



INSTRUCCIÓN 2/2012

SOBRE CRITERIOS A SEGUIR EN LA TRAMITACIÓN DE LAS CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

I.-INTRODUCCIÓN II.-COMUNICACIÓN ENTRE FISCALÍAS III.- TRAMITACIÓN III.-1 Inicio del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad III.-2 Legitimación III.-3 Objeto III.-4 Momento procesal para plantear la cuestión de inconstitucionalidad III.-5 Audiencia de las partes III.-6 Juicio de relevancia y de aplicabilidad III.-7 Contenido del informe III.-8 Efectos del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad IV.- ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL IV.-1 Pautas generales IV.-2 Legitimación del Fiscal para promover el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad V.- CONCLUSIONES

I.- INTRODUCCIÓN

La Circular 2/1999, de 30 de diciembre, *sobre intervención del Fiscal en las cuestiones de inconstitucionalidad en sede judicial*, daba unas pautas precisas sobre las obligaciones del Fiscal en este ámbito de especial trascendencia funcional, completando las previsiones de las Circulares 3/1980, de 23 de junio, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los recursos atribuidos a la competencia del Tribunal Constitucional* y 1/1986, de 14 de febrero *sobre la actuación del Ministerio Fiscal en el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad* .

Las modificaciones introducidas en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, *del Tribunal Constitucional* (en adelante, LOTC) en la tramitación de las cuestiones de inconstitucionalidad (LO 6/2007) no afectan a la Circular 2/1999, cuyos contenidos mantienen su vigencia y su utilidad a fin de potenciar la intervención del Fiscal en defensa de la Constitución, con sujeción al principio



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

de unidad de actuación y a los efectos de armonizar en este ámbito la actuación del Fiscal ante la jurisdicción ordinaria y ante el Tribunal Constitucional.

No obstante, la experiencia acumulada durante estos años pone de manifiesto deficiencias en la cumplimentación del trámite de alegaciones previsto en el art. 35 LOTC. En ocasiones se omite el informe o se contesta por medio de fórmulas estereotipadas. En otras ocasiones se ha informado sin la previa y preceptiva consulta a la Fiscalía ante el TC, vía indispensable para comprobar si ya han sido contestadas con anterioridad cuestiones similares y para asegurar la unidad de actuación.

Es, consiguientemente, el objeto de la presente Instrucción, de un lado, hacer un recordatorio de la doctrina de la Fiscalía General del Estado, plasmada en las tres Circulares citadas *supra*, con las modulaciones que ahora se introducen y, de otro lado, exponer sintéticamente algunos criterios cristalizados en las resoluciones del TC en los últimos 12 años, subrayando las novedades introducidas por la reforma operada por LO 6/2007, de 24 de mayo.

La extraordinaria trascendencia de las cuestiones de inconstitucionalidad como principal mecanismo de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional (STC nº 17/1981, de 1 de junio) imponen a la Fiscalía la máxima diligencia y rigor técnico jurídico en el despacho de estos incidentes.

El fundamento del papel que se atribuye a la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional y de las limitaciones funcionales que se establecen para el resto de las Fiscalías, deriva de que conforme al art. 37 LOTC -como ya se expuso en las anteriores Circulares sobre la materia- el dictamen de fondo sobre la cuestión de inconstitucionalidad está reservado, por imperativo legal, al Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones ante el Tribunal Constitucional.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La presente Instrucción debe entenderse igualmente de aplicación al planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad en la jurisdicción militar.

II.- COMUNICACIÓN ENTRE FISCALÍAS

Desde el momento en que se recabe el informe previsto en el art. 35 LOTC, los Sres. Fiscales deben comunicarlo al Fiscal Jefe y, simultáneamente, éste debe ponerlo en conocimiento de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional. La comunicación al primero, además de ajustarse a las prescripciones estatutarias (vid. art. 25 EOMF) es necesaria a efectos de que por el Fiscal Jefe se supervise la correcta tramitación del incidente y la adecuada puesta en conocimiento de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, a la que debe remitírsele con urgencia la documentación del incidente (providencia de planteamiento y recursos, en su caso, interpuestos por el Fiscal y las partes).

