

ENTRE EUROPEIZACIÓN Y GERMANIZACIÓN. DE LA MUTANTE JURISPRUDENCIA DE APERTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN EN PERSPECTIVA

ANTONIO LÓPEZ CASTILLO

Universidad Autónoma de Madrid

I. VISAM QUOD UBI?—II. CONCULCATA TERRA.—1. *Hasta 1974.*—2. *De 1974 a 2000 (y más allá), pasando por 1993.*—3. *De 1987 a 2014.*—III. TERRA IGNOTA.—IV. COMMENDATIO AD LEGENTES.

RESUMEN

El artículo propone diferenciar dos grandes líneas en la jurisprudencia europea del Tribunal Constitucional Federal Alemán. El solapamiento y discontinuidad de esta jurisprudencia no debiera confundir sobre su conclusión y potencial convergencia.

En este sentido cabe señalar el posible despertar de una bella durmiente, la fórmula «Solange».

Palabras clave: Europeización y germanización; evolución y mutación; *ultra vires*; identidad constitucional.

ABSTRACT

This article proposes to distinguish two main lines in the European jurisprudence of the German Federal Constitutional Court. Overlap and discontinuity of this jurisprudence should not be confused about its evolution and potential convergence.

In this sense, it should point out the possible awakening of a sleeping beauty, the formula «Solange».

Key words: Europeanization and germanization; evolution and mutation; ultra vires; constitutional identity.

I. VISAM QUOD UBI?

Si se observa en su compleja trayectoria, esa jurisprudencia de apertura recaída, en lo sustancial, a propósito del dilatado proceso de integración europea invita a una reflexión que, sin desatender el prolijo y menudo detalle de las concretas resoluciones que concatenadas forman esa larga cadena jurisprudencial, ahonde en su comprensión sistemática. Que en sentido estricto ello seguramente demande un análisis que parta de su inserción en un marco comprensivo del que, asimismo, forma parte un conjunto diverso de resoluciones de muchos otros Tribunales constitucionales es cosa notoria. Que en lo que sigue no es posible ir tan lejos es la constatación de una obligada exigencia de rigor.

Así pues, el planteamiento del que aquí se parte, sin perjuicio de la gruesa divisoria política que permite diferenciar, en todo caso, dos fases, la que va de la Europa revivificada de la inmediata posguerra y esa otra fase que vengo caracterizando como la de la Europa de entre siglos, se sustenta en una periodificación de la larga serie de resoluciones que forman eso que genéricamente se denomina aquí jurisprudencia de apertura (no sólo) iuscomunitaria. Periodificación que, sin perjuicio de discontinuidades e intersecciones, permite reconocer dos marcadas líneas de evolución, precedidas acaso de unos preliminares, que, como el proceso mismo de integración europea, bien que en un diverso grado, se mantienen abiertas (1).

(1) Una periodificación semejante de la jurisprudencia del TCFA, aunque desde un planteamiento genérico, está en la base de la crítica a la que se considera expresión pospolítica de reactiva inanidad (cf. Martin Nettesheim, *Pospolitik aus Karlsruhe. Verfassungsrechtsprechung als Bredohungsabwehr*, en *Merkur. Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken*, 6, junio 2014, págs. 481-490).

Se trata de una contribución de objetivo interés, en la que se apunta a una contraposición semejante entre un primer periodo jurisprudencial (de tres décadas –se dice–), de reconocible directiva política, y la ulterior jurisprudencia que, tras unos años (ochenta) de transición,

En cada una de esas dos proyecciones, tomadas de una en una o conjuntamente, se advierte una especie de orientación en elipse o —si se prefiere una expresión menos hermética— en recorrido de ida y vuelta, que viniendo de la prudente contemporización, tiende a una manifiesta reacción, mediante la traza de límites o/y una demarcación de espacios y, transitoriamente modulada la frecuencia, recobra intensidad y visibilidad mediante una especie de confluyente actitud de desenvoltura proactiva, que puede proyectarse bien como formulación de (in)equívocas exigencias estructurales de congruencia, bien como reactiva exigencia de salvaguarda de sustantividad material, mediante cautelosa invocación de una versátil responsabilidad constitucional que de lo intangible e identitario evoluciona hacia lo políticamente necesario o/e inconveniente. Y ello a un mismo tiempo, según se mire *ad extra* o *ad intra*.

En consecuencia con este esbozo, en lo que sigue (II), previa alguna referencia de contexto a los preliminares en la jurisprudencia iuscomunitaria del TCFA (1), se trata de la solapada secuencia de una línea de jurisprudencia relativa a la tutela de derechos fundamentales que, sin perjuicio de otras resoluciones y cuestiones, bien puede decirse que va de 1974 (Solange I) a 2000 (Plátanos) (2) y de la jurisprudencia que, entre tanto y en paralelo, comenzaría a poner el foco, sin perjuicio de la delgada línea que separa lo atribuible de lo no atribuible, en una exigencia de delimitación de lo atribuido, mediante una pauta doctrina que, previa toma de impulso, a partir de 1987, en el tracto de esa Europa de entre siglos en la que, a la altura de 2014, seguimos estando, se desenvuelve y proyecta de un modo cada vez más enfatizado, sumando a las exigencias relativas a la vertiente formal del inicio pretensiones que solo desde una vertiente material, en la que se tendiera a confundir el plano de lo atribuido y de lo (no) atribuible, pareciera sustentable (3).

