

## El poder de suspensión cautelar en la justicia constitucional: una perspectiva de derecho comparado

Daria Perrone  
Universidad de Pisa  
dariaper@gmail.com

### Resumen

*El presente trabajo toma como punto de referencia el auto del Tribunal Constitucional n. 90/2010 de 14 de julio, que ha rechazado la solicitud de suspensión en vía cautelar de determinadas disposiciones de la Ley Orgánica 2/2010, del 3 de marzo sobre el aborto, después de un amplio y acalorado debate en la literatura española. El mencionado auto invita a una reflexión más amplia sobre el tema de la suspensión de una ley sospechosa de inconstitucionalidad, sobre la espera de la decisión del Tribunal Constitucional y, más en general, sobre los poderes cautelares atribuidos a los jueces comunes y al órgano de justicia constitucional. El presente trabajo centra su estudio en el derecho comparado, de la legislación española e italiana, destacando las diferencias y las similitudes entre estos dos países de la Unión Europea. En ambos Estados, se ha abierto progresivamente camino la idea de ampliar la tutela cautelar –hasta considerarla “implícita”–, para evitar que a la espera de la decisión del órgano constitucional se puedan producir daños graves e irreversibles, especialmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales y, como en este caso, al bien jurídico protegido de la vida humana.*

### Palabras clave

*Aborto – interrupción del embarazo – suspensión cautelar – presunción de constitucionalidad – cuestión de inconstitucionalidad – efectos temporales de la sentencia – control previo – control sucesivo – art. 163 CE – art. 30 LOTC – recurso de inconstitucionalidad – art. 161 CE – leyes estatales – leyes de las Comunidades Autónomas – Italia – procedimientos incidentales – procedimientos principales – periculum in mora – fumus boni iuris – paridad de las armas – poder implícito – debido proceso – vida humana.*

## The precautionary suspension power in the constitutional justice: a comparative law perspective

### Abstract

*This paper takes as a point of reference decision No. 90/2010 of the Constitutional Court of 14 July, rejecting the application for the precautionary suspension of certain provisions of Organic Law 2/2010 of 3 March, on abortion, after a lengthy and heated debate in Spain's literature. The mentioned decision raises the need for a broader analysis of the suspension of a law suspected of being unconstitutional, the wait for the Constitutional Court's decision and, more generally, the precautionary powers conferred on common judges and the constitutional justice authority. This paper focuses its analysis on comparative law, comparing Spanish and Italian legislation and highlighting the differences and similarities between both EU countries. In both States, the idea of broadening interim judicial protection –to the point of considering it “implicit”– has gradually gained ground to prevent causing serious and irreversible damage whilst waiting for the decision of the constitutional authority, especially with regard to fundamental rights and, as in this case, to the legally-protected right of human life.*

### Key words

*Abortion – termination of pregnancy – precautionary suspension – presumption of constitutionality – unconstitutionality issue – temporal effects of the ruling – prior control – subsequent control – art. 163 SC (Spanish Constitution) – art. 30 OLCC (Organic Law on the Constitutional Court) – appeal on the grounds of unconstitutionality – art. 161 SC – State laws – Autonomous Region laws – Italy – incidental proceedings – main proceedings – periculum in mora – fumus boni iuris – equality of arms – implicit power – due process – human life.*

## 1. LA OPORTUNIDAD QUE OFRECE LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO: REFLEXIONES SOBRE EL MARCO DE UNA CONTROVERTIDA REFORMA

El asunto de las medidas cautelares sigue siendo un asunto delicado y un controvertido objeto de debate. Si bien por un lado, “*la necesidad de utilizar el proceso para obtener justicia no debe volverse contra quien tiene la razón*”, por otro lado, el daño que se puede causar mientras se espera la conclusión del proceso judicial requiere la necesidad de prever instrumentos procesales intermedios. Sólo “*en un ordenamiento procesal puramente ideal en el cual la sentencia final fuese siempre inmediata, es decir, que en el momento mismo en que el recurrente presentase la demanda pudiese obtener justicia plena e inmediata, no existiría espacio para la cautelar*”<sup>2</sup>.

Serían suficientes estas divergencias para focalizar el objeto de esta investigación: ¿es posible utilizar los remedios cautelares tradicionales y en particular la suspensión de la vigencia de la ley en los juicios de control constitucional?

Desde una perspectiva de derecho comparado, el presente estudio intenta analizar si es posible utilizar los remedios cautelares en los juicios de control constitucional sea en la legislación española, que recientemente ha tenido necesidad de abordar de nuevo esta cuestión, sea en la legislación italiana.

La facultad de suspender la eficacia de una ley, ya en vigor, cuestionada ante el Tribunal Constitucional recientemente ha sido objeto de un acalorado debate, que trata no sólo cuestiones estrictamente jurídicas, sino también cuestiones más generales, éticas y sociales. La principal cuestión que ha surgido es la duda de si a pesar de la inexistencia de una previsión explícita en la Ley Orgánica del TC español sea posible admitir una potestad implícita de dicho órgano para suspender la eficacia de una ley en el juicio de legitimidad, cuando ésta ya haya entrado en vigor.

Esta situación surgió el 1 de junio del 2010 cuando un grupo de setenta diputados del Partido Popular (PP) interpuso un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra determinadas disposiciones de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo sobre la salud sexual y reproductiva y la interrupción voluntaria del embarazo, publicada en el Boletín Oficial del Estado Núm. 55, de 4 de marzo de 2010.

Como es sabido, la entrada en vigor de esta ley ha sido objeto de un amplio debate, ya que ha “despenalizado”, bajo ciertas condiciones, la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo, ampliando el elenco de los supuestos de legitimación. De he-

---

<sup>1</sup> Corte constitucional italiana, sentencia 23 de junio de 1994, n. 253. En la literatura, la expresión también fue utilizada por G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 147.

<sup>2</sup> P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 20. En esta línea, la Corte constitucional italiana consideró que la garantía constitucional de la protección cautelar debe considerarse obligatoria sólo hasta el momento en que no intervenga en el proceso una sentencia ejecutiva, lo que hace que no sea necesario tomar nuevas medidas cautelares (Corte Constitucional italiana, sentencia 165/2000).

cho, tras la reforma, está permitido que las mujeres interrumpan su embarazo hasta la decimocuarta semana de gestación o la vigésimosegunda si el feto está gravemente enfermo. Asimismo, el aborto está permitido a las menores de edad a partir de los dieciséis años y sin el consentimiento de los padres, aunque éstos deben ser informados.

Con anterioridad a dicha reforma, el aborto estaba tipificado penalmente. La ley reguladora de dicha cuestión, desde que en 1985 fuera reformado el Código Penal<sup>3</sup>, estableció la despenalización sólo en tres casos: violación (hasta la duodécima semana), malformación del feto (hasta la vigésimosegunda semana) y grave riesgo para la salud física y mental de la madre (sin límite).

Los objetivos de la nueva normativa son garantizar la salud sexual y reproductiva, regular las condiciones para la interrupción voluntaria del embarazo, introducir funciones explícitas de las autoridades públicas, incluso a través de una serie de medidas y acciones relativas a la salud y a la educación. En este sentido, la nueva ley reguladora, ahora objeto de discusión, establece un período de catorce semanas en el que se garantiza plenamente a las mujeres el derecho de tomar libremente una decisión y de ser informadas sobre la posibilidad de interrumpir el embarazo. La ley también establece una serie de políticas de apoyo que permiten a las mujeres ser informadas sobre el rendimiento, la ayuda, los derechos de los que pueden disfrutar, incluyendo, en particular, la oportunidad de recibir asesoramiento antes y después del intervento. La operación puede tener lugar sólo transcurrido un período de reflexión de al menos tres días después de completar los requisitos de divulgación anteriormente mencionados. De la decimocuarta a la vigésimosegunda semana, la ley permite la interrupción del embarazo en caso de riesgo grave para la vida o la salud de la madre o en caso de graves anomalías del feto. Por último, de la vigésimosegunda semana en adelante, la ley distingue dos casos excepcionales para el aborto: el descubrimiento de anomalías fetales incompatibles con la vida de la madre y el descubrimiento de una grave enfermedad incurable del feto en el momento del diagnóstico, siempre y cuando dicho diagnóstico sea confirmado por el correspondiente comité clínico. Asimismo, la ley ofrece a la mujer un conjunto de garantías relativas al acceso efectivo a los servicios de salud y a la protección de su privacidad. El cumplimiento de estas garantías deberá ser confirmado por el organismo de control correspondiente. También se reconoce el derecho a la objeción de conciencia para los profesionales de la salud.

En cuanto a los aspectos penales, la ley modifica el art. 145 CP reduciendo la pena para las mujeres que practiquen el aborto en los casos prohibidos, sustituyendo la pena de prisión por la de una multa. En algunos casos específicos, el juez podrá incluso duplicar la pena indicada en el nuevo art. 145 CP. En esta última disposición se introducen también nuevas sanciones para quienes hayan causado el aborto involuntario de la mujer<sup>4</sup>.

3 La Ley Orgánica 9/1985, aprobada el 5 de julio de 1985 despenalizó el aborto en algunos casos.

4 V. *amplius* R. Tur Ausina, *Approvata la legge organica sulla salute sessuale e riproduttiva e sull'interruzione volontaria di gravidanza*, en Palomar, n. 41, abril 2010.