Habrá de procederse a la comunicación a la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional siempre que se abra un incidente conforme al art. 35.2 LOTC, aunque con anterioridad se hubiera promovido una cuestión idéntica que hubiese motivado ya una consulta a dicha Fiscalía.

El Fiscal Jefe deberá ponerse en contacto por cualquier medio con la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional a los efectos de recabar asesoramiento técnico, obtener información sobre si ya se han tramitado cuestiones de inconstitucionalidad con el mismo objeto y a fin de conocer el criterio a seguir.

Deberá igualmente remitirse a la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional la resolución que ponga fin al incidente, se eleve o no finalmente la cuestión de inconstitucionalidad.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional deberá llevar un registro de cuestiones de inconstitucionalidad y archivará la documentación remitida.

III.- TRAMITACIÓN

III.-1 Inicio del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad

El procedimiento incidental debe tramitarse por escrito, por lo que si en la vista oral previa al dictado de sentencia se recaba el informe del Ministerio Público, los Sres. Fiscales informarán en el sentido de que procede tramitar en forma la cuestión, absteniéndose de informar oralmente en cuanto al fondo.

III.-2 Legitimación

La legitimación para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad corresponde al órgano judicial que es “el dueño de sus propias dudas” (STC nº 273/2005, de 17 de octubre) pues se trata de una prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial. En consecuencia, si éste no duda del ajuste de la norma a la CE, no debe plantearla (SSTC nº 159/1997, de 2 de octubre; 119/1998, de 4 de junio; 35/2002, de 11 de febrero y 15/2004, de 23 de febrero).

Si el titular del órgano jurisdiccional, en lugar de plantear la cuestión da traslado al Ministerio Público de la pretensión de alguna de las partes, los Sres. Fiscales no deberán pronunciarse sobre el fondo, sino que deberán instar del Juez que asuma sus propias competencias, conforme al art. 35 LOTC. No corresponde al Fiscal pronunciarse provisionalmente sobre un planteamiento no promovido por el órgano jurisdiccional.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

No obstante lo anterior, en los supuestos en los que sin llegar a la genuina apertura del trámite del artículo 35 LOTC, el Juez dé traslado al Fiscal de una petición de las partes de forma que ya sugiera la posibilidad de plantear la cuestión, el dictamen Fiscal, previa consulta a la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, podrá ser simplemente de oposición o de no oposición a la apertura de dicho trámite, sin pronunciarse, lógicamente, sobre el fondo. De esta forma el Fiscal podrá emitir informe sobre si el momento procesal es el oportuno y sobre la necesidad de dar estricto cumplimiento a los trámites previstos en el artículo 35.2 LOTC.

Están legitimados para el planteamiento de la cuestión todos los titulares de órganos jurisdiccionales, incluido el Juez de Paz. En este sentido se pronunció ya la Circular 2/1999, de 30 de diciembre, *sobre intervención del Fiscal en las cuestiones de inconstitucionalidad en sede judicial*.

En todo caso debe tratarse de un órgano que ejerza funciones jurisdiccionales en sentido estricto, por lo que carecerán de legitimación los Jueces encargados del Registro civil cuando ejercen funciones administrativas sometidas al control de órganos administrativos. El ATC nº 508/2005, de 13 de diciembre declara que "además de ser promovida por un órgano judicial, único facultado para suscitara, es condición imprescindible para el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad la previa existencia de un "proceso", en cuyo seno la cuestión se configura como la vía prejudicial constitucional". Esta pauta ha sido seguida por los AATC nº 508/2005, de 13 de diciembre; 54/2006, de 15 de febrero; 59/2006, de 15 de febrero; y 12/2008, de 16 de enero.

Los árbitros no pueden promover cuestiones de inconstitucionalidad, pues "es el carácter para-jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional de la función arbitral, o, en otras palabras, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio lo que impide



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

que el árbitro pueda plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales" (ATC nº 508/2005, de 13 de diciembre).

