, el Presidente de la Sección o el Juez de guardia» designado por el presidente del Tribunal, una amplísima competencia para dictar «cualquier medida cautelar que consideren deba ser adoptada en interés de las partes o del buen desarrollo del procedimiento». En adición a ello, el Alto Tribunal ha sostenido que el incumplimiento de las medidas cautelares ordenadas al amparo de tal precepto reglamentario constituye *una lesión del art. 34 del Convenio*⁶², el cual habilita a los individuos a demandar al Estado ante Estrasburgo. Sin embargo, lo cierto es que el art. 46.1 CEDH ha querido ceñir la obligación de los Estados, de manera expresa, a «acatar las sentencias *definitivas* del Tribunal en los litigios en que sean partes», y el Convenio, como he dicho, no hace ninguna referencia a poderes cautelares. Entiendo que resultaría contradictorio adoptar una posición aquiescente respecto a tan notable expansión competencial, que

⁶² STEDH (GS) *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, de 4 de febrero de 2005, §§ 99 y ss.

afecta a la soberanía estatal, y plantear la presunción de legitimidad de las leyes, en el orden interno, como un absoluto imposible de excepcionar por el supremo guardián de la Constitución, incluso ante un ataque de consecuencias graves e irreparables.

3. Quisiera considerar con cierto detenimiento, a continuación, el argumento *a maiori ad minus*, empleado por el profesor García de Enterría en relación con la suspensión cautelar de la ley plausiblemente contraria al derecho europeo, a raíz del caso *Factortame*:
 - a) Aplicando su razonamiento a la jurisdicción constitucional, se podría plantear, al menos como hipótesis, que «si el juez tiene jurisdicción suficiente» para invalidar la ley «de manera completa y radical, mucho más la tendrá para suspenderla cautelarmente» (García de Enterría, 2004: 81). Tal vez cabría apreciar aquí, además, una analogía con la aplicación del art. 39 LOTC, precepto que ordena al Tribunal Constitucional disponer la nulidad de las leyes declaradas inconstitucionales. Dicho precepto no ha sido obstáculo, como es sabido, para que el Tribunal dicte sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, una actuación que se podría defender, tal vez, *a maiori ad minus*.
 - b) Considero, de todas maneras, que el argumento *a maiori ad minus* no es válido para defender de la jurisdicción cautelar a partir de la jurisdicción en la causa principal:
 - i) Ciertamente —y esto es lo que tiene de correcto—, cualquier forma de tutela cautelar cae, con carácter general, dentro del ámbito «[d]el ejercicio del control sobre las condiciones de un litigio a lo largo del tiempo» (Schneider, 2022: 449). Resulta inobjetable, en este sentido, sostener que la jurisdicción cautelar tiene un carácter *ancilar* respecto a la principal.
 - ii) Dicho lo anterior, aunque la resolución cautelar constituye una decisión más suave que la resolución sobre el fondo bajo la perspectiva de la provisionalidad de sus efectos, reviste una *gravedad mayor* bajo la perspectiva de la *sumariedad* del procedimiento. En la medida en que semejante decisión posee una incidencia política, como ocurre con la suspensión de la ley, esta resulta intensificada por su carácter cautelar⁶³, y no puede

⁶³ A ello apuntaba la crítica que Carl Schmitt dirigió, de manera específica, a la tutela cautelar del *Staatsgerichtshof*: «[...] si se intenta corregir esta desventaja a través de

decirse que sea subsumible, sencillamente, en la competencia principal.

4. Sin perjuicio de lo recién indicado, pienso que tampoco deberíamos caer en el extremo de comprender la tutela cautelar como una tutela ciega o infundada:
 - a) En cuanto al *fumus boni iuris*, afirma García de Enterría que «no se trata de apelar al *flair* o al olfato del juez», sino de hacer «una valoración anticipada y “a primera vista” del fondo del proceso»; administrando, eso sí, «justicia legal» (2004: 84).
 - b) Además —y este es un aspecto, a mi juicio, decisivo—, hemos de ser conscientes de que, en la suspensión cautelar de la ley, el *fumus boni iuris* constituiría en principio —en consonancia con la doctrina de la protección cautelar constitucional desarrollada por el TCF alemán, y antes por el *Staatsgerichtshof* en Weimar— un filtro de mínimos, en tanto que la mirada prospectiva atendería, sobre todo, al *periculum in mora*. Toda vez que la suspensión se interpreta restrictivamente, el juicio sumario no parece del todo inadecuado para ponderar la «doble hipótesis», y no puede afirmarse que los principios jurídico-constitucionales resulten mejor satisfechos excluyendo de plano la posibilidad de dictar la suspensión cautelar de la vigencia *erga omnes* de la ley. En presencia de un *riesgo cierto y grave* por no dictar tal suspensión frente a un *riesgo incierto y leve* en dictarla, tiene poco sentido escudarse en el carácter sumario del proceso para no suspender y dejar las cosas estar. Excluir la medida sería, en ese caso, optar por una de las dos posibilidades, y no precisamente la más razonable.
5. Obviamente, tampoco puede afirmarse que las dos posibilidades enfrentadas —suspender y no suspender— tengan que recibir el mismo tratamiento presuntivo o *a priori*. Presuntivamente, ha de estarse por la constitucionalidad de la ley, que exige una interferencia mínima en la libertad del legislador. Tomando en consideración los argumentos en

disposiciones provisionales (*einstweilige Verfügungen*) del Tribunal, el juez siempre se encontrará en la posición de adoptar o impedir medidas políticas, lo cual le convertirá en políticamente activo de un modo que hará de él un poderoso factor en la política doméstica —e incluso exterior, dado el caso— del Estado» (Schmitt, 1931: 32-33).