Y ello, al parecer, al efecto de salvaguardar los estándares constitucionales relativos a los principios democráticos y a los propios del Estado social y de derecho, —tanto si se trata de manifestaciones ortodoxas del proceso de integración como si se trata de actuaciones o medidas relativas a la tentativa de sal-

desde los noventa se estaría caracterizando por una actitud meramente reactiva que tendría incluso una proyección formal en su estilo y modo de argumentar. Sin cuestionar su interés, me parece que no se valora lo suficiente un elemento que, situados en la perspectiva adoptada por el colega de Tubinga, resulta determinante de eso que vengo llamando la Europa de entre siglos, la culminación política y constitucional de la unificación de Alemania. Presupuesto esto, la divisoria en dos grandes fases de la jurisprudencia del TCFA quizás pudiera caracterizarse no tanto mediante contraposición entre política y pospolítica, como a partir de la distinción entre política y politización; lo que, si bien puede parecer simple juego de palabras o alternativa manera de poner de manifiesto una constatable realidad, acaso pudiera llegar a tener consecuencias al efecto de valorar y criticar más precisa y certeramente esa manifiesta deriva en la jurisprudencia constitucional de la Alemania de entre siglos.

vamento de la moneda común, por ejemplo—, y aun de asegurar la remanencia misma del Estado nacional democrático, mediante inferencias, sustantivas y de procedimiento, de las que directamente se responsabiliza a los órganos constitucionales y cuya salvaguarda, en última instancia, al TCFA compete. Y a ese fin se convoca a los propios ciudadanos que, aun no alegando una directa e inmediata afectación, podrían tener expedito el acceso a su jurisdicción, si y en la medida en que se le advirtiera de la eventual existencia de situaciones de riesgo.

Si esos dos significativos periodos de la jurisprudencia de apertura del TCFA van a tener o no su continuidad en una tercera fase comprensiva, por sintética, porque los criterios interpretativos y tópicos acendrados en lo que antecede pudieran llegarse a integrar en común utilería hermenéutica, es cosa que guarda relación con la suerte misma de un proceso de integración en el que manifiestamente incide un activo doctrinarismo, de confluente discurso proactivo y reactivo, que sin duda restringe el espacio de la política, en la medida en que, por un lado, condiciona el desempeño, en particular, de la función parlamentaria, y, por otro lado, sujeta la adopción de decisiones políticas a controles de necesidad, si no de pertinencia, mediante criterios de pretendida racionalidad que exceden manifiestamente de las exigencias constitucionales de motivación.

Por ello, algo habrá de apuntarse a propósito del potencial alcance del entreverado empleo de esa tópica utilería antes de concluir esta especie de ensayo de reconstrucción interpretativa, a modo de comprensivo balance, de la mutante jurisprudencia de apertura del TCFA (III).

II. CONCULCATA TERRA

1. *Hasta 1974*

Las primeras manifestaciones en la jurisprudencia iuscomunitaria del TCFA, que datan de los años sesenta, se han de entender en el marco teórico avanzado, en lo sustancial, ya con ocasión de los debates a propósito de la contribución alemana a la no nata Comunidad europea de defensa. Y bien pueden caracterizarse por un tono de atenta complacencia con una prístina jurisprudencia iuscomunitaria, —que entre los órganos jurisdiccionales ordinarios estaba lejos de tener una indiscutida aceptación—, mediante la

que el Tribunal de Justicia de las Comunidades vendría a sentar las bases de la emergencia de un específico orden jurídico en el espacio de la integración.

Pues bien, sobre otras manifestaciones de aquellos primeros tiempos, sobre las que la jurisprudencia ulterior volvería de forma recurrente a lo largo de los años, bien para reiterarlas y potenciarlas [así, por más que se adoptase una formulación negativa, la temprana constatación de la viabilidad constitucional de un examen indirecto del derecho comunitario mediante un control directo de la ley alemana de ratificación del TCEE (2)], bien para rectificarlas (así, en particular, un tópico largamente sostenido, hasta su explícita reconsideración mediante la sentencia *Maastricht*, que como actos propios de las Comunidades y, por tanto, no estatales, ni los Reglamentos ni las Directivas podrían ser objeto de un control de constitucionalidad por la vía del recurso de queja), hay que destacar, sin duda, una doble manifestación relativamente disonante.

De una parte, una explícita asunción de la especificidad de lo comunitario que formalmente culmina en la caracterización de los Tratados o, más precisamente, del Tratado de la (entonces) CEE, del que literalmente se dice que «en cierto modo representa la Constitución de esta Comunidad». Y, de otra parte, se deja expresamente imprejuizada la cuestión de si y en qué medida en el marco de alguno de los procedimientos de los que hubiera de conocer, podría entrar o no el TCFA a examinar el derecho derivado a la luz de las normas relativas a los derechos fundamentales de la LF (3).

2. De 1974 a 2000 (y más allá), pasando por 1993

Sobre la pista balizada mediante esa fórmula equívoca que había consistido en dejar claro que (en ese momento) se dejaba imprejuizada la cuestión relativa a la determinación de la relación entre el derecho comunitario derivado y las garantías fundamentales establecidas en la LF, se dispuso a tomar tierra, sin solución de continuidad, un órgano jurisdiccional ordinario, el tribunal

(2) Cf. Decisión del TCFA de 5 de julio de 1967, BVerfGE 22, pág. 134, sigs. (cf. el sucinto comentario de HANS PETER IPSEN en *Europarecht* (EuR), 1967, pág. 358).

(3) Cf. Decisión del TCFA de 18 de octubre de 1967, BVerfGE 22, 293, sigs. (cf. el sucinto comentario de HANS PETER IPSEN, en EuR, 1968, pág. 137). Y a propósito de la prelación aplicativa en supuestos de concurrente aplicación de derecho nacional y derecho comunitario, el TCFA, mediante sentencia de 9 de junio de 1971, Lütticke (BVerfGE 31, 145, sigs.), que expresamente dejaba abierta la cuestión relativa a si el TJCE podría o no considerarse juez legal a los efectos del artículo 101. 1 LF, se permitía remitir a los correspondientes órganos jurisdiccionales ordinarios (cf. el sucinto comentario de HANS PETER IPSEN, en EuR 1972, pág. 57).

de lo administrativo de Francfort que, descontento con la respuesta prejudicial que el TJCE le había brindado, mediante Auto de 24 de noviembre de 1971 se dirigió al TCFA, mediante la vía incidental del control concreto de normas, por más que con base en una reiterada línea jurisprudencial de interpretación del artículo 100. 1 LF la jurisdicción de control del TCFA no parecía poder alcanzar a disposiciones normativas no estatales, como las comunitarias.

Que el TCFA hubiese dejado abierta esa cuestión animó al órgano jurisdiccional de Hessen a invocar razones para emprender una interpretación alternativa del objeto posible de control de constitucionalidad, con base en una complementaria línea de argumentación sobre la que, en buena medida ha descansado el debate durante años: la efectiva inmediatez de los reglamentos comunitarios, como normas directamente aplicables, y la deficiencia de un sistema de control de constitucionalidad que no estuviese en condiciones de poder asegurar la salvaguarda de los principios estructurales del orden constitucional en el supuesto de que pudiesen resultar afectados como consecuencia de una determinada interpretación del derecho comunitario.