Por el contrario, se ha admitido la legitimación para promover la cuestión del Juez que tramita expedientes de jurisdicción voluntaria (STC nº 129/1999, de 5 de julio) o en expedientes o procedimientos reformadores de menores (SSTC nº 36/1991, de 14 de febrero, nº 60/1995, de 17 de marzo); en los procedimientos seguidos para autorizar la entrada en domicilio al efecto de ejecutar resoluciones administrativas (STC nº 76/1992, de 14 de mayo) y en la pieza de responsabilidad civil derivada de la incoación de expedientes a menores a efectos de depurar su eventual responsabilidad penal (ATC nº 275/2005, de 22 de junio).

III.-3 Objeto

El cuestionamiento de una norma exige que la misma tenga la categoría de Ley, conforme a las previsiones del art. 27.2 LOTC, punto éste desarrollado en el apartado II de la Circular 2/1999.

Por no tener tal condición no se han admitido cuestiones de inconstitucionalidad contra reglamentos no contemplados en el art. 27.2 (STC nº 101/2008, de 24 de julio).

No es necesario promover cuestiones de inconstitucionalidad respecto de Leyes preconstitucionales que se consideren contrarias a la Constitución, pues pueden ser inaplicadas por cualquier órgano judicial conforme a la Disposición Derogatoria tercera de la CE. No obstante, pese a no ser necesario, sí es admisible promover cuestiones de inconstitucionalidad respecto de Leyes preconstitucionales (vid. SSTC nº 4/1981, de 2 de febrero, 10/1983, de 21 de febrero, 83/1984, de 24 de julio y 224/2006, de 6 de julio). Debe tenerse



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

presente que la opción por el planteamiento de la cuestión lleva consigo el eventual efecto de que la sentencia de inconstitucionalidad tendrá efectos *erga omnes*, a diferencia de la pura y simple decisión del órgano judicial de inaplicar el precepto preconstitucional cuestionado. Por otro lado, en determinadas ocasiones, la contradicción entre la norma con rango de ley y la Constitución no es tan evidente como para acudir directamente a la Disposición Derogatoria.

Ha de subrayarse que “la finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad no es en modo alguno resolver controversias interpretativas sobre la legalidad surgidas entre órganos jurisdiccionales o dudas sobre el alcance de determinado precepto legal, para lo cual el Ordenamiento jurídico dispone de otros cauces. Su función se reduce así al enjuiciamiento de conformidad a la Constitución de una norma con rango de Ley que sea aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo” (SSTC nº 157/1990, de 18 de octubre; 114/1994, de 14 de abril; 273/2005, de 27 de octubre; AATC 62/1997, de 26 de febrero y nº 328/2007, de 12 de julio).

Aunque la finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad no es resolver controversias interpretativas, debe, no obstante, tenerse presente que como establece la STC nº 37/2012, de 19 de marzo “la doctrina legal de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo sentada en sentencias estimatorias del recurso de casación en interés de ley no sólo tiene el valor complementario del ordenamiento jurídico que a la jurisprudencia del Tribunal Supremo le atribuye el art. 1.6 del Código civil sino, además, verdadera fuerza vinculante para los Jueces y Tribunales inferiores en grado de dicho orden jurisdiccional. Por ello necesariamente ha de entenderse que lo que se cuestiona en el presente caso no es, en realidad, una mera interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo (en cuyo caso habríamos de declarar la inadmisibilidad de la cuestión), sino la constitucionalidad de determinados preceptos legales cuyo contenido vinculante ha sido determinado por la Sala de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en las citadas sentencias en interés de ley. Esto es, los preceptos legales cuestionados tienen para los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo el contenido preciso (ese mismo y no otro) que el Tribunal Supremo ha establecido al sentar doctrina legal vinculante en sentencias en interés de ley. En suma, en la medida en que el órgano judicial promotor de la presente cuestión viene obligado a aplicar en el proceso a quo unos preceptos legales con el contenido normativo fijado por el Tribunal Supremo en las citadas sentencias, de cuya constitucionalidad duda y de cuya validez depende el fallo, ha de concluirse que se cumplen las exigencias para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, reservada a las leyes y normas con fuerza de ley”.