En lo que se refiere a los motivos que han desencadenado este intenso debate sobre la reforma, decir que la afirmación de mayor fuerza argumentativa utilizada por los llamados antiabortistas a la hora de exigir la prohibición de la interrupción del embarazo es, sin duda, la consideración de que el feto y el embrión son seres humanos. Para defender las restricciones jurídicas sobre el aborto o incluso propugnar su absoluta prohibición no es necesario confirmar la personalidad del óvulo fecundado, del embrión o del feto, sino que es suficiente sostener la protección del valor de la vida o de ese inicio de vida humana en cualquiera de sus estadios, ya que el óvulo fecundado es único e irrepetible<sup>5</sup>.

En concordancia con tales planteamientos, mediante escrito presentado ante el Registro General del Tribunal Constitucional el 1 de junio del 2010, setenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados interpusieron un recurso de inconstitucionalidad contra algunos de los artículos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. En el escrito de la demanda se instaba a la declaración de nulidad e inconstitucionalidad de los preceptos impugnados y se pedía la tramitación preferente y sumaria del recurso en el caso de que no se pudiese obtener una decisión antes de la entrada en vigor de la ley recurrida. Asimismo, se solicitaba la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados. A pesar de que no se desconocía la doctrina constitucional según la cual la interposición de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad no suspende la vigencia de la Ley, salvo que el Gobierno invoque el art. 161.2 CE<sup>6</sup>, en la demanda se alegaba que la adopción de la medida cautelar solicitada es compatible con lo dispuesto en el art. 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) de 3 de octubre de 1979, ya que, a pesar del tenor literal de dicho artículo, lo que el precepto impediría sería la suspensión de la aplicación de la ley impugnada y no la de aquellos preceptos concretos de cuya constitucionalidad se duda, como aquí se hace. Además, siempre a favor de la solicitud de suspensión provisional, se afirmaba la concurrencia de otros dos argumentos que legitimarían dicha suspensión, que serían, por un lado, el *periculum in mora* necesario para la adopción de la medida cautelar de suspensión de los preceptos impugnados y por otro, el perjuicio irreparable causado, dado que la aplicación de la ley implicaría la eliminación de vidas humanas.

Sobre esta base, los solicitantes han considerado que es necesaria la suspensión de la ley ante el Tribunal Constitucional español, teniendo en cuenta la probabilidad real de que, en espera de la decisión del TC acerca de la constitucionalidad de la ley, las interrupciones voluntarias del embarazo puedan resultar inconstitucionales, causando un daño irreparable a las vidas humanas involucradas. Esta situación, a juicio de los demandantes, requeriría una mayor valoración por parte de la propia doctrina

<sup>5</sup> Para un estudio detallado de las implicaciones legales y morales del aborto, v. C. García Pascual, *Cuestiones de vida y muerte. Los dilemas éticos del aborto*, en *Derechos y Libertades*, 16, II, 2007, 181-209.

<sup>6</sup> Según el art.161.2 CE “*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*”.

del Tribunal Constitucional, teniendo en consideración que *“la vida es una realidad desde el inicio de la gestación”* y el nasciturus constituye *“un bien jurídico”* que *“está protegido por el art. 15 de la Constitución”*<sup>7</sup>. Por consiguiente, el derecho a la vida, reconocido y garantizado en este art. 15 CE, en su doble vertiente, física y moral, se trata de una proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana– y por lo tanto, constituye un derecho fundamental esencial y troncal sin el cual los restantes derechos quedarían vacíos de contenido.

## 2. EL PODER DE SUSPENSIÓN EN ESPAÑA

### 2.1. En las cuestiones de inconstitucionalidad

Con la intención de reconstruir la decisión del Tribunal Constitucional, éste deberá tener desde el principio la facultad de suspender el procedimiento constitucional sea en Italia sea en España.

Como sabemos, en ambos sistemas de justicia constitucional el control de constitucionalidad sobre las leyes se efectúa siempre después de la entrada en vigor de la ley. En la creación de un modelo de la llamada justicia constitucional mixta<sup>8</sup>, podemos decir que dicha decisión es el resultado de una especie de “presunción de constitucionalidad” acerca de normas elaboradas por los representantes de la voluntad popular. Esta presunción adquiere seguramente mayor fuerza *“cuanto más directa sea la conexión entre el órgano y la voluntad popular, y llegará a su grado máximo en el caso del legislador”*<sup>9</sup>. Nos consta que el control de constitucionalidad efectuado por el legislador no se lleva a cabo con anterioridad sino con posterioridad a la entrada en vigor de la ley<sup>10</sup>. Además, la doctrina del Tribunal Constitucional español se ha encargado de dejar claro que *“el Tribunal, como intérprete supremo de la Constitución, puede declarar la nulidad de los preceptos legales que sean contrarios a ésta, pero puede hacerlo sólo en el momento en el que se concluye el proceso mediante una decisión razonada de dicha contradicción, y esto porque su autoridad es sólo una autoridad dentro de la Constitución lo cual ni le permite tomar libremente decisiones que puedan ser contrarias a aquélla que la voluntad de la representación popular pretende ni tampoco dejar sin efecto provisionalmente la promulgación acordada por el Rey”*<sup>11</sup>. Dicha presunción de

7 STC 53/1985, de 11 de abril, en virtud del cual *“la protección que la Constitución dispensa al “nasciturus” implica para el Estado dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales”*.

8 El modelo de la llamada justicia constitucional “mixta” se caracteriza por el hecho de que se incluyen elementos de los dos sistemas “puros”: centralizado-abstracto y generalizado-concreto.

9 STC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 3.

10 En materia, v. M. Á. Alegre Martínez, *El resurgimiento del debate sobre el control previo de constitucionalidad en España: experiencia y perspectivas*, en [http://www.iidpc.org/revistas/8/pdf/19\\_45.pdf](http://www.iidpc.org/revistas/8/pdf/19_45.pdf).

11 ATC 141/1989, de 14 de marzo, FJ 2. Esta doctrina ha sido reiterada en los AATC 462/1985, de 4 de julio, 128/1996, de 21 de mayo, 266/2000, de 14 de noviembre, y 58/2006, de 15 de febrero.

legitimidad de la que disfrutaban los actos o normas que emanan de poderes legítimos obliga a considerar como excepcional la posibilidad de suspender su vigencia o su ejecutoriedad.

Pues bien, el hecho de que este control de constitucionalidad venga efectuado en un momento sucesivo a la entrada en vigor de la ley puede traer consigo un elevado riesgo: el de que se produzcan daños irreparables durante el período intermedio que discurre desde que entra en vigor la ley hasta cuando ésta se declara inconstitucional.

De hecho, si hipotéticamente el sistema de justicia constitucional no hubiese tenido en cuenta la “presunción de la constitucionalidad” de la normas elaboradas por los representantes de la voluntad popular y se hubiese aplicado un sistema de control previo, seguramente se habrían obtenido ventajas y también mayor seguridad jurídica (porque entraría en vigor una ley ya previamente controlada) y además, se habría evitado el problema de tener que reparar los daños producidos por la norma que después se declara inconstitucional. Gracias a un control previo de la ley en el Ordenamiento no tendría repercusión alguna la ley declarada inconstitucional, tampoco se crearían lagunas a nivel normativo y se eliminaría por consiguiente cualquier tipo de dificultad o problemática relativa a los efectos temporales de la sentencia.

En resumen, el problema de los efectos que puede producir una ley durante el período que va desde su entrada en vigor hasta cuando eventualmente ésta viene declarada inconstitucional, se crea justo a raíz de esto, es decir, del hecho de que se realice un control sucesivo de la ley y no uno previo.

Teniendo en cuenta la “presunción de constitucionalidad” y las razones por las cuales no es aconsejable introducir un control previo de la ley, la solución más práctica consistiría en la previsión –para los casos más graves– de un poder que fuese capaz de suspender la eficacia de las leyes *erga omnes* hasta el momento de la decisión del TC.

Como punto inicial, con respecto a la legislación española, debemos recordar que la medida cautelar consistente en la facultad de suspender la ley que se sospecha que es inconstitucional está ya contemplada en la Constitución de 1978 para determinados supuestos<sup>12</sup>, siendo además esta facultad desarrollada por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979 (LOTIC) y sucesivas modificaciones.

En función del tipo de control de constitucionalidad de que se trate la disciplina será diferente.

De hecho, la suspensión de las leyes no está incluida en las cuestiones de inconstitucionalidad. En la Constitución no está previsto que una ley estatal que haya entra-

---

<sup>12</sup> Ex art. 161.2 CE, que prevé que la impugnación del Gobierno, “*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*”.

do en vigor no pueda después ser aplicada porque una medida de suspensión o una medida cautelar lo prohíba. Por consiguiente, resulta evidente que, según las determinaciones de la Constitución y la LOTC, no es posible acordar ninguna limitación a la aplicabilidad de la ley estatal por el hecho de que ésta haya sido impugnada ante el Tribunal Constitucional. Por lo tanto, de conformidad con el art. 1.1 LOTC, el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, “*está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica*” y el art. 163 CE afirma que los efectos de los recursos “*en ningún caso serán suspensivos*”. Por todo ello, según el art. 30 LOTC, la “*admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá ni la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley*”.