A esas cuestiones vendría a darse una respuesta gradual, en un *continuum* jurisprudencial que, tomado en su conjunto, resulta menos incongruente de lo que examinadas una a una las sucesivas resoluciones, pudiera parecer.

Una primera respuesta, inmediata, vendría de la mano de la (primera) resolución *Solange*, bien conocida por un párrafo, encabezado por esa palabra que le da su renombre [«en tanto que el proceso de integración de la Comunidad no se desarrolle al extremo de que también el derecho comunitario disponga de un catálogo articulado de derechos fundamentales adoptado por un Parlamento, y en vigor...» (4)], mediante el cual —sin cuestionar todavía entonces su expresa línea jurisprudencial relativa a la exclusión de un control directo del derecho derivado—, se dejaba expedita una vía de acceso a su jurisdicción de control, previo planteamiento de cuestión prejudicial al efecto de clarificar el sentido y alcance de disposiciones iuscomunitarias, mediante denuncia de colisión con alguno de los derechos fundamentales de la LF.

Pero en aquella ocasión, no sin abierta discrepancia en su seno, la Sala segunda del TCFA dejó bien avituallada la andadura ulterior, en dos pasos concatenados.

Se vino a poner un énfasis particular, primero, en la traza de una neta divisoria jurisdiccional (que en la Europa de entre siglos, de modo no del todo consecuente e infundado, pareciera estar en el disparadero), confor-

(4) Decisión del TCFA de 29 de mayo de 1974, en BVerGE 37, págs. 231, sigs. (cf. el comentario de HANS PETER IPSEN, en EuR 1975, págs. 1, sigs.; y, entre otros muchos, los comentarios de HILF, KLEIN y BLECKMANN, en Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV), 1975, págs. 51, sigs., 67, sigs. y 79, sigs., respectivamente).

me a la cual ni el TJCE podía pretender decidir de forma vinculante acerca de la compatibilidad del derecho comunitario con la Constitución nacional (de modo que apreciaciones tales en la jurisprudencia del TJCE habrían de considerarse como *obiter dicta* no vinculantes), ni al TCFA le competería tampoco determinar si y en qué medida es o no compatible con el derecho primario una determinada regla del derecho derivado.

Y, acto seguido, se sostuvo una interpretación del sentido y alcance del fundamento constitucional de la integración, no como título de enajenación de soberanía, sino como cláusula de apertura en cuya virtud se hacía posible la entrada de un flujo normativo en el espacio constitucional hasta un cierto punto; en todo caso, hasta el insuperable límite de la identidad constitucional, de modo que, de llegar a incidir el derecho comunitario en las estructuras constitutivas del orden constitucional entre las que, como un aspecto esencial e inalienable, se habría de considerar el apartado relativo a los derechos fundamentales, el TCFA estaría llamado a declarar su inaplicación, mediante control directamente ejercitado sobre actuaciones y disposiciones nacionales de aplicación del derecho comunitario, concentrando así el ejercicio de una función de control que satisfaría a un tiempo las exigencias de la LF y el interés comunitario.

La discrepancia manifiesta de tres de los integrantes de la Sala segunda del TCFA, a propósito de la relectura introspectiva del sentido y alcance del fundamento constitucional de la integración, se centraría en subrayar la pertinencia de una interpretación contextualizada que ciñese lo intangible a la tutela de un «contenido nuclear de los derechos fundamentales» que se consideraba a salvo y en la denuncia, por inconsecuencia comunitaria, de la anunciada perspectiva de inaplicación (de efecto equivalente a una declaración de invalidez de la que, como es notorio, conforme al derecho internacional los Estados no disponen) unilateral de disposiciones iuscomunitarias mediante control incidental de normas nacionales, que se considera como la arrogación de un «estatuto de privilegio» objetivamente incompatible con las obligaciones iuscomunitarias convencionalmente asumidas.

El estado de la cuestión a propósito de un operativo estándar constitucional (de tan controvertido alcance) se estuvo debatiendo en los años siguientes, a propósito ya no sólo del proceso de integración comunitaria, en una secuencia de resoluciones de diverso calado que, tomadas en su variopinto conjunto, se mueven en un equívoco sentido, si vale la expresión.

En un sentido de morigerada contención con respecto a las demandas de aplicación y compleción de la tesis del control constitucional mediato [no

sólo(5)] del derecho comunitario, de una parte (la más visible)(6), sin perjuicio de una complementaria integración del sentido y alcance, como cláusula relativa a la atribución de derechos de soberanía, instrumental (entonces) al efecto de sostener el (mermado) estatuto de soberanía mediante una especie de fórmula de actualización jurisprudencial del tránsito político del (entonces todavía demediado) estatuto de soberanía de aquella República federal de Alemania(7).

De esa situación saldría el TCFA en dos fases superpuestas, lo que ha podido confundir acerca del alcance real de manifestaciones que, en todo caso, se han de considerar conjuntamente.

En una primera fase, mediante una inmediata reconsideración de la doctrina *Solange* de mediata o diferida desactivación, y en una segunda fase, temporalmente intercalada y que sigue operando como una subsidiaria línea activa de su jurisprudencia, mediante una reformulación comprensiva del discurso relativo a la tutela de estándares iusfundamentales, como una parte del todo, como elemento expresivo de una identidad constitucional que,

(5) Cf. Resolución de 23 de junio de 1981, Eurocontrol I (BVerfGE 58, págs. 1, sigs.; cf. el sucinto comentario de JOCHEN A. FROWEIN, en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, EuGRZ, 1982, págs. 179, sigs.), en la que se niega la pretendida existencia de una jurisdicción subsidiaria de los órganos jurisdiccionales nacionales al efecto de controlar supuestas deficiencias interpretativas, formales o materiales, en el marco de un organismo supranacional al que, en virtud de la cláusula constitucional de apertura, se hubiese atribuido la función de tutela judicial de sus actuaciones.

