

# CIRCULARES Y CONSULTAS

## Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado

### LA ACTUACION DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

— Circular número 1/1986, de 14 de febrero —

Con ocasión de iniciar sus actividades el Tribunal Constitucional la Fiscalía General del Estado elaboró la Circular 3/1980, de 23 de junio, en la que, en el epígrafe referido a “Cuestiones de Inconstitucionalidad promovidas por Jueces o Tribunales”, se estudiaban los aspectos más importantes, formales y materiales, de este tipo de proceso constitucional, al tiempo que se fijaba una línea de actuación a seguir por el Ministerio Fiscal en el trámite previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, con arreglo a los diversos supuestos que en dicho trámite podían darse.

La práctica acumulada a través de los ya cerca de seis años de actuación del Tribunal Constitucional y de su jurisprudencia, unido al incremento constante de Cuestiones de Inconstitucionalidad (que si en 1984 supuso el despacho en número de 12 por la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, en 1985 se ha elevado al de 94 asuntos), aconseja, sin perjuicio de cuanto ya se hizo notar en la Circular mencionada de 1980,, examinar aspectos nuevos por aquel entonces inéditos a la vez que se fija de manera concreta la actuación de los Fiscales en cuantos asuntos de esta naturaleza hayan de intervenir.

— I —

#### CARACTER DE LAS CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

1.º De la simple lectura de los artículos 163 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, interpretados por el Tribunal Constitucional, se desprende que:

“La cuestión de inconstitucionalidad es, como el recurso del mismo nombre, un instrumento destinado primordialmente a asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de los límites establecidos por la Constitución, mediante la declaración de nulidad de normas legales que violen esos límites...”

“... no es una acción concedida para impugnar de modo directo y

con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución.”

*“La extraordinaria trascendencia de las cuestiones de inconstitucionalidad como principal mecanismo de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, obliga, sin embargo, a extremar las garantías destinadas a impedir que esta vía procesal resulte desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza, como sería, por ejemplo, el de utilizarla para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en el que la cuestión se suscita). (Sentencia núm. 17/81, de 1 de junio - C. I. núm. 230/80. “B. O. E.” de 16 de junio de 1981).*

Las precedentes afirmaciones del Tribunal Constitucional, reiteradas con posterioridad a través de una abundante jurisprudencia, justifican las instrucciones impartidas a través de esta Circular, que, en definitiva, pueden reconducirse a la necesidad de constatar con todo detalle la concurrencia de requisitos formales y materiales, antes de pronunciarse en favor del planteamiento de una Cuestión de Inconstitucionalidad.

2.º En orden a la posible desviación de la finalidad de las Cuestiones de Inconstitucionalidad, sin perjuicio de la pauta trazada por la jurisprudencia constitucional, conviene destacar que la reciente Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su artículo quinto, párrafos 1.º y 5.º, señalan, respectivamente que:

*“La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.”*

*“Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.”*

Lógicamente, estos preceptos han de servir de punto de partida al Ministerio Fiscal y muy especialmente en materia relativa a cuestiones de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta, al propio tiempo, que la vía interpretativa de las normas, como vehículo de ajuste de ellas a la Constitución, ha sido también con anterioridad utilizada y destacada por la jurisprudencia constitucional.

3.º El carácter de instrumento de verificación concreta de la legalidad constitucional de una norma encuentra su complemento en la relación “validez” de la norma y dependencia, respecto de ella, del “fallo” a producir en el proceso ordinario.

Esta nota, ya destacada en la Circular 3/1980, ha sido interpretada y acentuada en su exigencia por el Tribunal Constitucional, que sin

perjuicio de entender la expresión “fallo” que utilizan los artículos 163 de la Constitución y 35.1 de la LOTC en su sentido más amplio, significando el “pronunciamiento decisivo e imperativo de una resolución judicial, se trate de materia de fondo o materia procesal” (Sentencia número 54/1983, de 21 de junio, —C.I. núm. 482/1982. “B. O. E.” de 15 de junio de 1983) ostente por lo tanto forma de sentencia o de auto, y en armonía con otros requisitos *sine qua non* para promover las cuestiones, ha señalado que:

“... cuando la norma cuestionable no sea aplicable al caso en donde la cuestión se suscita, procede declarar inadmisble la cuestión de inconstitucionalidad...” (Auto de 30 de junio de 1982. C.I. número 164/82).