Sobre la base de tales disposiciones, una parte de la literatura<sup>13</sup> había decidido que la providencia de remisión no tuviese efectos de suspensión ni siquiera en el caso del juicio *a quo*. El fundamento de esta tesis tan restrictiva sería el resultado de una voluntad del poder legislativo para evitar el uso de la cuestión de constitucionalidad con fines meramente dilatorios. Esta interpretación debe sin embargo ser rechazada porque traería consigo conclusiones “sorprendentes”<sup>14</sup> o “absurdas”<sup>15</sup> o, en cualquier caso, incoherentes con la naturaleza “incidental” del control constitucional, o lo que es lo mismo, con la conexión con el juicio concreto *a quo* en el cual ha surgido la cuestión.

La solución preferida ha sido aquella de reconocer el efecto suspensivo de la providencia de remisión en el juicio *a quo*. Además de basarse en la exigencia de oportunidad y de la racionalidad, esta solución interpretativa se basa también en lo que el art. 38.3 LOTC establece, previendo que el TC, cuando decide acerca de cuestiones de constitucionalidad, debe comunicar inmediatamente la correspondiente sentencia al juez *a quo* para que éste tome la decisión del proceso y afirma que dicha decisión vincula al juez desde el momento en el que éste conoce de la cuestión.

En mi opinión, deberán ser resaltadas dos observaciones críticas acerca de la decisión del legislador de no prever poder suspensivo alguno en el caso de una cuestión de inconstitucionalidad de una ley que se sospecha que sea inconstitucional.

En primer lugar, como es sabido, después de la propuesta de la cuestión, la providencia de remisión del juez *a quo* debe ser publicada el Boletín Oficial del Estado, con el objeto de respetar el principio de publicidad que permitirá que dicha cuestión y la relativa pendencia de juicio de constitucionalidad pueda ser conocida no sólo por los ciudadanos sino también por los jueces en donde la determinada ley objeto de juicio deba ser aplicada. La regla de la publicación de la providencia de remisión res-

13 V., Rolla, *Giustizia costituzionale ed indirizzo politico in Spagna: prime riflessioni sull'esperienza del TC*, en *Quad. cost.*, 1984, 1304; P. Caretti - E. Cheli, *L'influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale*, en *Quad. cost.*, 1984, 1020.

14 Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, III ed., Paris, 1996, 100.

15 Bon, en Bon - Moderne - Rodríguez, *La justice constitutionnelle en Espagne*, Parigi, 1984, 94.

ponde entonces a la finalidad de “advertir” a los órganos judiciales. Pero, ¿cuáles son los remedios que los jueces comunes tienen a disposición a la hora de afrontar esta decisión? Al no verificarse ningún efecto suspensivo automático *erga omnes* a raíz de la propuesta de recurso, cada uno de los jueces se encontrarán ante una sola alternativa: aplicar la ley, emitiendo sentencia, o lo que es lo mismo, elevar a su vez cuestión de inconstitucionalidad ante el TC. En el primer caso, vale la pena resaltar que una declaración de inconstitucionalidad *a posteriori* legitimaría una revisión de la sentencia dictada mediante el remedio ordinario de impugnación, o si ésto no fuera posible, a través de una revisión de la sentencia en su fase ejecutiva. Es evidente *ictu oculi* que una solución de este tipo conlleva una deformación del sistema provocando inevitablemente una dilación de los tiempos de la justicia además de un perjuicio en la economía procesal.

En el segundo caso, en tal situación, los jueces para no emitir una sentencia “provisional” o “bajo condiciones” se verían obligados a dirigirse a su vez al TC, lo que conllevaría un colapso en las funciones del órgano constitucional<sup>16</sup>.

Problemáticas de este tipo son probablemente inevitables en cualquier sistema de control de constitucionalidad que esté basado en la distribución del poder en varios niveles<sup>17</sup>: por un lado, en la Magistratura y en el Tribunal Supremo, como órgano superior de la justicia ordinaria, a través de la técnica de la interpretación adecuada y la obligación de proponer la cuestión en caso de duda, y por otro lado el TC, como órgano central de uniformidad.

Vale la pena sin embargo destacar el hecho de cómo la eventual introducción del poder de suspensión con eficacia *erga omnes* en manos del TC ofrecería a los jueces una “escapatoria” respecto a la única alternativa actual que tiene a disposición, la aplicación/remisión, y les ahorraría la angustiada situación de tener que emitir una sentencia “provisional”.

En segundo lugar, una última reflexión. Constituye una realidad en España, a diferencia de otros países europeos, que los jueces comunes han hecho un uso, digamos “moderado”, de la cuestión de constitucionalidad, según algunos autores<sup>18</sup>, a causa de la poca receptividad de la magistratura, creada bajo el período franquista, hacia los nuevos valores constitucionales. Los jueces habrían preferido seguir un *iter*

16 Segundo F. Rubio Llorente, *Divide et obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los Derechos*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2003, 67, 62, el juez común, que tiene que aplicar una ley sospechosa de inconstitucionalidad, debería abstenerse de dictar sentencia y esperar la decisión del TC.

17 De hecho, estos problemas se repiten en forma similar también en el ordenamiento italiano como veremos *infra* § 3.1.

18 Crf. R. Romboli - R. Tarchi, *La giustizia costituzionale in Spagna*, en *Esperienze di giustizia costituzionale*, de J. Luther - R. Romboli - R. Tarchi, Tomo II, Giappichelli, Torino, 2000, 337. Según el autor, la difusión limitada de la cuestión de constitucionalidad se podría atribuir a la existencia del instrumento del recurso de amparo, a través del cual la parte puede directamente defender los derechos fundamentales protegidos por la Constitución.



más rápido y directo procediendo a la inmediata inaplicación de las leyes inconstitucionales en vez de limitarse a suspender el juicio y esperar a la intervención del TC. Sobre la base de esta última consideración, la previsión de un poder de suspensión en vía cautelar con eficacia *erga omnes* en manos del TC podría incentivar la propuesta de las cuestiones de constitucionalidad por parte de los jueces comunes y contribuir, a través de la interpretación uniforme puesta en manos de un único órgano central, a una mayor sensibilización hacia los valores constitucionales.

## 2.2. En los recursos de inconstitucionalidad

Siempre en España, la posibilidad de una suspensión como medida cautelar es admisible, bajo ciertas condiciones, en los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley del Estado y de las Comunidades Autónomas *ex art. 161.1, a), CE*. De hecho, el art. 161.2 CE<sup>19</sup> establece que el recurso contra las leyes, las disposiciones normativas o los actos con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas por parte del Gobierno producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida. Por el contrario, en caso de apelación de las leyes estatales por parte de las Comunidades Autónomas, no habrá efecto suspensivo, tal como se refleja indirectamente en el art.161.2 CE que prevé la suspensión automática sólo en el caso de impugnación de las leyes de las Comunidades Autónomas por parte del Gobierno.

Según algunos autores<sup>20</sup>, la razón de esta medida tiende a impedir que se produzcan situaciones jurídicas que, al amparo de la norma recurrida, podrían resultar de difícil o imposible reparación en caso de que la ley fuese declarada inconstitucional por el Tribunal.

Con respecto al procedimiento, la mera impugnación de las disposiciones de las comunidades autónomas realizada por el Gobierno, que hubieran sido señaladas como objeto de un recurso de inconstitucionalidad en el escrito de demanda, es suficiente para que el Tribunal decrete la suspensión inicial. La única condición para el actor es solicitarlo dentro del escrito inicial, sin otro tipo de formalismo que no sea el solicitarlo al Tribunal aludiendo al citado precepto constitucional. Al efecto, el Tribunal Constitucional decretará la suspensión de la norma recurrida una vez admitido el recurso a trámite. Ésta es la razón para que opere automáticamente la suspensión de la norma o de los preceptos de la misma que se enunciaron como objeto del recurso.

Con este razonamiento, no cabe duda de que el Poder Ejecutivo no tiene que motivar absolutamente nada en la solicitud de suspensión. Sin embargo, esta falta de

<sup>19</sup> Se debe tener en cuenta que el art.161 CE se refiere a “disposiciones”, mientras que el art. 30 LOTC se refiere a las leyes y decretos con fuerza de ley. Sobre la suspensión de las normas sin fuerza de ley, véase el art. 77 LOTC.

<sup>20</sup> Cfr. García Martínez, M.A., *El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad*, Madrid, Trivium Constitucional, 1992, nota 6, 175.

motivación produce, en la práctica, una cierta dificultad a la hora de preparar la defensa sobre la suspensión que proyectan los servicios jurídicos de las comunidades autónomas en el momento procesal donde se sustanciarán el incidente sobre el mantenimiento o la permanencia de los efectos suspensivos recaídos sobre las normas autonómicas enjuiciadas<sup>21</sup>.