Cf., asimismo, Resolución de 10 de noviembre de 1981, Eurocontrol II (BVerfGE 59, págs. 63, sigs.) que, en lo sustancial, se remite a la decisión previa.

(6) En este variopinto grupo pueden identificarse resoluciones menores en las que el TCFA desatiende una pretensión de completa extensión de su jurisdicción de control al ámbito propio del recurso de queja por inconstitucionalidad (cf. Resolución de 7 de enero de 1975, as. 1BvR, 444/74) o a propósito también del derecho primario (cf. Decisión de 25 de julio de 1979, en BVerfGE 52, págs. 187, sigs.; cf. Hans Peter Ipsen, en EuR 1980, págs. 71, sigs.), inconsecuente con el criterio discrepante en *Solange* I, pero en línea con el planteamiento unilateralista que subyace al criterio mayoritario.

(7) Cf. Decisión de 18 de diciembre de 1984, Pershing-II Raketen, as. BVR 13/83 (BVerfGE 68, págs. 1, sigs.).

La relevancia de la doctrina sentada en esa ocasión puede apreciarse todavía hoy, tanto si se le ha dado continuidad, como si no. Proyectar la cláusula de apertura a un supuesto, en último término, relativo al ejercicio eventual de las atribuciones de un órgano constitucional extranjero (el Presidente de los EE.UU.) permitiría al TCFA enfatizar, expresamente una lectura flexible de los compromisos asumidos, ex art. 24.11 LFA y apuntar, de modo implícito, a su instrumental interpretación a la luz de la integridad del orden constitucional y de la soberanía aun por completar de Alemania. Por lo demás, mediante un estricta lectura de un criterio de corrección funcional democrático, se permite desviar una pretendida intervención del Parlamento, de un modo antitético al que —como se ha de ver— culmina en el Auto prejudicial de 2014.

sobre los principios estructurales del orden constitucional, en su jurisprudencia más reciente alcanza —como se ha ver en lo que sigue— a otros muchos contenidos (adicionales), reconducidos a esa cláusula de identidad constitucional mediante una formulación de criterios, más decisionista, que prudencial (8).

De la primera fase —por lo que se apunta, ya superada (a reserva —preciso es advertir—, de que el TCFA decidiese entrar a pronunciarse desde esta perspectiva —y no ya desde el planteamiento de control de *ultra vires* hacia el que ha basculado su jurisprudencia ius— y paracomunitaria de entre siglos— acerca de la interpretación constitucionalmente conforme de las disposiciones horizontales del título VII de la Carta de DDFE/UE, en particular, a la vista de lo relativo al ámbito de aplicación de esos estándares comunes y en atención a la posible invocación de adicionales estándares nacionales)—son exponente principal las decisiones *Solange II* y *Plátanos*.

Como es bien sabido, en 1986, el TCFA vino a dar fe pública, cual notario de la realidad, del estado jurisprudencial relativo a la tutela pretoriana de derechos y garantías de carácter iusfundamental mediante la inferencia y concreción de reglas equivalentes a partir de los referentes anunciados en su jurisprudencia preliminar, como principios generales del derecho comunes al conjunto de los sistemas constitucionales de los Estados miembros.

Y, ya en 2000, en consecuencia lógica de aquella inversa reformulación de la cláusula *Solange* (9), el TCFA vino finalmente a desactivar una reserva de jurisdicción en materia de tutela de derechos y garantías iusfundamentales que sólo, por hipótesis, en presencia de una inesperada caída de los estándares de tutela y de los procedimientos mediante los que la misma se viene prestando, se habría de pensar en reactivar.

El punto de inflexión, de la que aquí se ha caracterizado como segunda fase, se produjo en un momento (re)constituyente, de (re)orientación de la marcha previa, entre la agenda de germanización a levante y la (re)programación de la europeización a poniente. Estaba dando sus primeros pasos la Europa de entre siglos.

De alcance constitutivo ha de considerarse, a esos efectos, la decisiva sentencia *Maastricht* (1993) que, no obstante la (entonces) recién aprobada reforma de la LF al efecto de dotarse de un fundamento constitucional específico para contribuir al proceso de configuración de la Unión Europea, el artículo 23.1 LF, sobre los antecedentes ya referidos, apuntó en una línea

(8) En un sentido similar, de modo algo más templado pero, por ello, no menos claro, se pronuncia recientemente también MARTIN NETTESHEIM, *loc. cit.* (nota 1).

(9) A propósito de esta secuencia me permito remitir a *mis* comentarios de una y otra resolución del TCFA en REDC 23, 1988, págs. 207-230, y en REDC 61, 2001, págs. 349-364.

de comprensivo tratamiento de la cláusula-Europa y de la directiva política del Preámbulo a propósito de la unidad europea como sendas manifestaciones de la genérica directiva constitucional de apertura al orden iusinternacional, en condiciones (actualizadas ya tras la unificación reciente en un solo Estado de lo que fueran dos) de plena igualdad soberana.

Y en este reformulado marco, la sala segunda del TCFA procedería a dejar sentada la inequívoca vigencia de los principios relativos al derecho internacional a propósito del sentido y alcance de sus compromisos en la Unión; particular exponente de esa basilar directiva hermenéutica pueden considerarse tanto la condicionada concepción de la unión monetaria como comunidad de estabilidad (adelantando una caracterización a la que recientemente se vuelve al efecto de inferir adicionales posibilidades de condicionamiento interpretativo de las disposiciones del TfUE y del Estatuto del SEBC, mediante su primer Auto prejudicial), cuanto la explicitada advertencia de que, como dueña de los Tratados, la Alemania revivificada podría muy bien reconsiderar su participación en el proceso de integración europea.