Puede plantearse la cuestión de inconstitucionalidad frente a normas contenidas en tratados internacionales (STC nº 38/2007, de 15 de febrero).

La concreción de la norma que se entiende inconstitucional y de los preceptos de la CE a los que presuntamente se opone debe hacerse de modo preciso. Los Sres. Fiscales deberán recurrir las resoluciones en las que se plantee la cuestión incurriendo en imprecisiones u omisiones de esta naturaleza.

Este requisito de la precisión lleva a que se exija que se concrete la Ley que se considera inconstitucional, el o los artículos, y dentro de ellos los apartados, números y letras de aquellos si son varios.

No obstante, puede operarse con criterios de flexibilidad en relación con la concreción de los artículos de la CE que se consideran infringidos, cuando de las palabras del auto o providencia es posible inferirlos (así, *v. gr.* menciones a la igualdad, legalidad, presunción de inocencia) y ello por cuanto no crea indefensión a las partes en el trámite de audiencia (STC nº 41/1990, de 15 de marzo).



La precisión obliga a que en ocasiones, la mención del numeral no sea suficiente y deba exigirse mayor especificación (v.gr. mención genérica al art. 24.2 CE, en tanto contiene varios derechos).

III.-4 Momento procesal para plantear la cuestión de inconstitucionalidad

El momento procesal para plantear la cuestión de inconstitucionalidad, conforme a la nueva redacción del art. 35.2 LOTC es *una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese.*

En su redacción original, el art. 35.2 LOTC hacía referencia a la necesidad de que el planteamiento de la cuestión se produjese dentro del plazo para dictar sentencia. Tras la reforma operada por LO 6/2007, de 24 de mayo, se añade el inciso "o la resolución que procediese". Ello confirma lo que ya mantuvo la STC nº 76/1982, de 14 de diciembre, conforme a la que "no existe razón alguna para que los autos, en cuanto resoluciones motivadas sobre cuestiones incidentales en el sentido más amplio de la expresión, no puedan dar lugar a una cuestión previa de inconstitucionalidad en orden a la norma aplicable y de cuya validez dependen. La utilización del vocablo "Sentencia" en el art. 35.2 de la LOTC, o la de "fallo" en el art. 35.1 también de la LOTC y en el art. 163 de la CE, no debe llevarnos a entender que sólo tienen acceso a la cuestión de inconstitucionalidad aquellos preceptos que se hacen valer para fundamentar la Sentencia entendida en su acepción formal. Cuando la cuestión de inconstitucionalidad surge respecto a una Ley de cuya validez depende la decisión, podrá plantearse independientemente de que ésta adopte la forma de Sentencia o se trate de una decisión bajo forma de Auto; pues la razón es la misma en uno y otro supuesto, por cuanto, siendo la Ley cuestionada posterior a la Constitución, se da una prejudicialidad que sólo puede resolver este Tribunal. Cabe concluir que el vocablo "fallo" en el art. 163 de la CE significa el



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial, se trate de materia de fondo o de materia procesal”.

Debe tenerse presente, no obstante, que el TC ha admitido, en ciertos casos excepcionales, una aplicación flexible del requisito procesal consistente en que “el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento” mediante su interpretación finalista cuando aunque procesalmente no pudiese considerarse concluido el proceso ante la jurisdicción ordinaria, de dicha circunstancia no se derive un planteamiento prematuro de la cuestión. Esta posibilidad excepcional se constriñe, como regla general, a las leyes procesales, y sólo es admisible en el caso de leyes de naturaleza sustantiva cuando la ulterior tramitación del proceso hasta Sentencia no puede aportar ningún elemento adicional de juicio sobre la aplicabilidad de la norma legal cuestionada ni sobre su efecto determinante del fallo, ni sobre su legitimidad constitucional, o cuando la propia norma tenga una incidencia anticipada e irreversible en el propio proceso en curso (ATC nº 238/2002, de 26 de noviembre con cita de múltiples sentencias).