Además, el mismo Tribunal Constitucional español, que originalmente<sup>22</sup> había excluido la posibilidad de que las partes pudiesen aportar sus alegaciones y observaciones antes de pasar el período de cinco meses, poco a poco, desde finales de los años ochenta, ha permitido que las Comunidades Autónomas presenten alegaciones y que puedan exigir la eliminación del efecto suspensivo sobre sus leyes, incluso antes de la extinción del plazo de cinco meses<sup>23</sup>. Por lo tanto, la revocación de la suspensión puede tener lugar no sólo de oficio por parte del Tribunal, como parece emerger de la citada disposición constitucional, sino también a solicitud de la parte<sup>24</sup>. En cualquier caso, el Tribunal, cuando concede audiencia a las partes procesales sobre el trámite que va a efectuar, y con independencia de que se motiven adecuadamente en sus escritos las posiciones sobre una u otra decisión, realiza una compleja ponderación de los intereses afectados, sean públicos o privados, y de los eventuales perjuicios de difícil o imposible reparación<sup>25</sup>. La ponderación que realiza el órgano de justicia constitucional acoge reglas y criterios de alcance general y tiene en cuenta, desde luego, su propia doctrina para determinar, en contraposición con las alegaciones de las partes, qué medida resultará menos perjudicial y cuál podrá afectar al principio de seguridad jurídica<sup>26</sup>.

No debemos olvidar que los efectos de la suspensión de la vigencia de la norma recurrida no se producen *ex nunc*, sino que se retrotraen al momento de la formalización de la demanda, esto decir, cuando es acogida por el Registro General del Tribunal Constitucional<sup>27</sup>. Por estos motivos, el Tribunal ha interpretado que los efectos de esta suspensión deben retroceder hasta el momento de la interposición del recurso, pero este *dies a quo* afectará en principio sólo a las partes que intervienen en el proceso. Para que la medida tenga efectos sobre terceros, el acuerdo suspensivo deberá ser publicado en el Boletín Oficial del Estado.

21 Cfr. Medina Guerrero, M., *Comentario al artículo 30*, en AA.VV., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado, 2001, nota 51, 449.

22 V. por ejemplo TC, auto n. 140/1987.

23 V. por ejemplo TC, auto n. 355/1989, auto n. 154/1994 e auto n. 221/1995. La existencia de este término para la suspensión de la ley es, sin duda, una garantía a favor de las comunidades autónomas contra la utilización arbitraria del art. 161.2 CE por parte del Gobierno. En este sentido, v. P. Vipiana, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova, 2008, 19.

24 Sobre la revocabilidad de la suspensión como una garantía para las Comunidades Autónomas v. C. Padula, *L'asimmetria nel giudizio in via principale*, Cedam, Padova, 2005, 87. De la posibilidad de las Comunidades Autónomas de solicitar la revocación de la suspensión v. R. Romboli - R. Tarchi, *La giustizia costituzionale in Spagna*, cit., 328.

25 Cfr. AATC 259 y 1269/1998.

26 Cfr. por ejemplo, AATC 88 y 90/1991.

27 Cfr. ATC 74/1991, FJ 2.

Una vez efectuada la declaración del Tribunal Constitucional relativa a la suspensión provisional de la vigencia de la norma recurrida, el auto<sup>28</sup> que genera tal decisión anulará los efectos suspensivos de la vigencia normativa o, en su caso, la convertirá en suspensión definitiva, y así permanecerá hasta que recaiga una sentencia para el recurso de inconstitucionalidad que lo resuelve<sup>29</sup>.

Por último, vale la pena detenerse en la cuestión de la disparidad entre Estado y Comunidades Autónomas en relación con la posibilidad de solicitar la suspensión. Teniendo en cuenta que las Comunidades Autónomas no tienen la oportunidad de solicitar la suspensión de las leyes estatales, como hemos visto, este procedimiento coloca al Estado en una posición de superioridad frente a los entes territoriales<sup>30</sup>. En estos juicios parece ser que el interés territorial se sacrifica por el de interés nacional, y ello produce la diferencia entre quien promueve el recurso (en defensa de un interés de mayor relevancia) y quien se encuentra como actor pasivo. En un marco constitucional y legal y en lo que se refiere a la suspensión de sus leyes, queda clara la existencia de una disparidad entre Estado y Comunidades Autónomas. El diferente tratamiento (efecto suspensivo si el Gobierno impugna las leyes de las Comunidades Autónomas - ningún efecto suspensivo si las Comunidades Autónomas son las que impugnan las leyes estatales) “*indica claramente (...) la desconfianza con la que la Asamblea Constituyente miró a las Comunidades Autónomas y el apoyo a todas las formas de estatismo*”<sup>31</sup>. Por estas razones, más que como una medida cautelar está considerado esencialmente un mecanismo de control político<sup>32</sup> que privilegia al Estado y obliga a la eficacia de las disposiciones normativas de las comunidades autónomas respecto a los contenidos materiales de su producción legislativa.

Como veremos más adelante (*infra* § 3.2.), en el ordenamiento italiano no existe esta disparidad de tratamiento entre Estado y entes locales, es más, recientemente el

28 Se hace la aclaración de que los acuerdos que determinan la suspensión provisional se realizarán en la forma de auto conforme a lo dispuesto por el artículo 86.1 (último enunciado) de la LOTC, que señala: “*Las otras resoluciones adoptarán la forma de auto si son motivadas o de providencia si no lo son, según la índole de su contenido*”. Asimismo, Fernández Farreres comenta que en los recursos de inconstitucionalidad contra leyes autonómicas, la invocación por el presidente del gobierno de la nación del art. 161.2 CE (artículo 30 LOTC) determina *ope legis* la suspensión automática. Cfr. *Comentario al artículo 86*, en AA.VV., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., nota 5, 1333.

29 Medina Guerrero nos recuerda que el Tribunal Constitucional tiene abierta siempre la posibilidad de revisar esta decisión “*en uso y aplicación de las amplias facultades de ordenación procesal que ostenta [ATC 128/1993, FJ 1]*”. Cfr. Medina Guerrero M., *Comentario al artículo 30*, cit., nota 51, 459.

30 Cfr. Allue’ Buiza, A., *Legitimación de las comunidades autónomas en el recurso de inconstitucionalidad*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1992, nota 1, 80, donde concuerda con la opinión de Pérez Royo, J., *La regulación de algunos aspectos del recurso de inconstitucionalidad: su influencia sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional en la Constitución Española de 1978*, en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, 1981, 2201.

31 R. Romboli - R. Tarchi, *La giustizia costituzionale in Spagna*, en *Esperienze di giustizia costituzionale*, de J. Luther - R. Romboli - R. Tarchi, cit., 328.

32 Cfr. Vecina Cifuentes, J., *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, Colex, 1993, 134 ss. Puede consultarse también a Navarro Munuera, E., *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*, en *Revista de Administración Pública*, 114, 1987, 213 ss.

legislador ha introducido una serie de reformas destinadas a la eliminación de cualquier tipo de discriminación dentro del ordenamiento a raíz del criterio que ha inspirado la llamada “paridad de las armas”. Bajo mi punto de vista, no me queda otra que desear en el ordenamiento español una reforma de este tipo, es decir, que legitime a las Comunidades Autónomas para poder solicitar la suspensión de las leyes estatales.

### 3. EL PODER DE SUSPENSIÓN EN ITALIA

#### 3.1. En los procedimientos incidentales

Después de haber examinado el poder de suspensión provisional en los juicios de constitucionalidad en el ordenamiento español, pasaré a analizar la legislación italiana. También en Italia, así como en España, no existe ningún efecto suspensivo tras la impugnación de una ley a través de la cuestión de constitucionalidad. En este sentido se señaló que “*sería una medida contra natura la suspensión del procedimiento ante el Tribunal Constitucional*”<sup>33</sup>.

Como ocurre en el modelo español, ésto obviamente no excluye la suspensión automática en el mismo proceso *a quo* que dió lugar a la cuestión, sino que deja el problema invariable para los jueces que, encontrándose en la situación de tener que aplicar la disposición impugnada, se ven obligados a elegir entre la aplicación de la ley suspendida o la interposición de la misma cuestión ante el Tribunal Constitucional.

Una alternativa es la posibilidad reconocida a las partes del proceso de solicitar directamente ante los tribunales ordinarios la suspensión a la espera del pronunciamiento por parte del organo constitucional<sup>34</sup>. El poder judicial para suspender la eficacia de un acto jurídico, con el fin de evitar los daños que puedan derivarse de la ejecución de mismo hasta la decisión judicial de mérito, está previsto desde hace tiempo en la legislación italiana<sup>35</sup>. La suspensión de los efectos de un acto puede ser, de hecho, adoptada en el orden judicial civil, de conformidad con el art. 700 del Código de Enjuiciamiento Civil. Este precepto prevé que los que tienen razones para creer que durante el tiempo que se tarda en hacer valer su derecho ante la jurisdicción ordinaria, y cuando éste se vea amenazado por un daño inminente e irreparable, puedan solicitar al juez la adopción de las medidas de emergencia más apropiadas y de carácter provisional para asegurar de esta manera los efectos de la decisión sobre el fondo, así como solicitar la suspensión de la ley. El poder de suspensión también fue

<sup>33</sup> G. Zagrebelsky, *La tutela d'urgenza*, en AA.VV., *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, 27 ss.

<sup>34</sup> En Italia, precisamente, en el juicio civil se puede tomar una medida de urgencia en conformidad con el art. 700 del Código de Procedimiento Civil; en cambio, en el juicio administrativo la solicitud de medidas cautelares está dictada por el art. 21, 8° co., l. de 6 de diciembre de 1971, n. 1034, (l. t.a.r.), modificada por la l. de 21 de julio de 2000, n. 205.