Y todo ello, previo ensayo de comprensiva integración de la acumulada *summa topoi*, actualizada mediante una reconsideración, largo tiempo demandada por los recurrentes en queja por inconstitucionalidad y de la que se hace ahora eco el TCFA en atención a un cambio de circunstancias que (sin necesidad alguna de invocación de la cláusula *rebus sic standibus*, por más que la misma esté en la base de su proteica decisión) le lleva a afirmar su jurisdicción de tutela de los estándares constitucionales indisponibles de derechos fundamentales al margen de su origen, es decir, también frente a las disposiciones del derecho de la Unión que pudieran incidir en ese coto reservado, sin perjuicio de su disposición a la cooperación entre las supremas jurisdicciones, el TJUE y el TCFA. Al efecto, el TCFA procedería a la expresa revisión de su doctrina *Eurocontrol*, sin preocuparse siquiera de salvar su posición previa, lo que podría haberse conseguido mediante una diferenciación entre la UE y otros organismos técnicos, con base en la existencia de una doble cláusula de apertura en la LF ya entonces, el artículo 23.1, a propósito de la UE, y el artículo 24.1, sin destinatario específico.

Pero el TCFA estaba ya lejos de querer ahondar en lo específico del proceso de integración. Y, por tanto, no tuvo reparo ni inconveniente alguno en limitarse a reconsiderar una posición previa. Se trataba de una pieza más para la reconstrucción del estatuto de Alemania en la Unión Europea.

En ese sentido, en *Maastricht* se abría paso una línea doctrinal que, atendida la jurisprudencia ulterior, no sólo es que haya de considerarse plenamente consolidada (así, de un modo particularmente explícito, en la sentencia *Lisboa*, se presenta de modo comprensivo, algo ya esbozado en aquella

primera ocasión, que la directiva de cordialidad iuseuropea sólo es expresión singular de la genérica cordialidad iusinternacional, una visión reductora que se proyecta luego, en consecuencia, a la hora de precisar el sentido y alcance de una llamada cláusula-Europa, de la que, como muy bien se advierte ya en esa misma ocasión, parece interesar, si no más, tanto por su apartado primero, como por lo que hace a su apartado segundo, como bien acredita el condicionamiento de la ratificación a la previa articulación *ex lege* de diversas oportunidades de intervención del legislador, convencionalmente imprevisitas), sino que de su inicial posición de reactivo resorte constitucional, en los atribulados tiempos de la Europa en crisis su jurisprudencia transita sin pausa, y cada vez más deprisa, hacia posicionamientos de impostación proactiva.

Y ello en virtud de una sistemática interpretación condicionada, no ya sólo del (reformulado) Tratado constitutivo, cual era el caso en *Maastricht*, sino que sobre eso se ha hecho extensiva también a los tratados de acompañamiento (relativos a la tentativa de gobernanza de la crisis) y, como bien acredita en su primera cuestión prejudicial, actuaciones cualesquiera de las instituciones, principales o secundarias, de la UE.

Y al efecto de sustentar en perspectiva iusfundamental esta aceleración del tempo jurisdiccional, el TCFA se sirve de un derecho de participación política mediante representación electa, *ex* artículo 38 LF, configurado en su traza ya en *Maastricht*, al que en lo sucesivo se viene interpretando de un modo extensivo tal que sólo acudiendo a figurativas referencias como «magmático» o «plasmático» podría darse a entender a inadvertidos.

En la jurisprudencia de entre siglos del TCFA, esa garantía iusfundamental que está en la base del sistema representativo de un orden constitucional democrático, deviene proteica utilería al efecto de trazar, no ya límites constitucionales insuperables, sino borrosas líneas de cesura, no jalones, ni cruceros, sino rayas que se pintan y repintan (como las fronteras nacionales de la Europa de entre siglos, se está tentado de decir), de modo que la identidad constitucional puede llegar a cubrir situaciones de hipotético riesgo, derivadas del anuncio de medidas relativas a compra de bonos en los mercados secundarios, para la autonomía presupuestaria de la Dieta federal, por ejemplo.

El estándar de tutela de irrenunciable contenido iusfundamental sigue, pues, resonando en la jurisprudencia actual del TCFA pero, un tanto distorsionado. Como elemento secundario en un contexto conflictivo de juego de delimitación y limitaciones competenciales en el que el TCFA se postula como árbitro.

3. De 1987 a 2014

En la jurisprudencia del TCFA se había venido manteniendo una tónica caracterización del alcance de la autorización parlamentaria de los tratados, consecuente con el tradicional (templado) dualismo de la doctrina internacionalista, que, por lo que al proceso de integración comunitaria se refiere, se plasmaría en su caracterización como mandato de aplicación. Un mandato de aplicación que, sin pretender establecer exigencias de transformación o ratificación, tenidas por incompatibles con la efectividad del derecho comunitario, no se limitaba a la mera manifestación de autorización parlamentaria del depósito de instrumento de ratificación. Pues, desde un primer momento, en la ley de autorización parlamentaria del Tratado relativo a la ya extinta CECA se incorporaban previsiones normativas relativas al reflejo de la integración en la articulación y funcionamiento de las competencias respectivas de Federación y *Länder* (10).

Que la autorización parlamentaria de los sucesivos pasos en el proceso de integración se vehiculase mediante ley, así como inicialmente había hecho posible, sin mayor inconveniente político o doctrinal, la adición por el legislador de determinadas previsiones reguladoras del funcionamiento de las respectivas competencias federales y de los *Länder*, permitiría tiempo más tarde al TCFA la inferencia, a partir de ese mismo mandato de aplicación insito en la autorización legislativa, de un *programa de integración*.

Un indeterminado, pero determinable, compromiso convencionalmente articulado, ya que no explícito, implícito en la autorización parlamentaria. Se venía a sumar así, a la explícita previsión de regulación relativa al modo de ejercitar sus competencias los órganos y autoridades nacionales, una implícita acotación del alcance, por determinar, de la atribución convencionalmente articulada.

De modo que si la atribución podía tener consecuencias *ad intra*, como bien se colegía de una tentativa articulación de las respectivas intervenciones de Federación y *Länder* [que de su previsión en el plano legislativo, y su complementario desarrollo convencional, sucesivamente actualizado, se pasaría —como es notorio— a un plano constitucional, mediante formulaciones diversas y preciso reconocimiento articulado *ex artículo 23 LF*(11)],

(10) A propósito, me permito remitir, en detalle, a *mi* Constitución e integración, CEC, Madrid, 1996, capítulo cuarto.