Es claro que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en fases anteriores a la expresamente prevista en el art 35.2 LOTC, sin cumplir con la exigencia de agotar el procedimiento debe ser una excepción a la regla general y como tal, aplicable solamente cuando se cumplan los requisitos que el propio Tribunal Constitucional establece. En este sentido son clarificadoras las SSTC nº 8/1982, de 4 de marzo y nº 110/1993, de 25 de marzo, que admiten este planteamiento previo en cuanto la continuación del proceso hasta el trámite de sentencia “no aportaría ningún elemento nuevo de juicio ni sobre la aplicabilidad de la norma cuestionada al proceso de origen, ni respecto del efecto determinante de dicha norma sobre el fallo que se haya de dictar, ni sobre la legitimidad constitucional de la norma cuestionada”.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

A *contrario* no procedería el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad por parte de los Jueces de Instrucción en relación a tipos delictivos o penas, al no ser posible tener la certidumbre en ese momento procesal de que el fallo de la causa penal seguida va a depender de las mismas. La STC nº 234/1997, de 18 de diciembre considera prematura plantear la cuestión en el trámite de admisión de la denuncia o en el de incoación de diligencias previas pues “en este momento procesal todavía no es posible saber si la norma que se cuestiona es aquella de la que va a depender el fallo, ya que pudiera ocurrir que esta norma no llegara a aplicarse porque no se probaran los hechos denunciados, existiera otra norma penal que desplazara aquella o, en fin, por cualquier otro motivo que impidiera la aplicación de la norma cuestionada”. En este sentido puede citarse igualmente el ATC nº 121/1990, de 13 de marzo, que tampoco considera a la conclusión de la instrucción momento procesal oportuno para plantear por el Juez de Instrucción la duda sobre la constitucionalidad de un tipo penal.

La cuestión de inconstitucionalidad puede ser planteada en cualquiera de las instancias procesales de los diferentes procedimientos (art. 35.2 *in fine* LOTC).

También se ha admitido el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante la necesidad de resolver una incidencia surgida en la fase de ejecución de sentencia (SSTC nº 73/2000, de 14 de marzo, 81/2003, de 30 de abril).

III.-5 Audiencia de las partes

La audiencia a las partes es requisito de vital importancia, habida cuenta de la doble función que cumple de suministrar al Juez una opinión relevante en



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

orden a la oposición Ley-Constitución y, al mismo tiempo, proporcionar al TC la visión de todas las partes sobre la temática planteada.

Tal audiencia ha de realizarse por escrito y con traslado simultáneo a todas las partes en el proceso y al Ministerio Fiscal en todo caso, aunque no haya sido parte, como se desprende del tenor literal del art 35.2 LOTC. Ya la Circular 3/1980, de 23 de junio mantuvo que el Fiscal “en todo caso, y cualquiera que sea o no sea su participación en el proceso, tiene que ser oído” criterio ratificado por la Circular 2/1999, de 30 de diciembre, que afirmó que “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-“. Esta audiencia al Fiscal durante la tramitación del incidente, en todo caso, y al margen de si éste interviene o no en el proceso judicial subyacente, se justifica por la defensa del interés público que tiene encomendado (art. 124 CE). Por ello, los Sres. Fiscales habrán de comprobar que la apertura del trámite se lleva a cabo con cumplimiento de todos los requisitos legales, para evitar el indeseable efecto de una inadmisión por razones estrictamente procesales, que no impiden volver a plantear la cuestión, una vez subsanadas aquéllas.

El plazo para evacuar el informe es de 10 días hábiles y de carácter improrrogable.

