

## DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

---

### **Circular 2/1999, de 30 de diciembre, sobre la intervención del Fiscal en las cuestiones de inconstitucionalidad en sede judicial (art. 35 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, LOTC).**

Referencia: FIS-C-1999-00002

---

#### **I. Introducción**

La cuestión de inconstitucionalidad es un medio de depuración del ordenamiento jurídico, por el que se procede a confrontar una o varias leyes aplicables en un proceso judicial, con uno o varios preceptos constitucionales, de modo que si existe contradicción entre aquéllas y la Constitución, se produce la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma considerada inconstitucional.

Su importancia es evidente, ya que constituye un instrumento de colaboración entre los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional para el control, por parte de éste, de la constitucionalidad de las leyes que no han sido anteriormente recurridas, o lo han sido por motivos diferentes.

Se encuentra regulada en los arts. 163 de la Constitución y 35 y siguientes de la LOTC, que atribuyen un relevante papel al Ministerio Fiscal, al imponer sea oído, tanto en sede jurisdiccional -incluso cuando no es parte en el proceso judicial- como en sede constitucional, y al prever que la inadmisión de una cuestión se acuerde con la exclusiva audiencia del Fiscal General del Estado; tal intervención, derivada de la atribución al Ministerio Fiscal de la función de defensa de la legalidad, fue objeto de consideración en las Circulares de la Fiscalía General del Estado núms. 3/1980 y 1/1986, que, vista la experiencia, son completadas por la presente.

La Cuestión de Inconstitucionalidad ofrece dos fases bien diferenciadas: la primera, regulada detalladamente en el art. 35 LOTC, se desarrolla en la jurisdicción ordinaria, y culmina, en su caso, con un auto planteando la cuestión de inconstitucionalidad; la segunda se tramita por el Tribunal Constitucional, previéndose una eventual decisión de inadmisión. La Circular se refiere principalmente a lo que hemos llamado primera fase con el fin de que se actúe con criterios uniformes, salvaguardando así los principios de unidad y dependencia que rigen la actuación del Ministerio Fiscal.

#### **II. La fase judicial**

##### **1. Objeto de control de constitucionalidad**

El objeto de control de constitucionalidad se restringe, conforme establece el art. 27.2 de la Ley Orgánica 2/1979, a normas o actos con fuerza de ley, siendo susceptibles de declaración de inconstitucionalidad:

Primero.- Los Estatutos de Autonomía, Leyes orgánicas y Leyes ordinarias, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas.

Segundo.- Las demás disposiciones normativas y actos, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, con fuerza de ley; en el caso de Decretos Legislativos, la

competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio del establecimiento de otras fórmulas de control (art. 82.6 CE).

Tercero.- Los Tratados internacionales.

Cuarto.- Los Reglamentos de las Cámaras, de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

No cabe, por tanto, el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto de normas reglamentarias, cuyo control es competencia de los órganos de la jurisdicción ordinaria (Art. 106 C.E.), sin perjuicio de que, si las mismas son simple reproducción de otras legales, deba acudir a la cuestión de inconstitucionalidad.

## 2. Normas que integran el canon de constitucionalidad

A diferencia del recurso de amparo, en el que únicamente se puede alegar la infracción de alguno de los derechos fundamentales consagrados en los arts. 14 a 30 de la Constitución Española, la Cuestión de Inconstitucionalidad permite confrontar cualquier disposición legal con cualquier precepto de la Constitución, y no necesariamente las que vulneren derechos fundamentales, sin perjuicio del reforzamiento que, respecto de estas leyes, supone la remisión que el art. 53.1 de la Constitución Española hace al 161.1.a) de la misma.

Asimismo ha de tenerse en cuenta que determinados preceptos constitucionales exigen un desarrollo normativo, supuesto en el que la confrontación puede hacerse con el llamado «bloque de constitucionalidad», integrado por el precepto constitucional y los de la ley que lo desarrolla: como ejemplos podemos citar un Estatuto de Autonomía o una Ley básica estatal, si la Cuestión de inconstitucionalidad incide en un problema de distribución de competencias entre el Estado y una Comunidad Autónoma.

## 3. Requisitos procesales

El art. 163 de la Constitución Española dispone simplemente que «cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.»