(11) A propósito me permito remitir a *mi* Constitución e integración (cit., en nota 10), y a *mi* contribución (Alemania en la Unión Europea a la luz de la sentencia Lisboa del TCFA), en Antonio López Castillo/Agustín Menéndez Menéndez, Sentencia Lisboa del Tribunal constitucional federal alemán, Foro, 23, CEPC, Madrid, 2011, págs. 19-58.

entonces el ejercicio comunitario de lo atribuido o, dicho en otros términos, el modo y alcance del ejercicio de las competencias (explícitas e implícitas, determinadas o determinables, mediante concreción de bases jurídicas de textura o pretensión finalista) convencionalmente atribuidas a las instituciones de las (entonces) Comunidades europeas, vendría a multiplicar las ocasiones de controversia competencial en la medida en que la superposición de un plano adicional de adopción de regulaciones y de toma de decisiones lógicamente restaría espacio y densidad al desempeño de las respectivas funciones y competencias.

En consecuencia, la integración más ajustada posible del programa de integración, convencionalmente articulado e implícitamente autorizado mediante el mandato de aplicación insito en la ley de autorización, no le parecería ya al TCFA una tarea que pudiera dejarse a la exclusiva responsabilidad del (entonces) TJCE, por más que, en primera instancia, fuese el Tribunal de Luxemburgo la institución llamada a interpretando [y por ello, en consecuencia con esa constancia, se le reconocería, como a todo otro tribunal en posición semejante, un ámbito de discrecionalidad, al efecto de integrar el sentido y alcance de las previsiones de los Tratados y del derecho derivado (12)].

Que se presumiese la existencia de un programa de integración implicaría que los órganos e instituciones que aplicasen e interpretasen el DUE, por más que dispusiesen de un ámbito de discrecionalidad, habrían de ajustar el desempeño de su función al programa de integración convencionalmente articulado a la hora de integrar y clarificar el sentido y alcance de las diversas bases jurídicas.

Y podría suponer además, por hipótesis, que ante la duda sobre la conformidad o no al programa de integración parlamentariamente autorizado por el legislador, se llegase a poner en cuestión el alcance del mandato de aplicación interna insito en aquella autorización, mediante la asunción de una función de control al efecto de constatar la existencia de una posible actuación en exceso o carente de cobertura convencional y, por tanto, extramuros del mandato de aplicación.

Con todo, esa pretensión de asunción de responsabilidad al efecto de salvaguarda de la correspondencia del programa de integración con el mandato de aplicación implícitamente impartido a los órganos constitucionales internos con ocasión de la prestación del consentimiento en obligarse mediante la ley de autorización, no pasaría en horas veinticuatro de su formulación a su puesta en práctica, en la medida en que al efecto de subsanar

(12) A propósito de este reconocimiento me permito remitir a *mi* comentario (El efecto directo de las directrices comunitarias y su constitucionalidad interna en la República Federal de Alemania: Un comentario...) en la RJCLM 5, 1988, págs. 171 y sigs.

hipotéticas actuaciones en exceso (tanto como posibles faltas de actuación) podría ser llamado a intervenir el Tribunal de Justicia mediante los procedimientos establecidos al efecto (bien sea directa o indirectamente, mediante un recurso de anulación —u omisión— y a través de cuestiones prejudiciales planteadas, a instancias de los particulares, por los órganos jurisdiccionales que, por razón de la materia, estuviesen conociendo del asunto) en el programa de integración convencionalmente articulado.

En efecto, sobre la tradicional referencia de resonancia dualista al mandato de aplicación (reiterada, por ejemplo, en la ya referida sentencia *Solanze II*, por más que allí pareciese una alusión marginal, por haberse puesto el foco en otros aspectos relativos a la modulación de la remanente jurisdicción de control de constitucionalidad de los contenidos materiales indisponibles, en atención al estado de la cuestión en la tuitiva jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo), mediante sentencia de 8 de abril de 1987, vino a dar el TCFA un paso adicional al poner sobre lo atribuido un complementario acento —insito en aquellas otras referencias previas— al efecto de centrar la atención en el alcance posible de la aplicación y puesta en práctica del *programa de integración*.

En aquel caso (*Kloppenburg*), ante la omisión de su deber comunitario de planteamiento de cuestión prejudicial antes de poner en cuestión el sentido y alcance de disposiciones iuscomunitarias, se anularía la resolución del Tribunal de lo financiero federal cuestionada por vulneración de la garantía iusfundamental que ampara el acceso al juez legal. El TCFA procedió por primera vez a integrar el parámetro constitucional de control a la vista del consentido y autorizado programa de integración procediendo a la anulación de la resolución cuestionada y ordenando la retroacción de actuaciones a fin de que pudiera hacerse efectiva la exigencia de planteamiento de cuestión prejudicial en los términos derivados de la jurisprudencia iuscomunitaria del TJUE.

Esa indirecta asunción paramétrica de las exigencias iuscomunitarias en el desempeño de su jurisdicción, se acompañaba en aquella ocasión, de modo claro, de la reivindicación de un papel complementario en la tarea de integrar el sentido y alcance (autorizados) del programa de integración mediante la arrogación de una potestad de control de *ultra vires*. Mediante instrumental examen de constitucionalidad del mandato de aplicación, insito en la autorización parlamentaria, que, en atención al sistema de control jurisdiccional del derecho convencionalmente previsto y parlamentariamente autorizado no podría traducirse en la arrogación de la competencia (implícitamente) atribuida al TJUE al efecto de declarar la nulidad de las disposiciones del DUE; que vendría a plasmarse en una declaración de inaplicación en el espacio ju-

rídico alemán, de esas disposiciones o actos comunitarios dictados en exceso o *ultra vires* del programa de integración.

Al tiempo que se reconocía un ámbito discrecional de decisión al TJ se afirmaba una especie de complementaria jurisdicción nacional de control de *ultra vires* o control sobre el alcance del ejercicio de las atribuciones integrantes del programa de integración convencionalmente establecido, mediante una fiscalización instrumental de la autorización parlamentaria, con ocasión del desempeño de su jurisdicción de control de constitucionalidad de las leyes lo que, dada su veste formal de ley, alcanzaría a la autorización parlamentaria de los Tratados institutivos de las Comunidades Europeas.