“El Tribunal Constitucional no puede ni debe pronunciarse sobre la necesidad de que el fallo haya de basarse en la norma cuestionada, porque es el Juez ordinario quien ha de decidir qué normas ha de aplicar en la resolución que adopte... Pero no podría ni siquiera comprobar si existe o no la apariencia mencionada, y la cuestión podría verse desvirtuada en su función si el Juez no pudiese de manifiesto porqué plantea la cuestión, esto es, si no indica qué resolución debe dictar y de qué modo su contenido resulta afectado por la validez de la norma cuya constitucionalidad somete a examen” (Auto de 16 de julio de 1982. C.I. 71/82).

Esta tesis se mantiene reiteradamente, como se aprecia a través del Auto de 18 de enero de 1983 (C.I. 274/82) y Sentencia de 5 de noviembre de 1985 (C.I. núm. 105/84).

La relación validez de la norma-fallo a producir en el proceso, obliga, y muy particularmente al Ministerio Fiscal, al examen del objeto del proceso, puesto que una misma norma puede ser constitucional o inconstitucional en esta vía, según afecte de una u otra manera a un litigio o proceso concreto.

De aquí también el carácter restrictivo de las sentencias dictadas en Cuestiones de Inconstitucionalidad que, en ocasiones, llegan a proclamar la inconstitucionalidad de un precepto legal tan sólo para el supuesto en que sea interpretado en un determinado sentido (Vid. Sentencia número 22/1981, de 2 de julio; C.I. núm. 223/80, “B. O. E.” de 20 de julio y Sentencia núm. 34/1981, de 10 de noviembre; C.I. núm. 48/81, “B. O. E.” de 19 de noviembre, en el apartado segundo de su parte dispositiva, sin perjuicio de otras posteriores y como más significativas).

El estudio detenido de las actuaciones judiciales del tipo o naturaleza de que se trate, resulta así de todo punto indispensable para formar juicio, el Ministerio Fiscal, acerca de la oportunidad del planteamiento de la Cuestión.

## — II —

## CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES

La Cuestión de Inconstitucionalidad es, como se ha dicho, contraste concreto de un precepto legal (en los términos que señala el artículo 27.2 de la LOTC) con precepto también concreto de la Constitución.

No obstante se advierte que, en ocasiones no infrecuentes, el Auto por medio del cual se plantea la Cuestión no se ciñe a este aspecto, sino que se extiende en consideraciones más cercanas a problemas de *lege ferenda* que de *lege data*, por lo que, en cierto modo, viene a sustituir el juicio de valor en torno a la ley debatida, por elucubraciones acerca de por qué el legislador acogió en la norma determinado criterio y cuál debió ser, a juicio del órgano judicial, el correcto modo de regular la ley el problema objeto del proceso.

De aquí que el artículo 35.2 de la LOTC haya sido terminante al exigir que el órgano judicial deberá “concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, y el precepto constitucional que se supone infringido” sin perjuicio de otros extremos a los que ya nos hemos referido.

Ahora bien, si, en principio, esa concreción de precepto cuestionado y precepto constitucional infringido parece exigirse respecto del Auto a través del cual se promueve la Cuestión, no es menos cierto que tanto las partes personadas en el proceso y trámite, como el Ministerio Fiscal, deben conocer, de forma también concreta, cuál sea la “duda” —empleando expresión de la jurisprudencia constitucional— suscitada al juez ordinario, en torno a la norma debatida, en conjunción con preceptos constitucionales.

En este orden de cosas, es frecuente advertir en las Cuestiones de Inconstitucionalidad que la providencia del órgano judicial por la que se acuerda seguir el trámite del artículo 35 de la LOTC, se limita a someter a las partes y al Ministerio Fiscal la oportunidad del planteamiento de la cuestión; en unos casos, de una ley o norma en general, algo que es totalmente rechazable, mientras que en otros, si bien se fija el precepto concreto que se entiende dubitado, se omite toda referencia al precepto o preceptos constitucionales a los que aquél pueda ser contrario.

Es obvio que en tales casos se obliga no sólo a las partes, sino también al Ministerio Fiscal, a verificar un ejercicio de intuición para alcanzar a comprender cuáles sean los preceptos constitucionales presuntamente infringidos. Esta anomalía, reiteradamente destacada por el Ministerio Fiscal en trámites bien de admisión o bien de alegaciones, según el artículo 37.1 y 2 de la LOTC, ha tenido una respuesta no siempre coincidente en las decisiones del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, conviene destacar, ya que puede servir de punto de partida y base a los Fiscales para oponerse al planteamiento de cuestiones de este modo suscitadas, el Auto de 24 de mayo de 1985 (C.I. núm. 364/83) en el que se ha declarado:

“De dicho precepto —art. 35.1 de la LOTC— se deduce con claridad que la providencia por la que el órgano judicial decide oír a las partes y al Ministerio Fiscal refleja una estimación inicial acerca de que la norma puede ser contraria a la Constitución. Las partes y el Ministerio Fiscal en sus escritos de alegaciones pueden poner de manifiesto que la posible contradicción se da no sólo en relación con *el precepto o preceptos constitucionales mencionados en la providencia*, sino también en relación a otros...”.