<sup>35</sup> En general, sobre el fenómeno de la suspensión de los actos jurídicos por parte de los jueces, v. G. Falzone, *L'inibitoria giudiziale dell'operatività degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1967, 5 ss.

atribuido a los tribunales administrativos: al Consejo de Estado (por el art. 39 r.d. de 26 de junio de 1924, n. 1054, que, después de haber previsto el carácter suspensivo del recurso, establece que, por motivos fundados y sobre la base de la petición del solicitante, la ejecución de los recursos administrativos puede ser suspendida mediante decreto motivado) y a los tribunales administrativos (por el art. 21, 7° co., de la ley de 6 de diciembre de 1971, n. 1034, que contiene una disposición similar<sup>36</sup>).

Sin embargo, la literatura italiana se ha siempre mostrado mayoritariamente contraria a la práctica seguida por algunos jueces en base a la cual se suspende el procedimiento a la espera de la decisión de la Corte, si se ven en la situación de tener que aplicar una disposición que sospechan inconstitucional y que anteriormente ya haya sido objeto de otra cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por otro juez o por el mismo juez en el curso de un procedimiento diferente. En el mismo sentido se ha consolidado la jurisprudencia de la Casación, órgano superior de la jurisdicción ordinaria italiana, según la cual la espera de la decisión del TC no puede ser utilizada por el juez ordinario como motivo/razón de suspensión del juicio del que conoce, independientemente del hecho de emitir providencia de remisión o de dirigirse él mismo al TC, en el caso de que se deba aplicar la misma norma objeto del juicio pendiente de constitucionalidad<sup>37</sup>. Y todo ésto, sobre todo si se tiene en consideración el derecho (que se violaría en caso de una mera suspensión) que se le reconoce a las partes del juicio *a quibus* para poder constituirse en el proceso de constitucionalidad y la obligación de transmitir los actos del juicio principal a la Corte constitucional.

Excluída entonces la posibilidad de que los jueces comunes puedan suspender automáticamente el proceso, falta valorar la propuesta *–de iure condendo–* de atribuir a la Corte Constitucional análogo poder con el objeto de evitar daños irreparables o tal vez graves a los derechos fundamentales. Según algunos autores, de hecho, sería conveniente la atribución al juez constitucional de un poder adecuado para la protección cautelar y que éste pueda ser un complemento útil para las garantías constitucionales, en términos de uniformidad en la protección efectiva de los derechos a través de la aplicación de una medida de eficacia general, con efectos *erga omnes*<sup>38</sup>. La suspensión de la ley se justificaría en tal caso, propiamente por el hecho de tener eficacia *erga omnes*: se perseguiría así la finalidad de la protección de los

36 L'art. 3, 1° co., de la l. de 21 de julio de 2000, n. 205 introduce en l'art. 21 de la ley n. 1034/1971, amplios poderes cautelares de los tribunales administrativos regionales, que se extienden al Consejo de Estado. Sobre el poder de suspensión del juez administrativo después de la ley 205/2000, v. C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Cedam, Padova, 2002.

37 Así, recientemente, v. Cassazione civile n. 118/2002.

38 En la literatura italiana, sobre el reconocimiento de la Corte constitucional de un poder cautelar en los procedimientos incidentales de constitucionalidad, v. R. Romboli, *La prospettiva costituzionalistica*, en *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali - Profili pubblicistici - Atti di un incontro di studi - Messina 26 settembre 2003*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 71 ss. La carencia de instrumentos adecuados de medidas cautelares en el procedimiento incidental fue abordado, en un contexto diferente, también por M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 13, según el cual *“en cuanto a la constitucionalidad de las leyes, el sistema italiano de justicia constitucional debe considerarse obsoleto: especialmente si se piensa que nuestra Corte constitucional no tiene competencia en cuanto a*

derechos inviolables y del orden constitucional en general, pasando a esferas jurídicas de las cuales sólo las partes del juicio *a quo* son titulares. Con la intención de conciliar el carácter centralizado del control de la constitucionalidad de las leyes con el principio de tutela judicial efectiva, cuando los intereses así lo requieran, se podría admitir por tanto una forma limitada de control generalizado que permitiese la concesión de la suspensión de la ley impugnada.

El poder cautelar de la Corte Constitucional, por otro lado, podría actuar como una útil integración de la protección ofrecida por los jueces ordinarios, dado que en el contexto de un proceso “*sin partes*”<sup>39</sup> como el juicio incidental de legitimidad constitucional, el poder cautelar sólo puede ser visto como un poder de oficio.

### 3.2. En los procedimientos principales

Siempre desde una perspectiva de derecho comparado, merece la pena señalar que como sucede en España (*retro* § 2.2.), también en Italia en los procedimientos principales se ha abierto el camino<sup>40</sup> a una protección cautelar más eficaz, mientras se espera el juicio constitucional, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de especial relevancia que se podrían ver irreversiblemente afectados por esta espera procesal.

---

*poderes de emergencia o cautelares*”. La Corte, por lo tanto, debería interpretar por analogía el art. 35, l. n. 87/1953, para el ejercicio del poder de suspensión también en el proceso incidental.

39 R. Romboli, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, Giuffrè, 1985.

40 En la literatura italiana, sobre la suspensión de la ley, antes de la concesión expresa de este poder a la Corte Constitucional, los aportes fundamentales de: A. Predieri, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, en *La giustizia costituzionale*, de G. Maranini, Firenze, 1966, 173 ss.; A. Pace, *Decreti legislativi d'esproprio e tutela cautelare*, en *Giur. cost.*, 1968, 594 ss.; del mismo Autor, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impugnate per incostituzionalità*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 517 ss. y en *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova 1972, 1197 ss.; también v. M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, cit., 4 ss.; A. Falzone, *L'inibitoria giudiziale degli atti giuridici con particolare riguardo agli atti amministrativi*, cit. Recientemente, pero antes de la aprobación de la l. 131/2003, A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2001, 293-294. Sobre l'art. 9 de la l. 131/2003, en relación con a los trabajos preparatorios, v. A. Nania, *La sospensiva cautelare: dal conflitto di attribuzioni fra Stato e Regioni al giudizio sulle leggi*, en *www.federalismi.it*, (18 abril 2002); M. D'Amico, *Corte costituzionale e riforma del titolo V: adeguamenti ragionevoli e disposizioni problematiche*, en *www.federalismi.it*, (6 mayo 2002); F. Drago, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato titolo V*, en *www.federalismi.it*, 11 abril 2003. Sobre l'art. 9 de la l. 131/2003, en la versión finalmente aprobada, v. E. Gianfrancesco, *L'incidenza della riforma sui giudizi costituzionali*, relación en la sesión del Grupo de Pisa “*La riforma del Titolo V e la giurisprudenza costituzionale*”, Pavia, 6-7 junio 2003. En la misma línea v. también F. Marcelli - V. Giammusso, *La legge 5 giugno 2003, n. 131, Disposizioni per l'adeguamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 Commento agli articoli, Art. 9*, Roma, Senado de la República, Departamento de Estudios, 2003, 269 ss.; C. Pinelli, *Attuazione degli articoli 123, secondo comma, e 127 della Costituzione, in materia di ricorsi alla Corte costituzionale*, en *Legge “La Loggia”, Commento alla L. 5 giugno 2003 n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Rimini, Maggioli, 2003, 180 ss.; P. Caretti, *Il contenzioso costituzionale*, en G. Falcon (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna, il Mulino, 2003, 183 ss.; el mismo volumen v. las consideraciones de G. Falcon, *Introduzione. Nuove questioni sul percorso istituzionale italiano*, 11 ss.; E. Lamarque, *Art. 9, en L'attuazione del nuovo titolo V, parte seconda, della Costituzione, Commento alla legge “La Loggia”, (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, de E. Lamarque, P. Cavaleri, Torino, Giappichelli, 2004, 229 ss.; R. Romboli, *La prospettiva costituzionalistica*, cit., 71 ss.

Antes de nada, es necesario tener presente que en Italia, originariamente estaba previsto, sólo en las leyes regionales, un tipo de control previo. Con la l. const. de 18 de octubre de 2001, n. 3 dicho control ha sido eliminado y sustituido por el control de carácter sucesivo. Tal modificación ha sido introducida en un amplio cuadro de reformas previsto en el Título V de Constitución, destinado a revalorizar las instancias de carácter autonómico de las regiones, y por consiguiente, para eliminar la llamada “asimetría” que caracterizaba la posición del Estado y de las regiones que se encontraban bajo el precedente régimen jurídico. La l. const. 3/2001 antes y la l. 131/2003 después se han ocupado de eliminar todas las diferencias existentes entre Estado y regiones, y sobre todo en lo que se refiere a las impugnaciones de las leyes en vía principal ante la Corte Constitucional, con la finalidad de reconocer, bajo este importante perfil, la paridad de dignidad de ambos sujetos. Las reformas han sido realizadas con la intención de eliminar progresivamente los defectos existentes según se tratase de un recurso estatal referido a una ley regional o de un recurso regional referido a una ley estatal, dejando clara la posición netamente favorable para el Estado y por lo tanto determinando una posición de “inferioridad” para las regiones.