No obstante, identificada la vía de control, quedaba pendiente de clarificar el alcance posible de las resoluciones que se pudiesen venir a dictar con ocasión del ejercicio de esa jurisdicción de (indirecto) control del DUE por parte del TCFA. Pues, si bien delimitar lo atribuido seguiría siendo una tarea, *prima facie*, del TJUE, al TCFA le podría corresponder entrar a pronunciarse en supuestos controvertidos, previo un pronunciamiento prejudicial del TJUE (sin agotar entonces un detalle sobre el que aun no se había formado criterio un TCFA que, según queda expuesto, por primera vez sancionaba la omisión de planteamiento de cuestión prejudicial por parte de un supremo tribunal ordinario), pues de lo contrario se estarían alterando las previsiones mismas de un programa de integración en virtud del cual al TJUE le compete interpretar el DUE y, en su caso, declarar la nulidad de derecho derivado de la UE.

En lo sucesivo, proseguiría el desarrollo de la potencialidad de esa vía de control mediante una interpretación configuradora que, sobre la reiterada invocación de su responsabilidad como instancia remanente de control de *ultra vires*, ha permitido al TCFA la acumulativa concatenación de elementos doctrinales en ininterrumpida secuencia de engarce, que de *Kloppenburg* y *Maastricht* conduce a *Lisboa* y *Honeywell* y, en esa estela, a una serie reciente de resoluciones de las que el Auto prejudicial de 2014 seguramente sea punto inexcusable de referencia.

En este sentido, sin intención alguna de entretenerse en el pormenor de los detalles, a propósito, es preciso subrayar la insistencia en la sentencia *Lisboa* de una conexidad de lo comunitario y lo iusinternacional, de la que son particular exponente la caracterización de la cláusula europea como expresión específica de cláusulas de apertura al orden internacional o una concordante consideración del tópico de cordialidad iuseuropea como una específica manifestación de una comprensiva cordialidad iusinternacional. Conexidad que, en consecuencia, redunde en esa tradicional concepción de tono dualista de mandatos de aplicación que, por simpatía con el marco iusinternacional de partida, antes que tolerar pretensiones de incondicionada

primacía cual si se tratase de un sistema de interrelación normativa análogo a los sistemas federativos, demandarían la comprensión morigerada de una exigencia de desplazamiento e inaplicación que, estuviese explicitada en una determinada cláusula convencional o fuese objeto de una inferencia sistémica, por lo que al espacio jurídico nacional se refiere, no podría sustentarse sino en el ya referido mandato de aplicación.

Sobre esta enfatización discursiva de conexidad iusinternacional del fundamento constitucional de la integración que la articulación normativa, de preponderante naturaleza intergubernamental, para comunitaria e iusinternacional, de la afanosa tentativa de superación de la crisis financiera en la base estatal que sigue soportando la UE, no ha hecho otra cosa que contribuir a potenciar, en la jurisprudencia reciente del TCFA se advierte una aceleración del tempo y la intensificación del tono discursivo iusinternacionalizante con respecto y en torno al proceso de integración.

Al efecto bien pueden subrayarse, de una parte, la insistente deriva hacia la flexibilización, a falta de intervención del legislador procesal, de un presupuesto de orden público procesal, como es la concurrencia de legitimación previa a la admisión a trámite, en el recurso de queja por inconstitucionalidad, tanto como la superposición de criterios expresivos del parámetro de control operativo en hipótesis de control de *ultra vires*, o, por destacar el aspecto de más reciente actualidad, la identificación de adicionales efectos y posible alcance de las resoluciones eventualmente declarativas de actuaciones *ultra vires*.

Respecto de la legitimación y admisión a trámite del recurso de queja por inconstitucionalidad, insistiendo en la línea de jurisprudencia iuscomunitaria que viene de *Maastricht*, en algunos de los pronunciamientos recientes del TCFA se avanza decididamente en la adopción de una técnica de manipulativo activismo jurisprudencial, en manifiesta y abierta contradicción con una exclusión procesal de la acción popular en el recurso de queja por inconstitucionalidad, que formalmente no se cuestiona.

Y así, en particular, en el reciente Auto prejudicial de 2014, contra una manifiesta discrepancia expresa en dos votos particulares, la mayoría de la Sala se ha permitido desconocer la exigencia procesal constitucional de acreditación de directa y efectiva afectación individual, mediante configuración de una alternativa, legalmente imprevista, en virtud de la cual, ese inexcusable presupuesto para la admisión a trámite de los recursos de queja por inconstitucionalidad se considera satisfecho siempre que y en la medida en que el recurrente acierte a advertir de la existencia de una situación de riesgo.

A mayor abundamiento, a la inconsecuencia de brindar una alternativa que no ha previsto el legislador procesal constitucional sin poner en cuestión

la interpretación tradicional de la legitimación para recurrir y de su incidencia en relación con el régimen de aplicación de las reglas relativas al trámite de admisión de los recursos de queja por inconstitucionalidad, se suma la inconsistencia de trazar una línea de maleable interpretación de requisitos de orden público procesal a contramano de recientes propuestas doctrinales, asumidas por el propio TCFA, que van más bien en el sentido de demandar del legislador un encarecimiento de esos presupuestos procesales al efecto de poder restringir el acceso a esta específica vía de tutela constitucional de derechos y garantías iusfundamentales.

En todo caso, no son esas inconsecuencias o contrasentidos lo más relevante de la alternativa interpretación de los presupuestos procesales de admisión a trámite del recurso de queja por inconstitucionalidad, sino el deslizamiento por la resbaladiza pendiente del criterio político en el que incurre la (mayoría de la) Sala segunda del TCFA, en la medida en que, por fuerza, inevitablemente, al efecto de valorar la concurrencia de tales situaciones de riesgo, el criterio hermenéutico tenderá a enredarse en criterios de necesidad, oportunidad, racionalidad, etc.

Y ello de un modo que, al margen de otras consideraciones pendientes, seguramente resulta difícil de coonestar con tópicos de la interpretación constitucional, tales como el principio de corrección funcional que está en la base de funcionamiento regular de sistemas constitucionales sustentados, no ya en una división de poderes, sino simplemente, en esa divisoria *Gubernaculum / Jurisdictio*, operativa incluso en el rudimentario marco institucional del protoconstitucionalismo tardo medieval (13).