De esta resolución se desprende que en la providencia del órgano judicial deben citarse aquellos preceptos constitucionales respecto de los cuales, y en principio, puedan encontrarse en oposición la norma debida. En consecuencia, ante providencias del tenor anómalo que aquí se destaca, el Fiscal deberá interesar del órgano judicial ejercitando si procediere el correspondiente recurso, que, previamente a la emisión de su dictamen se concrete el alcance de la presunta inconstitucionalidad, significando qué precepto o preceptos de la norma fundamental pueden resultar infringidos por la norma ordinaria, absteniéndose, entre tanto, de formular alegaciones en orden a la conveniencia de promover la cuestión.

La concreción de tales preceptos no es óbice para que, como se destaca en la resolución del Tribunal Constitucional citada, el Ministerio Fiscal pueda señalar otros preceptos, distintos o complementarios de los señalados por el órgano judicial, en base a los que asentar la posible inconstitucionalidad.

No se olvide, por otra parte que, según ha señalado la Sentencia de 15 de febrero de 1985 (C.I. núm. 184/83) :

“... es un supuesto lógico necesario en ambos aspectos la previa identificación de la norma cuestionable y el posterior respeto por parte del juez de ese límite objetivo en su eventual Auto de planteamiento, que en cuanto exceda del objeto normativo fijado en el trámite abierto a las partes, incurre en trasgresión del artículo 35.2 LOTC al impedir la alegación de las partes y del Ministerio Fiscal sobre ese plus añadido, es decir, sobre la norma introducida extemporáneamente.”

La falta de precisión en la providencia y la disonancia con la misma por parte del Auto acordando el planteamiento de la Cuestión, puede dar lugar a que, posteriormente, se produzca una disparidad justificada entre la posición del Ministerio Fiscal en sede Juzgado o Tribunal ordinario y aquella que se adopte en sede Tribunal Constitucional, por cuanto, entre providencia y auto han podido resultar alterados, de forma importante, los elementos básicos de la cuestión.

En su virtud, el Ministerio Fiscal deberá actuar positivamente en favor de que se concreten los términos de la cuestión a fin de que ésta quede perfectamente delimitada y sean cumplidos cuantos requisitos formales prevé el artículo 35 de la LOTC, para el supuesto en que definitivamente sea promovida. Precisamente por carencia de audiencia del Ministerio Fiscal, en Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 5 de diciembre de 1985 (C.I. 924/85) se ha declarado:

“No habiéndose cumplido en el presente caso con este requisito, ha de acogerse lo expuesto por el Fiscal General del Estado en orden a la imposibilidad de proseguir ahora la tramitación de esta Cuestión, rechazándose la misma en trámite de admisión según permite el artículo 37.1 de la LOTC y sin perjuicio de que el órgano judicial que la planteó pueda volver a hacerlo en forma.”

— III —

REITERACION EN PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES  
DE INCONSTITUCIONALIDAD

Es frecuente el planteamiento de Cuestiones de Inconstitucionalidad en torno a una misma norma y precepto legal, con fundamento en su oposición a idénticos preceptos constitucionales. Tal reiteración puede deberse al mismo o a distintos órganos judiciales, y ello provoca un incremento injustificado de procesos constitucionales que perturban tanto la actuación del Tribunal Constitucional (ya que de ellos ha de conocer el Pleno por imperativo del artículo 10.a) de la LOTC) como el despacho de asuntos por la Fiscalía ante dicho Alto Tribunal.

En este orden de cosas, conviene señalar:

1.º Es cierto que no existen preceptos legales que impidan a los diversos órganos judiciales el planteamiento de Cuestiones de Inconstitucionalidad cuando se encuentren en tramitación otros procesos de idéntico sentido. Sin embargo, desde el momento en que las sentencias del Tribunal Constitucional en esta materia “tienen plenos efectos frente a todos” —artículo 164 de la Constitución y 38 de la LOTC— es lógico entender que razones de economía procesal aconsejan la conveniencia de suspender la tramitación regulada en el artículo 35 de la LOTC hasta tanto se dicte sentencia por el Tribunal Constitucional en las cuestiones ya en tramitación ante este órgano.