La eliminación del control previo de las leyes ha traído consigo el hecho de que algunos autores<sup>41</sup> hayan podido evidenciar que la inmediata entrada en vigor de la ley regional puede acarrear elevados riesgos sobre todo en lo que se refiere a las lesiones irreparables en los bienes jurídicos implicados<sup>42</sup>, especialmente en los derechos constitucionales. Justo por este motivo, el legislador italiano del 2003 ha introducido la institución de la suspensión cautelar poniéndola en manos a la Corte Constitucional.

Se ha presentado entonces en Italia el problema acerca de cuál es la fuente normativa idónea para poder introducir tal poder de suspensión cautelar de la ley impugnada. En la literatura italiana, a tal propósito, han surgido tres orientaciones, sobre la base de si la fuente idónea que prevea la suspensión de la ley venga reconocida: a) en la ley constitucional; b) en la ley ordinaria; c) en actos normativos de grado inferior a la ley.

En lo que se refiere a la primera de las tesis apenas mencionadas, ésta hallaba su fundamento en el hecho de que a una ley ordinaria no se le podría reconocer el poder de establecer una ulterior causa de cesación, aunque sí de manera temporal, de la eficacia de los actos normativos del mismo grado<sup>43</sup>.

41 Así, E. Malfatti - S. Panizza - R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2003, 181.

42 En este sentido, el principio de la jurisdicción efectiva depende en muchos casos por la inmediatez del juicio. V. P. Giocoli Nacci, *Considerazioni in tema di tutela cautelare*, en *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale, Atti del convegno*, Trieste, 26 - 28 mayo 1986, Giuffrè, Milano, 1988, 509; P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 6.

43 Esta es la posición de A. Anzon, *I poteri delle regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Torino, Giappichelli, 2002, 207; P. Caretti, *Il contenzioso costituzionale. Commento all'art. 9*, en G. Falcon, *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, cit., 195; C. Pi-

Quienes, sin embargo, defendían la segunda tesis, en concreto la que después ha seguido el legislador italiano, apelaban el hecho de que la materia no fuese respaldada de una reserva de ley constitucional<sup>44</sup>.

Otros, finalmente, configuraban la suspensión de las leyes o de los actos con fuerza de ley como un poder cautelar “implícito” en el más amplio poder de la Corte de declarar la inconstitucionalidad, por lo que, “*la previsión de un poder cautelar en el juicio principal mediante una ley ordinaria en realidad vuelve explícito e incontestable un corolario que ya se encontraba incluido en la impugnabilidad de la ley misma*”<sup>45</sup>. En otras palabras, según esta última tesis, la Corte podía ejercitar el poder de suspensión incluso en ausencia de una ley que la autorizase a ello, desde el momento en que el poder cautelar deba considerarse un accesorio inseparable del poder jurisdiccional (v. *infra* § 4).

*De iure condito*, como hemos mencionado, en Italia, el poder de suspender la ley –estatal o regional– por parte de la Corte Constitucional fue introducido en el proceso principal de constitucionalidad<sup>46</sup> (pero no en el proceso incidental, como sucede en el ordenamiento español) por el art. 9, 4º co., de la ley de 5 de junio del 2003, n. 131, que modificó el art. 35 de la ley de 11 de marzo del 1953, n. 87. La l. 131/2003, da la posibilidad por primera vez a la Corte Costitucional de suspender la eficacia de la legislación<sup>47</sup>.

Esta reforma ha introducido una innovación importante en Italia, no tanto por el tipo de facultad prevista, sino por el objeto sobre el cual se puede ejercer: los actos legislativos. De hecho, la ley ha introducido la suspensión cautelar en los procedimientos principales sin definir directamente el contenido de las medidas que pueden ser emitidas por la Corte: la norma se limita a establecer que la Corte puede adoptar de oficio las medidas contempladas en el art. 40 de la misma ley. Esta última disposición prevé la suspensión, durante el juicio, de la ejecución de los actos que dieron origen a la contienda de competencia entre el Estado y la región o entre las regiones. Para ser más precisos, el art. 35 de la l. 87/1953, en su versión modificada en el 2003, establece que, si la Corte considera que la ejecución de un acto impugnado puede representar un riesgo de daño irreparable para el interés público o para el sistema

---

nelli, *Commento all'art. 9*, en AA.VV., *Legge la Loggia. Commento alla l. 5 giugno 2003, n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Rimini, Maggiori, 2003, 187.

44 Sostienen esta tesis F. Drago, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato Titolo V*, cit., 21 ss. e A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi auto applicative impugnate per incostituzionalità*, cit., 529.

45 A. Cerri, *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, en *Giur. cost.*, 2006, 2444.

46 Para un estudio monográfico sobre el poder de suspender las leyes en los procedimientos principales de constitucionalidad, v. *amplius* E. Lamarque, *Commento all'art. 9*, en *L'attuazione del nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione. Commento alla legge “La Loggia” (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, de P. Cavaleri - E. Lamarque, cit.; G. Ruggeri, *Commento all'articolo 9*, en AA.VV., *Il nuovo ordinamento della Repubblica. Commento alla l. 5 giugno 2003, n. 131 (La Loggia)*, Giuffrè, Milano, 2003, 572.

47 Para un análisis detallado de los casos en que la Corte Constitucional italiana ha recurrido a esta nueva medida cautelar, vease, como primeras aplicaciones, auto nn. 116, 117, 118, 119 del 2004, y sentt. nn. 196 y 198 del mismo año. A continuación, vease sent. 62/2005; auto 245/2006; sent. 367/2007, sent. 401/2007. Más tarde, en 2009, vease sentt. nn. 200, 225, 249, 250, 251, 254.



legal o si considera que dicha ejecución puede causar un perjuicio grave e irreparable en los derechos de los ciudadanos, puede suspender la ley de oficio.

En cuanto a las condiciones para la adopción de la medida cautelar se refiere, éstas consisten en el *periculum in mora* y en el *fumus boni iuris*. El *periculum in mora* puede consistir, en tres situaciones diferentes: el riesgo de daño irreparable para el interés público, para el sistema legal o el riesgo de poder representar un perjuicio grave e irreparable para los derechos de los ciudadanos (art. 35, l. 87/1953). Se deduce que el *periculum*, tomado como base de la medida cautelar, debe estar relacionado con la violación del derecho constitucional planteado por el recurrente ante el Tribunal. En lo que respecta sin embargo a la segunda condición, el *fumus boni iuris*, decir que ésta consiste en la necesidad del juez de deliberar acerca de la consistencia de la demanda de la parte actora, lo que evidencia la instrumentalización entre el procedimiento *a quo* y aquel constitucional.

Otro aspecto digno de consideración es el relativo al juicio contradictorio, en el procedimiento destinado a la suspensión cautelar, activado a instancia de parte. La Corte no tiene obligación alguna de asegurar que el procedimiento cautelar se desarrolle durante el juicio contradictorio. Por consiguiente, la instancia de parte se trata sólo de un impulso que llega a la Corte, pero después sólo ésta podrá decidir si tomarla en consideración o no, y en caso afirmativo, valorar si es oportuno proceder (de oficio) a la suspensión de la ley. En definitiva, es a la Corte, protagonista de esta “fase” cautelar, a quien, una vez más, corresponde con plena discrecionalidad la decisión de proceder, a instancia de parte, a la suspensión durante el juicio contradictorio – y, *a fortiori*, cuánto alargarlo – o *inaudita altera parte*.

En lo que se refiere a los efectos de la suspensión, otro aspecto que debe ser examinado es el relativo a los sujetos sobre los cuales se despliegan los efectos de la suspensión. En los juicios ordinarios, la suspensión produce un efecto de paralización temporal de la ejecución del acto jurídico objeto del juicio. La suspensión de una ley crea de hecho “*un paréntesis temporal de duración (determinada o indeterminable) en la eficacia de las disposiciones individuadas por ésta, disminuyendo la producción de normas para cualquier tipo de relaciones jurídicas, incluso para aquellas que estén pendientes en el momento de la suspensión*”<sup>48</sup>. En particular, la literatura se ha preguntado si en el caso de una norma impugnada por una determinada región y después suspendida por la Corte, los efectos de dicha suspensión afectan sólo a la región recurrente o si por el contrario afectarán al resto de las regiones. Parece preferirse la segunda solución. Antes de nada, decir que no sería razonable que una ley estatal válida *erga omnes* tuviese aplicación en todas las regiones excepto en aquella o aquellas que han impugnado la norma y solicitado su suspensión. En caso contrario, se crearía una situación de disparidad de tratamiento entre ciudadanos de distintas regiones, vulnerando claramente el principio de igualdad establecido en el art. 3 de la

48 R. Dickmann, *Osservazioni sull'esercizio del potere sostitutivo mediante sospensione in via legislativa di leggi regionali*, en [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 3/2007, 6.

Const. Además, si es cierto que la instancia de parte es una mera solicitud dirigida a la Corte, pero que ésta después puede disponer de oficio la suspensión, se revela que la decisión de suspender la ley se produce independientemente de la solicitud realizada por la parte interesada. Entonces, la medida cautelar de la suspensión de la ley produce normalmente efectos *erga omnes*<sup>49</sup>.