Dicha norma se reitera inicialmente en el art. 35 LOTC, con algún añadido: en primer término, prevé que dicho planteamiento se puede hacer «de oficio o a instancia de parte»; y al mismo tiempo dispone que «el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia», expresión que ha sido matizada por el Tribunal Constitucional en el sentido que se indicará.

De las normas transcritas, de la obligada referencia complementaria que imponen los apartados 2 y 3 del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se desprenden los siguientes principios:

Primero.- Sólo puede plantear la Cuestión al Tribunal Constitucional el órgano judicial, y por tal se debe entender cualquier Juez o Tribunal integrado en el Poder Judicial, en tanto que órganos judiciales, y con independencia de cuál sea su categoría y el orden jurisdiccional al que pertenezcan, incluso los Jueces de Paz.

El art. 35 LOTC prevé que el planteamiento -y, por tanto, la apertura del trámite previo de audiencia- pueda hacerse «de oficio o a instancia de parte», pero en este caso no puede hablarse de una propia pretensión, en sentido procesal que haya de ser resuelta expresamente -en sentido positivo o negativo- por el órgano judicial: en consecuencia, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva la decisión (incluso tácita) de no plantear la cuestión de inconstitucionalidad (ATC 132/1988), sin perjuicio del derecho de las partes a suscitar la necesidad del planteamiento de la cuestión en las sucesivas instancias.

De lo dicho se desprende que nada impide al Ministerio Fiscal tomar la iniciativa para que se plantee una Cuestión de Inconstitucionalidad, pero al respecto recordamos lo que ya se estableció en la Circular 3/1980: a saber, que antes de tomar esa iniciativa ha de recabarse la

conformidad de esta Fiscalía General mediante un sucinto informe, que incluya los antecedentes, razonamientos y consecuencias de la aplicación o no aplicación de la norma cuestionada, junto con los documentos que avalen el informe.

Segundo.- El órgano judicial que la plantea ha de tener al menos dudas razonables sobre la constitucionalidad de la norma aplicable: la Cuestión de Inconstitucionalidad no sirve para solventar simples dudas o problemas de interpretación de una norma, sino la inicial apreciación de que la misma es contraria a la Constitución.

Tercero.- La norma que se pretende cuestionar ha de ser aplicable al caso sometido al órgano jurisdiccional -pues la cuestión de inconstitucionalidad, a diferencia del recurso del mismo nombre, es, en su origen, un proceso de «control concreto» y no «abstracto» de las normas-, y relevante, es decir, que, según lo que se decida al resolverla, la resolución judicial dependiente de aquélla tendrá necesariamente sentidos diferentes.

Cuarto.- Por lo que se refiere al momento procesal en que puede plantearse, aunque el art. 35 LOTC alude a que «El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia», una constante jurisprudencia del TC admite el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en cualquier momento procesal en que haya de dictarse una resolución que suponga aplicación de la norma cuestionada, como sucede, por ejemplo, si la norma cuestionada es de índole procesal y afecta a la tramitación del proceso, como sucede con las causas de inadmisibilidad (STC 76/1996).

#### **4. El procedimiento judicial**

El Tribunal Constitucional es muy riguroso en la exigencia de que se cumplan escrupulosamente los trámites que a continuación se exponen, ya que éstos tienen por objeto que el órgano judicial tenga conocimiento de los argumentos -favorables o no al planteamiento de la Cuestión de Inconstitucionalidad- antes de tomar la pertinente decisión, y de que dichas alegaciones lleguen al propio Tribunal Constitucional, ya que la personación ante éste queda circunscrita a los órganos expresamente mencionados en el art. 37.2 LOTC, de modo que, por regla general, las partes en el proceso judicial no podrán personarse ante el TC.

Los Fiscales deben estar, en consecuencia, muy atentos a dichas normas, no sólo por la defensa de la legalidad que les está atribuida, sino porque el incumplimiento de aquellos requisitos conlleva una decisión del Tribunal Constitucional inadmitiendo la Cuestión que, por carecer de eficacia de cosa juzgada, determina una dilación en la tramitación de aquélla -pues cabe volver a plantearla una vez corregidos los defectos procedimentales observados-, y, en consecuencia, en su resolución.