uno y otro sentido, pienso que la solución al problema, *de lege lata*, debe venir por una admisión *particularmente excepcional y restrictiva* de la medida. Dicha restricción y dicha excepcionalidad deben tener en cuenta los dos elementos que dan forma al *periculum in mora*, a saber, la *magnitud del daño* y la *certeza o previsibilidad* de su materialización:

- a) En cuanto a la *magnitud* del daño, ilustraré los casos claros en que procedería la suspensión, haciendo más las palabras de un antiguo magistrado del Tribunal Constitucional:

[...] pongamos varios ejemplos, que no son ni mucho menos imposibles: pensemos en una ley que, por condescendencia o acuerdo con una corriente cultural, despenalizara o incluso regulara como prestación sanitaria la ablación del clítoris; pensemos también en una ley que, para evitar atentados terroristas, autorizara la tortura, o en la que, ante una invasión masiva de pateras, dispusiera la inmediata expulsión de los inmigrantes irregulares de raza negra⁶⁴.

Otros casos próximos y fáciles de imaginar podrían incluir eventuales disposiciones sobre el cambio de sexo que pudieran afectar, de manera irreparable, a menores de edad, o normas que autoricen los vientres de alquiler, por poner algunos ejemplos.

- b) En cuanto a la *certeza o previsibilidad* del daño, piénsese en la obstinación en aprobar una ley idéntica a otra que ha sido declarada, de manera reciente, inconstitucional, o en aquellos casos en que el atentado contra la Constitución consiste, precisamente, en la neutralización inequívoca y cierta del ejercicio íntegro de las competencias jurisdiccionales del Tribunal. Existe al menos un precedente, en nuestro país, en el que se admitió la suspensión cautelar de una ley en vigor, precisamente, por una certeza semejante. Estando vigente el recurso previo de inconstitucionalidad, el ATC 120/1983, de 21 de marzo, suspendió normas legales formalmente vigentes, publicadas en el *BOE*, por no haberse respetado el plazo que, antes de la publicación, los diputados ostentaban para interponer el recurso previo de inconstitucionalidad. En aquel supuesto, la suspensión no consistía en la simple aplicación del recurso previo. En este sentido, lo más correcto habría sido la interposición de un recurso de

⁶⁴ ATC 90/2010, de 14 de julio, voto particular del magistrado Ramón Rodríguez Arribas, al que se adhiere el vicepresidente Guillermo Jiménez Sánchez, n. 1.

inconstitucionalidad⁶⁵; con la solicitud, eso sí, de la suspensión cautelar de la ley fraudulentamente aprobada. Es cierto que el Tribunal no tenía una competencia «expresamente atribuida» para suspender cautelarmente normas formalmente vigentes, pero, en atención a la integridad del recurso previo, que había sido violentado, suspendió las normas que habían soslayado los plazos de publicación en el *BOE* previstos por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El propio Tribunal defendió su suspensión con las siguientes palabras: «[...] de ello depende nada menos que la esterilización de un recurso establecido en una Ley Orgánica, del que se podría privar a los legitimados para interponerlo, reduciendo a letra muerta preceptos merecedores de inexcusable acatamiento». Aquí, la certeza de los daños que se producirían por no suspender era manifiesta, y se traducían en la esterilización de la competencia principal. Materialmente, pues, la suspensión era también un acto en defensa de la propia jurisdicción, dado que un órgano judicial no puede admitir con su pasividad, cual convidado de piedra, un fraude orientado a destruir sus competencias jurisdiccionales.

6. Todos los argumentos aludidos se podrían ver *reforzados*, en fin, si tenemos en cuenta la razonable autonomía que, en relación con los procesos constitucionales, se debe reconocer a un órgano que tiene encomendada la tutela jurisdiccional de los más elevados bienes públicos del Estado. Esto no debe suponer, ciertamente, considerarlo como «señor del procedimiento» (*Herr des Verfahrens*)⁶⁶, porque no lo es, pero sí reconocerle la capacidad de colmar los silencios legales con criterios procesales acordes al sentido y finalidad de la competencia ejercida.

V. CONCLUSIÓN

Por todo cuanto se ha expuesto, entiendo que sería conveniente incorporar a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la posibilidad de dictar la

⁶⁵ *Vid.*, en este sentido, el voto del magistrado Rubio Llorente al ATC 120/1983, de 21 de marzo.