El art. 9 de la l. 131/2003 establece además, con el objetivo de reducir al mínimo el período de suspensión de la ley, que en caso de suspensión la audiencia sea fijada en un plazo sucesivo de treinta días y que el dispositivo de la sentencia sea depositada en un plazo de quince días desde el momento de la audiencia. Se deduce que en el plazo de treinta días la Corte debe fijar la fecha de la vista pública y no sólo que la Corte tenga la obligación de fijar en ese plazo la fecha de la vista incluso en un período sucesivo a los treinta días.

Hemos visto cómo en Italia, a diferencia de España (*retro* § 2.2), el poder de suspensión en los juicios principales ha sido introducido recientemente, en el 2003, con una validez todavía más amplia que en España, dado que el poder se ha extendido no sólo a las leyes regionales sino también a las estatales. Con su reforma, el legislador italiano se ha inspirado en el llamado principio de “paridad de las armas”; no obstante la ocasión de la modificación haya nacido en un momento sucesivo a la abolición del control previo de las leyes regionales, para evitar que las leyes regionales que ya hubiesen entrado en vigor se revelasen después inconstitucionales y pudiesen producir daños irreparables a los derechos fundamentales. Pues bien, la situación que ha empujado al legislador italiano a prever el instituto de la suspensión cautelar ha sido propio el “temor” de que las leyes regionales fuesen eventualmente inconstitucionales. A pesar de ésto, el legislador italiano ha introducido la suspensión no sólo para las leyes regionales sino también para aquéllas estatales. Con base en ésto, muchos autores<sup>50</sup> sostienen la exigencia de extender a Italia un poder análogo también en el ámbito del juicio en vía incidental, dotando en cualquier caso, al juez constitucional, de un poder cautelar que le permitiría suspender la ley con eficacia *erga omnes*.

#### 4. EL AUTO 90/2010 DE 14 DE JULIO SOBRE EL ABORTO: ¿CONFIRMACIÓN DE UNA DOCTRINA CONSOLIDADA O LA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA UN OVERRULLING JUDICIAL?

Después de haber examinado el poder de suspensión provisional de los órganos de la justicia constitucional en los juicios de constitucionalidad en España y en Italia,

49 Pero no podemos excluir que produzca efectos sólo para una parte determinada del territorio nacional, si el riesgo de perjuicio se limita sólo a ese territorio, especialmente para las regiones con autonomía especial. Específicamente sobre el punto, v. M. Salvago, *Il potere cautelare della Corte costituzionale nel giudizio in via d'azione*, en [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 10 de febrero de 2010, 42 ss. Más en general, sobre el concepto de relevancia en la Justicia constitucional italiana, v. M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984.

50 Así, E. Malfatti - S. Panizza - R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., 182

queda por analizar la solución ofrecida por el Tribunal Constitucional español, a raíz del recurso contra la Ley Orgánica de 2/2010 sobre el tema del aborto.

Con el auto 90/2010, de 14 de julio, publicado en el Boletín Oficial español de 9 de agosto de 2010, núm. 192, el Tribunal Constitucional ha rechazado la posibilidad de suspender la ley del Estado.

De hecho, el Tribunal Constitucional no ha aceptado las alegaciones realizadas en el recurso dado que no justificaban la compatibilidad con la medida solicitada y el art. 30 LOTC. Tampoco ha aceptado la forma de evitar los obstáculos que éste artículo impone. En particular, los demandantes alegaban que la adopción de la medida cautelar solicitada era compatible con lo dispuesto en el art. 30 LOTC pues, a pesar del tenor literal de éste, lo que el precepto impide es la suspensión de la aplicación de la ley impugnada y no la de aquellos preceptos concretos de cuya constitucionalidad se duda. Según la interpretación del Tribunal Constitucional esta teoría interpretativa del art. 30 LOTC debe ser rechazado, ya que no es posible contrastar de manera razonada su propio tenor entre la ley en su globalidad y los concretos preceptos de la misma que hayan sido impugnados para delimitar el objeto de la regla del reiterado art. 30 LOTC<sup>51</sup>. La interpretación del precepto de manera acorde con las previsiones constitucionales y sistemáticamente con los demás preceptos de la LOTC reguladores de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad conduce a la inequívoca conclusión de que la imposibilidad de suspender la vigencia de una ley se refiere tanto a ésta en su conjunto como a los preceptos que la integran. Según el Tribunal Constitucional, tal planteamiento respeta la naturaleza del procedimiento del recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 162.1.a CE y las reglas de legitimación aplicables. Es éste un procedimiento de control abstracto de constitucionalidad de una ley, en el que no se ventilan derechos o intereses propios de los actores, como ocurre en los procedimientos civiles o en los recursos contencioso-administrativos, incluídos aquellos dirigidos a la impugnación de una disposición general de rango infralegal. Como ha declarado el Tribunal, la legitimación que se atribuye a “*partes de un órgano constitucional*” para interponer el recurso de inconstitucionalidad responde “*a la alta cualificación política que conlleva su respectivo cometido constitucional*”<sup>52</sup> y “*no la otorga la Constitución en atención a un interés propio de quienes la reciben*”<sup>53</sup>.

51 En todo caso, tal interpretación ha sido desmentida por la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre solicitudes análogas a la presente –denegándolas– en supuestos en los que se impugnaban preceptos concretos de la disposición legal: ATC 462/1985 (referido al artículo 119 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ATC 141/1989 (solicitud de suspensión limitada al artículo 112, a) y c), de la Ley de Costas, ATC 226/2000 (suspensión de los artículos 7.2 y 8, y disposición transitoria del Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones, en relación con la inspección técnica de vehículos), y 58/2006 (suspensión restringida al artículo 2.2 de la Ley 21/2005, de 17 de noviembre, en relación con la devolución a particulares de documentos del Archivo General de la Guerra Civil).

52 Literalmente, STC 5/1991, de 13 de febrero, FJ 3.

53 Literalmente, STC 86/1992, de 8 de junio de 1992, FJ 2.

Para apoyar las razones de la suspensión, los solicitantes se habían basado también en el hecho de que el Tribunal Constitucional podría plantear el mecanismo de la llamada “autocuestión” de la constitucionalidad ex art. 30 LOTC, lo que, de hecho, daría lugar a la suspensión de la aplicación de las disposiciones impugnadas. En este punto, sin embargo, vale la pena recordar, como ha subrayado la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>54</sup> que el planteamiento de la autocuestión de constitucionalidad sólo está previsto en el juicio de amparo, de conformidad con el art. 55.2 LOTC. En la autocuestión, el juicio se limita al perímetro delineado por el *thema decidendum* del recurso de amparo<sup>55</sup>. Sin embargo, como se desprende de los artículos 163 CE y 35.3, LOTC, el efecto producido por la autocuestión no es suspender la vigencia de la ley que se impugna, sino sólo el proceso judicial en el que se planteó la duda de constitucionalidad.

En resumen, los argumentos expuestos no logran desvalorizar la reiterada doctrina del Tribunal constitucional sobre la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, porque, en general, ni la Constitución ni la Ley Orgánica han previsto la posibilidad de suspender la eficacia de una ley estatal mientras dure el proceso de constitucionalidad.

Por último, vale la pena recordar que la decisión del Tribunal Constitucional español no fue unánime, ya que fueron emitidos votos particulares por parte de algunos jueces<sup>56</sup>. La decisión fue adoptada con seis votos a favor y cinco en contra.

Para los jueces constitucionales en contra, la suspensión de la ley sobre el aborto hubiera sido necesaria, ya que, por primera vez en la historia del orden constitucional, se había presentado un caso en el que durante el proceso de control podría haber acaecido, en virtud de la ley impugnada, la muerte de personas, daños irreversibles para la vida – entendido como bien jurídico/constitucional tutelado. Precisamente, a causa del carácter excepcional del caso, sería deseable, de acuerdo con esta opinión minoritaria, un *overruling* sustancial de la doctrina constitucional en materia de la suspensión provisional. Según esta perspectiva, la regla general de la prohibición de suspender la eficacia de las leyes estatales debería ser anulada en caso de que la validez *medio tempore* de estas leyes pueda producir daños irreversibles a los derechos fundamentales, como en este caso, el derecho a la vida. Anteriormente, los casos que fueron analizados por el Tribunal Constitucional tenían un carácter muy diferente (designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, las reservas naturales y las competencias sobre los documentos de la Guerra Civil española): en este caso era el derecho a la vida, *prius* de todos los derechos fundamentales.

54 V. SSTC 40/1989, de 16 de febrero, FJ 2, e 48/2005, de 3 de marzo, FJ 6.

55 V. STC 149/2000, de 1 de junio, FJ 2.

56 En concreto, han expresado su votos particulares, los magistrados Javier Delgado Barrio, Eugeni Gay Montalvo, Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y Ramón Rodríguez Arribas (a cuyo voto particular se ha unido el Vicepresidente Guillermo Jiménez Sánchez).

Además, los jueces minoritarios han observado que la inexistencia de una disposición explícita en la LOTC que autorice la suspensión de una ley estatal no se debe a la voluntad del legislador, sino que se trata de una laguna tras la reforma de la LOTC, que inicialmente preveía la posibilidad de un control preventivo de legitimidad de las leyes orgánicas<sup>57</sup>. Esta tesis de los jueces minoritarios, se basa en el reconocimiento del poder de la suspensión como un poder implícito del Tribunal Constitucional para adoptar las medidas cautelares necesarias para preservar el objeto del proceso y la efectividad de la decisión futura, para evitar daños irreversibles relacionados con los derechos humanos fundamentales, como es el derecho a la vida.