III.-6 Juicio de relevancia y de aplicabilidad

En cuanto a los juicios de relevancia y de aplicabilidad, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, la finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad no es la de dirimir controversias interpretativas sobre la legalidad planteables entre órganos jurisdiccionales o la de resolver dudas sobre el alcance de un determinado precepto legal, sino la de enjuiciar la conformidad



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

o disconformidad con la Constitución de una norma con rango de Ley que sea *aplicable* al caso en el que la cuestión se plantea y de cuya *validez* dependa el fallo a pronunciar por el Juez o Tribunal que la propone, tal y como exigen el art. 163 de la Constitución y el art. 35.1 LOTC y ha recordado el Tribunal Constitucional (SSTC nº 114/1994, de 14 de abril; nº 273/2005, de 27 de octubre o nº 131/2006, de 27 de abril).

El Tribunal Constitucional, a la hora de valorar si ha sido correctamente planteada la cuestión de inconstitucionalidad, exige que la norma cuestionada supere dos juicios: el denominado “juicio de aplicabilidad” y el denominado “juicio de relevancia”.

Por medio del juicio de aplicabilidad el órgano judicial habrá de determinar la inclusión de la disposición cuestionada en el elenco de normas que han de ser tomadas en consideración para resolver el litigio, habiendo entendido a este propósito el Tribunal Constitucional que esa operación de inclusión que ha de efectuar el órgano judicial ha de acogerse con flexibilidad, de modo que sólo cuando de forma evidente, sin necesidad de análisis de fondo, la norma cuestionada sea, según principios jurídicos básicos, inaplicable al caso en donde la cuestión se suscita, cabrá considerar inadmisibles por esta razón una cuestión de inconstitucionalidad (STC nº 55/2010, de 4 de octubre, FJ 2).

El juicio de relevancia ha sido definido por el Tribunal Constitucional como “el esquema argumental del que resulte que el fallo que haya de dictarse en el proceso *a quo* depende de la validez o falta de validez de la norma cuestionada” (SSTC nº 48/2005, de 3 de marzo, FJ 3, y nº 141/2008, de 30 de octubre, FJ 4, y ATC nº 122/2009, de 28 de abril FJ 3). Por medio de este juicio el órgano judicial ha de justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de esa norma, habida cuenta que la cuestión de inconstitucionalidad, por medio de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

la cual se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la ley, no puede resultar desvirtuada por un uso no ajustado a su verdadera naturaleza y finalidad, lo que sucedería si se permitiera que se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que la cuestión se suscita (SSTC nº 17/1981, de 1 de junio, FJ 1; y nº 141/2008, de 30 de octubre, FJ 6; AATC nº 42/1998, de 18 de febrero, FJ 1; nº 21/2001, de 30 de enero, FJ 1; 25/2003, de 28 de enero, FJ 3; nº 206/2005, de 10 de mayo, FJ 2; y nº 360/2006, de 10 de octubre, FJ 2).

A diferencia de lo que sucede con el “juicio de aplicabilidad”, respecto del “juicio de relevancia” el Tribunal Constitucional viene exigiendo mayor rigor en lo referente a la calificación de la disposición cuestionada como norma determinante del fallo pues, siendo característica de la cuestión de inconstitucionalidad la función de control concreto de la constitucionalidad de las normas, se trata de evitar que los órganos judiciales puedan transferir al Tribunal Constitucional la decisión de litigios que pueden ser resueltos sin acudir a las facultades que éste tiene para excluir del Ordenamiento las normas inconstitucionales, ni, menos aún, para buscar a través suyo una depuración abstracta del Ordenamiento (de nuevo, STC nº 55/2010, de 4 de octubre, FJ 2).

III.-7 Contenido del informe

En cuanto al contenido del trámite de audiencia a las partes, tras la reforma del art. 35.2 LOTC operada por LO 6/2007, cabe alegar tanto sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad como sobre el fondo de ésta.

La Fiscalía que interviene en la tramitación del procedimiento deberá ponerse en contacto en todo caso con la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, que habrá de ser la que decida el contenido del informe a emitir.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La Circular 2/1999, de 30 de diciembre declaraba al respecto que “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...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 aquélla y las correspondientes normas constitucionales”.