⁶⁶ Esta fórmula, en verdad excesiva, fue acuñada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su Sentencia de 11 de abril de 1961 (BVerfGE 13, 54 [*Neugliederung Hessen*], p. 94). Sobre la «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional, *vid.* Rodríguez-Patrón Rodríguez (2001; 2003).

suspensión cautelar de la ley, en particular en los recursos de inconstitucionalidad; siempre que se lleve a cabo una interpretación de dicha posibilidad según los estrictos parámetros que se han ido exponiendo. Considero que, incluso *de lege lata*, semejante posibilidad debería admitirse en supuestos muy excepcionales. Huelga decir que la apreciación atinada del *periculum in mora* presupone la existencia de un tribunal constitucional revestido de la *auctoritas* que otorga un ejercicio genuinamente jurisdiccional y consciente de su función, actuando con el respaldo y la contención que tiende a favorecer una comunidad jurídica seriamente comprometida con el orden constitucional.

Bibliografía

- Ahumada Ruiz, M. Á. (1991). Efectos procesales de la modificación legislativa de las leyes sometidas a control de constitucionalidad. La suspensión de leyes «presuntamente» inconstitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11, 159-186.
- Alegre Martínez, M. Á. (2004). Significado e implicaciones de la reforma del artículo 127 de la Constitución italiana: la desaparición del control previo de constitucionalidad sobre las leyes regionales. *Teoría y Realidad Constitucional*, 12-13, 421-435. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.12-13.2003.6634>.
- Aragón Reyes, M. (1999). Artículo 163: Competencias del Tribunal Constitucional. En Ó. Alzaga Villaamil. *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (pp. 189-253). Madrid: EDERSA.
- Dickmann, R. (2021). Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi (Osservazioni a margine di Corte cost., ord. 14 gennaio 2021, n. 4). *Federalismi.it. Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, 10, 117-125.
- Fernández-Rodríguez, T.-R. (1979). Reflexiones en torno al artículo 161.2 de la Constitución. *Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político de la UNED*, 3, 7-15. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.3.1979.7972>.
- García de Enterría, E. (2004). *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Madrid: Civitas.
- Gómez Montoro, Á. J. (1988). El control previo de constitucionalidad de proyectos de Estatutos de Autonomía y demás leyes orgánicas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22, 121-174.
- Gragani, A. (2005). La cognizione cautelares nel processo costituzionale: l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco. *Rivista di Diritto Costituzionale*, 157-242.
- Graßhof, K. (2002). § 32. En B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein y H. Bethlge (eds.). (Maunz, T. [editor original]) (2022). *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG - Grundwerk mit Fortsetzungsbezug*. München: C. H. Beck.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2005). *The Federalist Papers*. Cambridge: Hackett.
- Lammers, H. H. y Simons, W. (eds.) (1929). *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund Artikel 13 Abs. 2 der Reichsverfassung* (vol. 1). G. Berlin: Stilke.

- Lechner, H. y Zuck, R. (2019). *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (8.ª ed.). München: C. H. Beck.
- Losada González, H. (2016). La suspensión de leyes en los recursos de inconstitucionalidad. En VV. AA. *La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes* (pp. 323-342). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Medina Guerrero, M. (2001). Artículo 30. En J. L. Requejo Pagés (coord.). *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (pp. 443-460). Madrid: Tribunal Constitucional y Boletín Oficial del Estado.
- Navarro Munuera, A. E. (1987). La suspensión de las disposiciones y resoluciones autonómicas impugnadas por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional prevista en el artículo 161.2 de la Constitución. *Revista de Administración Pública*, 114, 199-244.
- Pascual Medrano, A. (2001). *La suspensión de actos y normas de las Comunidades Autónomas en la jurisdicción constitucional: el artículo 161.2 de la Constitución Española*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- Perrone, D. (2012). El poder de suspensión cautelar en la justicia constitucional: una perspectiva de derecho comparado. *Cuadernos de Derecho Público*, 38, 31-53.
- Rodríguez-Arana, J. F. (1989). La suspensión de leyes autonómicas por la vía del artículo 161.2 de la Constitución. *La Ley*, 1, 953-958.
- Rodríguez-Patrón Rodríguez, P. (2001). La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su Derecho procesal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 62, 125-178.
- (2003). *La «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Rosado Iglesias, G. (2007). La suspensión de la ley autonómica. *Revista de Derecho Político*, 69, 133-177. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.69.2007.9022>.
- Rubio Llorente, F. y Aragón Reyes, M. (1979). Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad. *Revista de Estudios Políticos*, 7, 161-170.
- Schmitt, C. (1931). *Der Hüter der Verfassung*. Tübingen: Mohr.
- Schneider, K. (2022). § 32. En C. Burkiczak, F.-W. Dollinger y F. Schorkopf (eds.). *Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Heidelberg Kommentar)* (2.ª ed.). Heidelberg: C. F. Müller.
- Schoch, F. (2001). Einstweilige Anordnung. En P. Badura y H. Dreier (eds.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, tomo I (pp. 695-723). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Simón Yarza, F. (2012). *Medio ambiente y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Tribunal Constitucional.
- (2022). *Ley natural y realismo clásico. Una defensa*. Madrid: Civitas.