Pues bien, al comentar el auto del TC objeto de examen, incluso después de una comparación con la disciplina de la suspensión cautelar en la justicia italiana, consideramos que es necesario concentrarnos en este último argumento. De hecho, hemos visto ya *retro* § 3.2 como en el ordenamiento italiano ha sido ya consolidada por la doctrina desde hace tiempo la tesis sobre la base de la cual el poder cautelar para suspender la ley se deba considerar “implícito” en la importante función jurisdiccional de la cual la Corte Constitucional es titular y que ejerce a la hora de juzgar las leyes.

En este sentido, permítaseme hacer presente una cosa: resulta clara la estrecha conexión que existe entre el tiempo necesario para que se concluya un proceso y la efectividad de la tutela invocada que éste debe garantizar<sup>58</sup>. Por este motivo, en los juicios ordinarios, “*para evitar no sólo que la eficacia práctica del proceso se vea frustrada (...), sino también que la eventual sentencia favorable para quien ha iniciado el juicio se reduzca a un mero flatus vocis*”<sup>59</sup>, los jueces, durante el juicio, pueden intervenir con tempestividad y en línea provisional.

Este inseparable binomio “tiempo/efectividad de la tutela”<sup>60</sup> encuentra su fundamento constitucional ya sea en el ordenamiento italiano como en el español, en relación al derecho de defensa, a los principios del debido proceso y de la razonable duración de los tiempo procesales.

57 El control preventivo de la legitimidad sobre los proyectos de los Estatutos de Autonomía y sobre las leyes orgánicas ha sido eliminado por la Ley Orgánica 4/1985 de 7 de junio, que derogó el cap. II del título VI de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre. La primera ley sobre el aborto había sido objeto de este tipo de control.

58 Ésta es la cd. “efectividad de la protección judicial de los derechos”. Sobre este punto cfr. G. Chiovenda, *Sulla perpetuatio iurisdictionis*, en *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, Roma, Foro Italiano, 1930, 274, que afirma que existen “una serie di norme che (...) tutte si riconducono a questa idea fondamentale, che la durata del processo, il tempo necessario per la definizione della lite, non deve andare a danno del diritto dell’attore”; y A. Proto Pisani, *Chiovenda e la tutela cautelare*, en *Riv. dir. proc.*, 1988, 19 ss.

59 G. Falzone, *L’inibitoria giudiziale dell’operatività degli atti giuridici*, cit., 2.

60 La íntima conexión entre una medida cautelar, como es la suspensión de las leyes, y la dimensión temporal del proceso está bien descrito por las palabras de F. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale*, Padova, Cedam, 1936, 205: “*la durata del processo è uno di quei suoi umani difetti, i quali, per quanto ne possa essere perfezionato il regolamento, non potranno mai eliminarsi del tutto; per quanto, come si suol dire, la giustizia possa essere rapida, tra l’inizio e la fine del processo (...) corre necessariamente un periodo di tempo, (...) con tutti i danni che ne derivano. Non è pertanto difficile comprendere come la prevenzione di questo danno abbia determinato misure dirette (...) a una sistemazione provvisoria della situazione*”.

En lo que a Italia se refiere, ténganse presentes a tal propósito los artt. 24<sup>61</sup> y 113<sup>62</sup> de la Constitución, a los cuales debe añadirse el art. 111 Const. que, entre los principios del debido proceso, comprende el de la “razonable duración”, promulgado en el art. 6, par. 1 de el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>63</sup>.

Esto significa que el poder cautelar se encuentra seguramente incluido en todas las formas de tutela jurisdiccional en las cuales se ponen de relieve derechos subjetivos y intereses legítimos, como por ejemplo, en el proceso civil y administrativo. Pero dicho poder también debería considerarse connatural a otras formas de tutela que se sirven del método jurisdiccional, incluido el proceso constitucional<sup>64</sup>. Para concluir y al margen de cuál sea la finalidad del proceso constitucional, debe garantizarse una tutela judicial efectiva. Si no fuera así, el papel que desarrolla el órgano constitucional en el ordenamiento resultaría carente de contenido, dado que sus decisiones podrían resultar *inutiliter datae* a causa de la influencia de factores externos durante el proceso constitucional, como pueden ser, por ejemplo, el tiempo y las consecuencias irreparables que en la práctica pueden ser causadas por una ley inconstitucional.

Dicho ésto y volviendo al tema del poder de suspensión de las leyes, queda claro que su ejercicio es necesario donde exista la intención de “*impedir que la decisión definitiva que a continuación emitirá [la Corte] resulte por un motivo o por otro tardía y por lo tanto no idónea para restablecer eficazmente el orden constitucional de las competencias*”<sup>65</sup>.

Entonces, el poder para suspender las leyes es un poder que deriva de los principios constitucionales que garantizan la efectividad de la tutela. Se trata de un poder cautelar implícito en el juicio de constitucionalidad de las leyes<sup>66</sup>, que podría tranqui-

61 Cfr. I. Andolina - G. Vignera, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, Giappichelli, 1997, 65, según el cual el art. 24 Cost. sería un recipiente vacío, si fuese interpretado como una mera declaración de un derecho a la tutela judicial separado del principio de efectividad “*il quale, esaltando tutte le potenzialità garantistiche latenti nelle norme costituzionali consente di ascrivere a quelle norme un significato “forte”, che possa avere un’incidenza concreta e diretta sul progresso evolutivo delle istituzioni processuali*”

62 Cfr. Corte cost. sentencia n. 419 del 1995, donde se afirma que “*una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (...) altro non sarebbe che un’inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 Cost., i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto*”.

63 Sobre el derecho a la tutela judicial como uno de los principios fundamentales del ordenamiento v., *ex multis*, Corte cost. sentt. n. 98/1965 y n. 2/1982. Sobre la estrecha relación entre la tutela judicial efectiva y medidas cautelares cfr. Corte cost. sentt n. 32/1970; n. 284/1974; n. 253/1994; n. 249/1996; y Corte de Justicia sentencias *Factortame*, 19 de junio de 1990 (juicio 213/89); *Zuckerfabrik*, 21 de febrero de 1991 (juicios 143/88 e 22/89); *Atlanta*, 9 de septiembre de 1995 (juicio 465/93). Por último, sobre la duración razonable de los juicios según la Corte europea v. sentencia *Scordino*, 27 de marzo de 2003 (juicio 36813/1997).

64 Una confirmación en este sentido viene de la Corte costituzionale italiana, y en particular por la sentencia del 23 de marzo de 2001, n. 76.

65 Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam, 1984, 440.

66 Cfr., entre los autores italianos, v. A. Cerri, *Il potere cautelare*, cit., 2444 e 2445; G. Zagrebelsky, voce *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 712, que cree que el poder de suspensión también está implícito en los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, en virtud

lamente ser entendido incluso en donde no esté expresamente previsto, como por ejemplo en Italia en los juicios en vía incidental.

Estas mismas consideraciones que hemos desarrollado en el ámbito del ordenamiento italiano, con ocasión de la introducción en el 2003 del poder de suspensión de los juicios principales, podrían ser válidas también en el ordenamiento español. En este sentido, también al TC podréa serle reconocido, en el ámbito del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, el poder implícito de recurrir a la llamada tutela cautelar, incluso allí en donde no esté expresamente previsto y, por lo tanto, en las cuestiones de constitucionalidad y en los recursos contra leyes estatales, como por ejemplo en el caso de la ley sobre el aborto. Esto permitiría, por un lado, que en las cuestiones de inconstitucionalidad se le evitase a los jueces el tener que pronunciar una sentencia provisional o el tener que impugnar a su vez la ley, por otro lado, en los recursos de inconstitucionalidad, sería posible desarrollar el principio de la “paridad de las armas” entre Estado y Comunidades Autonomas, como por otra parte se ha ya hecho en Italia.

Tales consideraciones resultan todavía más hirientes en este caso concreto, en el cual están en juego, como ya ha evidenciado una minoría de jueces constitucionales, los derechos fundamentales del hombre, siendo inevitable que –mientras se espera la decisión del órgano constitucional– se produzcan daños graves e irreversibles del bien jurídico de la vida humana.

Por este motivo, *pro futuro*, y en ausencia de una reforma legislativa que introduzca expresamente el poder de suspensión, no podemos hacer otra cosa que esperar el denominado *overruling* en vía jurisdiccional, que pueda finalmente reconocer entre los poderes que se le atribuyen al TC, el de suspender en vía cautelar las leyes sometidas a juicio, incluso las estatales, mientras se espera la sentencia definitiva.

---

de “*principio dell’effettività della garanzia costituzionale, pregiudicata dai tempi ordinari di svolgimento del giudizio*”; M. Massa, *I poteri cautelari nei conflitti di attribuzioni*, en *Quad. cost.*, 2002, 264 ss., según el cual “*trova crescente spazio l’idea che nell’ordinamento sussista un principio di necessità della tutela cautelare in tutte le esperienze processuali, in grado di anticipare tutti gli effetti della decisione finale*”. Contra G. Falzone, *L’inibitoria giudiziale*, cit., 13; E. Lamarque, *Commento all’art. 9*, cit., 253; P. Vipiana, *Il potere di sospensiva*, cit., 49.