El órgano judicial, preceptivamente acordará la previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal -aunque no sea parte en el proceso judicial en el que se suscita la cuestión-, dándoles un plazo común e improrrogable de diez días para que puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. En consecuencia, no cabe la apertura de este trámite en otra forma, y el Fiscal ha de oponerse a ella mediante los recursos -que, aunque no estén expresamente previstos, ha de entenderse son los de reposición, reforma o súplica, según el orden jurisdiccional y el tipo de órgano judicial o alegaciones pertinentes: en concreto, debe oponerse a cualquier pretensión de audiencia inmediata en una vista o juicio oral (AATC 145/1993, 140/1996), concesión de plazos sucesivos, o acortamiento o alargamiento del previsto legalmente. Asimismo, en el supuesto hipotético de que se sepa que un órgano judicial ha abierto el trámite exclusivamente a las partes en el proceso, el Fiscal deberá instar que se le dé inmediato traslado de la Providencia de apertura de la cuestión, para evacuar el trámite -salvo que ya se haya dictado el auto planteando la cuestión, que no es recurrible-, y evitar así el indeseable efecto de una inadmisión por defectos procesales, ya que la función del Fiscal en la fase judicial cumple ciertos fines que no pueden ser suplidos por el escrito de alegaciones del Fiscal ante el Tribunal Constitucional (AATC 136/1995, 42/1998).

La apertura del trámite de audiencia puede hacerse mediante providencia -aunque en alguna ocasión se ha hecho mediante auto-, acordando la suspensión del plazo para dictar la resolución en que tendría que aplicar la norma supuestamente inconstitucional; en dicha providencia debe identificar la norma o normas legales que habrían de ser objeto de control de

constitucionalidad, y especificar asimismo los preceptos de la Constitución que el órgano judicial considere que contradice aquélla, aunque no se exige que explicita en qué sentido puede existir tal contradicción. Cualquier falta de precisión en este sentido debe ser reparada mediante los recursos o medios procesales legalmente procedentes: especialmente importante es la identificación de la norma o normas legales cuya constitucionalidad se pretende controlar, no es suficiente, por ejemplo, una simple remisión al escrito de alegaciones de la parte demandante (ATC 121/1998).

Este incidente concluye mediante auto acordando o denegando el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, resolución que no es recurrible, pero puede intentarse en las sucesivas instancias que el órgano jurisdiccional superior suscite la cuestión de inconstitucionalidad.

## 5. Efectos del auto de planteamiento

Pese a que el art. 163 de la Constitución Española in fine dispone que los efectos del planteamiento de la cuestión «nunca serán suspensivos», resulta claro que dicha expresión no se refiere al plazo para dictar la sentencia o resolución en que habría de hacerse aplicación de la norma cuestionada, que queda suspendido hasta que el TC resuelva sobre la misma; dicha suspensión debe entenderse referida, de una parte, a la propia norma cuestionada, que está vigente hasta que, a consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad, sea expulsada del ordenamiento jurídico -pudiendo, en consecuencia, ser aplicada por otros órganos judiciales que no alberguen dudas sobre su constitucionalidad-, y, si acaso puede referirse también, a la no suspensión del proceso judicial hasta el momento en que proceda la aplicación de la norma cuestionada.

## 6. Actividad del Fiscal en esta fase

Como primera medida, la importancia de las cuestiones de inconstitucionalidad exige que el Fiscal al que se le dé traslado de la apertura del trámite de audiencia deba dar inmediata cuenta al Fiscal Jefe respectivo, de modo que éste tenga cabal conocimiento de la misma y, en su caso, pueda ponerse en comunicación con esta Fiscalía General o el Fiscal Jefe de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, no sólo para tener conocimiento de aquélla sino, en su caso, prestar la colaboración que resulte precisa.

Hemos de comenzar distinguiendo según que el Ministerio Fiscal sea o no parte en el proceso judicial en el que se ha abierto el trámite del art. 35 LOTC:

En los procesos en que éste sea parte no deben existir especiales problemas: el previo estudio del objeto del proceso permitirá al Fiscal apreciar fácilmente las razones que llevan al órgano judicial a elevar la cuestión de inconstitucionalidad, así como la aplicabilidad de la norma cuestionada y el llamado «juicio de relevancia», a que luego se aludirá.