A tal efecto debe recordarse y ser tenido en cuenta por los Fiscales al emitir su dictamen, que el Tribunal Constitucional, en Auto de 23 de marzo de 1983 —Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 80/83— ha declarado que:

“La aplicación de la providencia mediante la que se admite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, suscitada por un órgano del Poder Judicial, cumple señaladamente la función de poner en conocimiento de todos los demás órganos del mismo Poder Judicial el planteamiento de la cuestión *por cuanto pudiese influir en la decisión de asuntos entre ellos pendientes.*”

2.º El Tribunal Constitucional ante ese fenómeno reiterativo, en un principio siguió *el trámite de acumulación* de todas las Cuestiones de Inconstitucionalidad en las que concurrieran los requisitos del artículo 83 de la LOTC; sin embargo, posteriormente (y en este sentido así se

había solicitado de forma alternativa por el Ministerio Fiscal en algunas ocasiones) ha optado por la *suspensión del trámite* en sede Tribunal Constitucional de Cuestiones de idéntico objeto, hasta tanto se resuelva por sentencia la primera Cuestión o el bloque de ellas primariamente acumulado.

En tal sentido se ha pronunciado el Auto, entre otros, de 17 de octubre de 1985 (C.I. núm. 503/83):

“Resulta aconsejable en tal supuesto acordar la suspensión del curso del presente proceso sin acceder a la acumulación, a fin de facilitar la decisión definitiva en las cuestiones acumuladas, teniendo en cuenta que la sentencia que recaiga surtirá efectos en las demás promovidas, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.”

Este criterio ha sido recientemente mantenido en el Auto de 16 de enero de 1986, recaído en Cuestión de Inconstitucionalidad 1.033/1985.

Promover Cuestiones de Inconstitucionalidad, pendientes ante el Tribunal Constitucional otras con idéntico objeto, resulta inoperante y perjudica la pronta decisión de la primera de las promovidas, pues no sólo se paraliza el proceso ordinario, efecto normal del planteamiento de la Cuestión y que no dejaría de producirse si el órgano judicial se pronunciase en idéntica línea, sino que perjudica y retarda la resolución de los procesos constitucionales.

3.º Consiguientemente, con base en las anteriores decisiones del Tribunal Constitucional, el Fiscal deberá interesar del órgano judicial que pretenda promover nueva cuestión sobre temas ya sometidos a conocimiento de la Jurisdicción constitucional, la suspensión del trámite —la del proceso ordinario ya se habrá producido al iniciar el correspondiente al artículo 35 de la LOTC— hasta tanto se resuelva por aquella Jurisdicción la Cuestión o conjunto de cuestiones ya admitidas a trámite.

#### — IV —

### EXÁMEN DE LA PRESUNTA INCONSTITUCIONALIDAD

Hasta ahora han sido estudiados aspectos eminentemente formales que afectan a las Cuestiones de Inconstitucionalidad. Sin embargo, para pronunciarse acerca de la oportunidad de promover un proceso de este tipo, no basta con verificar el cumplimiento de los requisitos formales, sino que es necesario —dentro de los límites en que inicialmente se mueve el trámite del artículo 35 de la LOTC— adentrarse al menos en una primera aproximación acerca de si la norma dubitada es “contraria” a la Constitución. Conviene no olvidar este elemento básico: no basta una mera disociación entre norma y Constitución, problema que, como se ha visto, puede ser resuelto a través de mecanismos ordinarios, sino que el juicio de valor que se va a producir, y a salvo siempre cuanto en

último extremo pueda decidir el Tribunal Constitucional, tendrá por objeto algo más grave y estricto: que “la norma pueda ser *contraria* a la Constitución” —artículo 163 C. 35.1 LOTC.

1.º Si, ciertamente, el planteamiento de la Cuestión no va más allá de la justificación de las razones que suscitaron la “duda” en el Juez o Tribunal ordinario acerca del carácter de “contraria” a la norma fundamental que “pueda” ofrecer la norma ordinaria, no es menos exacto que el simple hecho de plantear la Cuestión entraña una puesta en discusión de la norma y de la acción del Legislativo mismo.

Al Ministerio Fiscal corresponde, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 124.1 de la Constitución “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad” que, obviamente comienza por la legalidad constitucional que conlleva la defensa de la primacía de la norma constitucional frente a cualquiera otra que haya podido incidir contrariamente en ella.