Esta conclusión debe ahora ser matizada. En cada caso habrá de ser la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional la que decida el contenido del informe. Si por haberse planteado la cuestión con anterioridad, o por cualquier otro motivo existe ya un criterio claro, podrá ésta impartir instrucciones para que en el dictamen a presentar ante la jurisdicción ordinaria se fije la posición de fondo de la Fiscalía. En otro caso el contenido del informe, de acuerdo con las pautas que imparta la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, se limitará a los extremos reseñados en la Circular 2/1999, de 30 de diciembre.

III.-8 Efectos del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad

Debe darse por reproducida la interpretación que del art. 163 CE *in fine* realiza la Circular 2/1999, conforme a la que *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.*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Distinto es lo relativo a la suspensión de las actuaciones judiciales en las que la cuestión de inconstitucionalidad ha sido planteada, pues conforme al apartado tercero del nuevo art. 35 LOTC *el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.* Se distingue por tanto entre una suspensión inicial, desde su planteamiento hasta la decisión del TC de admisión a trámite y otra posterior y eventual que perdurará desde la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad por el TC hasta el dictado de la sentencia. Tras el dictado de la sentencia, lógicamente, se estará a lo resuelto definitivamente.

Los Sres. Fiscales, conforme a estas reglas, dentro de su margen competencial, impedirán la reapertura y continuación del proceso durante la suspensión o bien lo activarán, una vez conocida la resolución del TC.

Debe no obstante recordarse que aunque la regla general resultante de lo establecido en el art. 35.3 LOTC es la de la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la admisibilidad de la cuestión, “nada impide al órgano judicial promotor de una cuestión adoptar las medidas cautelares que fueran precisas para asegurar las resultas del juicio, e incluso los efectos de la futura Sentencia de este Tribunal resolviendo la cuestión, como tampoco existe obstáculo para que lleve a cabo otros actos de instrucción y de ordenación del proceso que no guarden relación con la validez de la norma cuestionada” (AATC nº 186/2009, de 18 de junio, 313/1996, de 29 de octubre, 349/1997, de 28 de octubre, y 201/2006, de 20 de junio).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

IV.- ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

IV.-1 Pautas generales

Durante la fase de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, el Fiscal encargado del asunto deberá seguir los siguientes pasos:

1.- Tras la notificación de la providencia del órgano judicial por la que se da traslado por diez días para audiencia, habrá de comprobar:

- a) Que en la providencia se acuerda dar traslado por escrito y por plazo común e improrrogable de 10 días a todas las partes del proceso subyacente.
- b) Que se concreta el precepto o preceptos constitucionales que pueden ser incompatibles con la norma cuestionada.
- c) Que el proceso se encuentra en la fase de dictar sentencia u otra resolución procedente en que sea de aplicación la norma que se pretende cuestionar por el órgano judicial.

2.- En caso de que falte alguno de los citados requisitos formales, procederá interponer el recurso correspondiente (reforma, reposición o súplica).

3.- Deberá informarse al Fiscal Jefe del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, con remisión de la resolución judicial.

4.- La Fiscalía ante la que se tramita el procedimiento habrá de ponerse en contacto con la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional para solicitar instrucciones sobre el contenido del informe a emitir.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

5.- El dictamen del Fiscal deberá contar con la necesaria motivación, y bajo ningún concepto puede omitirse.

6.- Una vez planteada la cuestión, se enviará copia del auto de planteamiento a la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, a los efectos pertinentes.

7.- Tanto las Fiscalías territoriales como la del Tribunal Constitucional llevarán un registro de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en su ámbito de competencia.

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

Deberá designarse en cada Fiscalía un Fiscal o Fiscales encargados del despacho de las cuestiones de inconstitucionalidad, bajo la directa supervisión del Fiscal Jefe.

IV.-2 Legitimación del Fiscal para promover el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad

Ya la Circular 3/1980, de 23 de junio mantuvo que el Fiscal podía instar el planteamiento de la cuestión “en aquellos procesos civiles, penales, contencioso-administrativos o laborales en que por aplicación de las normas procesales respectivas o del Estatuto del Ministerio Fiscal esté interviniendo”. Esta misma Circular, no obstante exigía como requisito indispensable “recabar mediante un sucinto informe la conformidad de esta Fiscalía General”.