Cuando el Fiscal no haya sido parte en dicho proceso judicial, el estudio y elaboración del correspondiente dictamen exigirá el análisis de las actuaciones judiciales, para lo que, según los casos, podrán reclamarse aquéllas, o acudir a la sede del órgano judicial para su examen.

El *estudio previo al dictamen* a emitir exige se tengan en consideración los siguientes extremos, por el orden que se indica, sin perjuicio de que sólo se plasmen en aquél los que determinen una oposición del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, o resulten de una entidad que exija su reflejo en dicho dictamen, incluso aunque éste se traduzca en un informe favorable al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad:

Primero.- La determinación de que el momento procesal en que se pretende suscitar la cuestión de inconstitucionalidad es el procedente: este aspecto no ofrecerá grandes problemas cuando se trate de cuestionar una norma aplicable al caso en la sentencia, y que afecte al fondo de la resolución judicial, pero sí podrá ofrecerlo si se trata más bien de normas procesales que afectan a un momento anterior, esencialmente de admisión a trámite de un proceso, sistema de recursos, etc.

Segundo.- Que la Providencia abriendo el trámite de audiencia cumple con los requisitos legales de identificación de la ley o normas a cuestionar, normas constitucionales con las que

se confrontan, y audiencia por diez días comunes al Fiscal y a las partes, para que se presenten las alegaciones por escrito.

Tercero.- El llamado «juicio de aplicabilidad», es decir, que la norma que se trata de cuestionar es efectivamente aplicable para la resolución del proceso judicial o del incidente en que se suscita: aunque en la mayoría de los casos, la concurrencia de este requisito, no suscitará problemas -especialmente si se tiene en cuenta que dicho juicio corresponde normalmente al propio órgano judicial-, en ocasiones, el órgano judicial no delimita perfectamente el objeto de la Cuestión; por ejemplo, mediante la identificación de la norma aplicable de las varias que se contengan en el artículo que se cita como cuestionable: en este caso, el dictamen ha de expresar la identificación más precisa posible de dicha norma; asimismo, cabe que el estudio de la cuestión identifique otras normas directamente relacionadas con aquella, que debieron ser objeto de consulta, lo que sólo podrá subsanarse mediante el oportuno recurso, ya que, aunque el Fiscal en su dictamen aludiera a ellas, no se habría abierto el trámite de audiencia para las demás partes, y, en consecuencia, procedería la inadmisión de la cuestión respecto de estas otras normas.

Cuarto.- El llamado «juicio de relevancia», es decir, que de la constitucionalidad o no de la norma cuestionada dependa el sentido del fallo: si éste no se viese afectado por la declaración de inconstitucionalidad, no puede técnicamente suscitarse la cuestión, y así ha de hacerse constar en el dictamen.

Quinto.- En todo caso, no corresponde al Fiscal, en esta fase, emitir un dictamen que entre de lleno en la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto -dictamen que está reservado, por imperativo legal, al Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones ante el Tribunal Constitucional, de acuerdo con el art. 37.2 LOTC-, sino de las razones que -una vez comprobado que se cumplen los requisitos indicados en los apartados anteriores- determinan la necesidad o no de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, en definitiva, la imposibilidad de llegar a una interpretación de la norma conforme a la Constitución, y la apariencia de contradicción entre aquella y las correspondientes normas constitucionales.

## **7. Comunicaciones con la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional**

Recibida una providencia abriendo el trámite del art. 35 LOTC, procede ponerse en comunicación con la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, a los efectos de determinar si existen cuestiones o recursos de inconstitucionalidad con el mismo objeto y por los mismos motivos, además de para la debida constancia en dicha Fiscalía, y eventuales indicaciones sobre el contenido del dictamen.

Asimismo, una vez recibido el auto de planteamiento de la Cuestión, deberá remitirse copia al Fiscal Jefe de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, a los efectos pertinentes.

Todas estas comunicaciones deberán realizarse, por regla general, a través del Fiscal Jefe de la Fiscalía correspondiente, o, cuando menos, con su conocimiento.