Ahora bien, la legalidad constitucional supone asimismo el respeto a la estructura del Estado que configura la propia Constitución y, consiguientemente, el de la delimitación competencial de cada uno de los “poderes” que dentro de aquél se configuran.

En tal sentido, el título II que trata “De las Cortes Generales”, a través del artículo 66.2 establece que “Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado”, precepto completado por el título VIII al reconocer potestad legislativa a las Comunidades Autónomas en el marco de las competencias asumidas a nivel de sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Al elaborar las leyes —ordinarias u orgánicas— las Cámaras ejercen competencia específica dentro del marco constitucional, por lo que, en principio, atraen en su favor el juicio de constitucionalidad, siendo sólo de modo excepcional y extraordinario susceptibles de valoración negativa; por esta razón, como se ha visto en su momento, el Tribunal Constitucional ha sostenido una y otra vez la necesidad de extremar las garantías destinadas a impedir que la finalidad del tipo de procesos que examinamos sea desvirtuada por una utilización indebida de este mecanismo.

Quiere señalarse con ello que sin perjuicio de la valoración final que el Tribunal Constitucional pueda realizar de la norma al decidir la Cuestión de Inconstitucionalidad, el acceso a tal tipo de procesos ha de patrocinarse tan sólo después de un detenido y profundo examen de las circunstancias de todo orden que concurren en la norma que se dubita, oponiéndose al planteamiento de la Cuestión si la evidencia de su carácter de ser “contraria” a la Constitución no se obtiene de tal examen. La oposición al planteamiento, como es lógico, deberá ser fundada, y no a través de una simple manifestación de disconformidad con la oportunidad de acceder a la vía que corresponde a la jurisdicción constitucional.

El examen de la norma, que por el Juzgado o Tribunal ordinario se estime presuntamente dubitada, ha de verificarse partiendo incluso del estudio de las razones o motivos que llevaron al Legislativo a su elaboración, puesto que, con independencia de su carácter de elemento interpre-

tativo auténtico que puede por sí sólo desvanecer aparentes oposiciones al texto y principios constitucionales, muestran en ocasiones el marco dentro del cual la norma que —aisladamente pueda ser de forma aparente discutida— encuentre su justificación constitucional.

Basta recordar que el “marco constitucional”, al que se refiere el artículo 28.1 de la LOTC, tanto sirve para obtener el contraste desfavorable de una norma, como para respaldar y confirmar su justificación constitucional tanto al margen de los hechos objeto del proceso ordinario, como del marco legislativo en el que la norma se produce.

Para el Ministerio Fiscal, siempre dentro del trámite del artículo 35 de la LOTC supone este examen un evidente esfuerzo que no puede ni debe soslayar, incluyendo, como así deberá hacerlo, la necesaria consulta a la Fiscalía General del Estado. La brevedad del plazo conferido en aquel precepto justificará que en casos de urgencia, la consulta se lleve a cabo incluso por vía telefónica, remitiendo o señalando, según los casos, con todo detalle cuantos elementos de juicio sean necesarios para la más exacta respuesta.

No es necesario recordar que en cada uno de los supuestos, habrá de tomarse en consideración la Jurisprudencia Constitucional, hoy ya abundante, contenida tanto en las Sentencias como en los Autos, y ello no sólo en el marco de las Cuestiones de Inconstitucionalidad, sino en los muy diversos tipos de procesos, particularmente en los Recursos de Inconstitucionalidad, dado su carácter de verificación o valoración de inconstitucionalidad abstracta, como de los Recursos de amparo, puesto que en gran número de Cuestiones la presunta oposición entre norma dubitada y el texto constitucional se mueve en el marco de los Derechos fundamentales, tanto de índole general como de los especialmente protegidos por el medio que señala el artículo 53.2 de la Constitución.

Para el supuesto de promoverse la cuestión, deberán remitir con la mayor urgencia a la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional copia de las actuaciones producidas en el trámite de planteamiento de la Cuestión incluido el Auto por virtud del cual así se acordó, a fin de proceder con antelación a su estudio y elaborar las alegaciones pertinentes con arreglo al artículo 37.2 de la LOTC.

Encarecidamente se requiere de los miembros del Ministerio Fiscal el exacto cumplimiento de cuanto en esta Circular se señala, sin perjuicio de consultar a la Fiscalía General del Estado las dudas o dificultades que de su ejecución puedan derivarse.