En el mismo sentido se pronunció la Circular 2/1999, de 30 de diciembre, al declarar que “nada impide al Ministerio Fiscal tomar la iniciativa para que se



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

plantee una Cuestión de Inconstitucionalidad, pero...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”.

Estos criterios han de ser ahora expresamente ratificados. También será requisito indispensable recabar la conformidad de la Fiscalía General para promover la ampliación del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad en un incidente en trámite, elevando el correspondiente informe.

V.- CONCLUSIONES

PRIMERA. La extraordinaria trascendencia de las cuestiones de inconstitucionalidad impone a la Fiscalía la máxima diligencia y rigor técnico jurídico en el despacho de estos incidentes.

SEGUNDA. Desde el momento en que se recabe el informe previsto en el art. 35 LOTC, los Sres. Fiscales deben comunicarlo a su Fiscal Jefe y, simultáneamente, éste debe ponerlo en conocimiento de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.

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

TERCERA. El procedimiento incidental debe tramitarse por escrito, por lo que si en la vista oral previa al dictado de sentencia se recaba el informe del Ministerio Público, los Sres. Fiscales informarán en el sentido de que procede tramitar en forma la cuestión, absteniéndose de informar oralmente en cuanto al fondo.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Los Sres. Fiscales deberán comprobar que se cumplen los demás requisitos exigidos por el art. 35.2 LOTC, esto es, la necesidad de que el órgano judicial identifique la norma o normas legales que pueden ser objeto de la cuestión de inconstitucionalidad y el precepto constitucional que se supone infringido, que se conceda audiencia a Fiscal y a las partes por el plazo común e improrrogable de 10 días y que el incidente se abra en el momento procesal oportuno. El incumplimiento de cualesquiera de estos requisitos deberá motivar la presentación del recurso procedente.

CUARTA. La concreción de la norma que se entiende inconstitucional y de los preceptos de la CE a los que presuntamente se opondrá debe hacerse de modo preciso. Los Sres. Fiscales deberán recurrir las resoluciones en las que se plantee la cuestión incurriendo en imprecisiones u omisiones de esta naturaleza.

QUINTA. La audiencia ha de realizarse con traslado simultáneo a todas las partes en el proceso y al Ministerio Fiscal en todo caso, aunque no haya sido parte.

SEXTA. En cada caso habrá de ser la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional la que decida el contenido del informe. Si por haberse planteado la cuestión con anterioridad, o por cualquier otro motivo existe ya un criterio claro, podrá ésta impartir instrucciones para que en el dictamen a presentar ante la jurisdicción ordinaria se fije la posición de fondo de la Fiscalía. En otro caso el contenido del informe, de acuerdo con las pautas que imparta la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, se limitará a los extremos reseñados en la Circular 2/1999, de 30 de diciembre.

SÉPTIMA. Deberá designarse en cada Fiscalía un Fiscal o Fiscales encargados del despacho de las cuestiones de inconstitucionalidad, bajo la directa supervisión del Fiscal Jefe.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

OCTAVA. Los Fiscales pueden instar el planteamiento de la cuestión en aquellos procesos civiles, penales, contencioso-administrativos o laborales en que por aplicación de las normas procesales respectivas o del Estatuto del Ministerio Fiscal esté interviniendo. Pero en estos casos será requisito indispensable recabar mediante un informe la conformidad de esta Fiscalía General.

También será requisito indispensable recabar la conformidad de la Fiscalía General para promover la ampliación del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad en un incidente en trámite, elevando el correspondiente informe.

En virtud de lo expuesto, insto encarecidamente a los Sres. Fiscales al cumplimiento de la presente Instrucción, a cuyo fin deberán atenerse en lo sucesivo a las pautas de actuación que en la misma se establecen.

Madrid, 27 de junio de 2012

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO



Eduardo Torres-Dulce Lifante

**EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES SUPERIORES, FISCALES JEFES
PROVINCIALES Y DE ÁREA.**