En relación con el parámetro de control, bastará con detenerse en la secuencia que va de *Lisboa* y *Honeywell* al Auto prejudicial de 2014, para apreciar el relativo solapamiento que resulta de modular una inicial exigencia de corrección, no sin controversia, en virtud de la contemporizadora formulación de una especie de gradualismo hermenéutico a propósito de una exigencia difícil de precisar; por lo que la previa exigencia de corrección no se consideraría arrumbada ante la eventual apreciación de una concreta apreciación que pudiera ser considerada errónea, sino única y exclusivamente en presencia de interpretaciones notoria o manifiestamente dictadas en exceso de jurisdicción.

Como bien se apunta mediante criterio doctrinal, si bien minoritario en el espacio doctrinal alemán de esta hora, en modo alguno infundado, la inconsistencia de una exigencia de corrección semejante no estriba solo en

(13) A propósito se remite, en particular, al VP de Lübbe-Wolff. En cuanto a la referida divisoria como operativa marca del constitucionalismo antiguo, cf. la provechosa traducción de J. J. Solozábal del clásico de Charles H. MacIlwain *Constitucionalismo antiguo y moderno*, CEC, Madrid, 1991.

el hecho de que cuestione de plano las reglas convencionalmente establecidas al efecto de articular un complejo sistema de interrelación en el que la competencia para sentar el criterio de general aplicación se atribuye a una institución común —lo que *a contrario* excluye su apreciación discrecional por uno solo tanto como por cada una de las partes—, sino que se explica también con base en parámetros expresivos de una inexcusable exigencia de corrección funcional (14).

En cuanto a los efectos y alcance posible de una hipotética declaración constitucional de *ultra vires*, conviene recordar que respecto de esta cuestión en la jurisprudencia ius o para comunitaria del TCFA, de *Maastricht* en adelante, se había venido insistiendo en que, de llegarse a constatar la existencia de *ultra vires*, previo planteamiento de cuestión prejudicial, bien por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios (como ya previamente se puso de manifiesto mediante la ya referida sentencia *Kloppenburg*), bien por parte del propio TCFA (lo que, como es bien notorio, previo anuncio por la sentencia *Honeywell*, finalmente se ha hecho mediante Auto prejudicial de 2014), la consecuencia sería dejar inaplicado en el espacio constitucional alemán el DUE.

Pues bien, ese estado de la cuestión queda ya superado en virtud del referido Auto prejudicial del TCFA.

Conocida era la genérica exigencia de responsabilidad por (o acaso mejor, al hilo de) la integración dirigida por el TCFA a los órganos constitucionales en demanda de actuación consecuente con las exigencias constitucionales indisponibles y, por ello, integrantes de la identidad constitucional, y de cuya salvaguarda resultarían, *prima facie* —o, de otro modo, políticamente— responsables, mediante la sentencia *Lisboa*.

Se recordará asimismo que la autorización de la prestación de consentimiento para la ratificación del Tratado de Lisboa, en aquella ocasión se vinculaba expresamente a la previa articulación legislativa de diversas modalidades de participación de la Dieta federal en relación con la adopción de resoluciones y toma de decisiones que fuesen a resultar vinculantes en solar alemán, en términos de una precisión y de un pormenor tales que parecieran más cercanas de la función que es propia del legislador, limitado en esa ocasión a plasmar el prolijo detalle de esa condicionada declaración de interpretación de conformidad constitucional bajo reserva, que de la tarea

(14) O «funcional-legitimatoria», atendiendo al grado de dificultad técnica y de reversibilidad política/jurídica de las decisiones en cuestión (cf. Martin Nettesheim, *Kompetenzdenken als Legitimationsdenken. Zur Ultra-vires-Kontrolle im rechtspluralistischen Umfeld*, en *Juristen Zeitung*, 12, 2014, págs. 585, 589-592).

hermenéutica atribuida a un órgano jurisdiccional, por más que se trate del supremo garante de la Constitución.

En *Lisboa* esa invocación de responsabilidad por la integración se hacía ya operativa «al efecto de enjuiciar la constitucionalidad de la regulación de la participación de Gobierno y Parlamento en relación con la puesta en marcha de modalidades de reforma de los Tratados respecto de las que no se ha previsto la exigencia de ratificación estatal y, asimismo, a propósito de otras modificaciones de determinados pormenores de procedimiento legislativo de la UE y, en fin, de otras cláusulas asimiladas y de análoga estructura o función» (15).

Pues bien, la efectiva operatividad de esa fórmula de exigencia de actuación de los órganos constitucionales y, en particular, de la Dieta federal, se ha traducido en el reciente Auto prejudicial en una inequívoca arrogación de competencia al efecto de supervisar la intervención parlamentaria previa a la adopción de decisiones que, por su finalismo o apertura, pudiesen comportar un riesgo de indeterminación adicional del programa de integración, en una enfatizada impostación de comprometido garante de la identidad constitucional mediante asunción de una posición de intérprete informado que, bien indirecta o mediatamente, bien en diálogo inmediato y directo con el TJUE, se permite adelantar interpretaciones del DUE, en su opinión, compatibles con el programa de integración y al efecto de eludir, en todo caso, lecturas que fuesen a resultar incompatibles con una cláusula de identidad constitucional de cuya salvaguarda constitucionalmente responde.

En el Auto 2014, la exigencia de actuación de la Dieta federal supera el listón ya elevado que se estableciera en *Lisboa* en la medida en que, sobre la prescripción de intervenciones determinadas, se avanza hacia una genérica exigencia de intervención parlamentaria que le lleva a sustentar la pretensión —planteada por recurrentes particulares, mediante invocación de un difuso riesgo de menoscabo de la densidad de su derecho de participación política por entender menoscabada la función representativa de los electos como consecuencia de atribuciones de indeterminado alcance o efectos de largo alcance no del todo previsibles— de mover al Parlamento a intervenir, aun a falta de concreta obligación o prescripción de actuación, constitucional, legal o reglamentaria, lo que es tanto como decir que, sobre la exigencia previa de corrección de las actuaciones positivas, ahora se trataría de exigir actuaciones, allí donde la mayoría de los representantes parlamentarios, en

(15) Se extraía así un adicional rendimiento de un principio o guía directiva, previamente articulado al efecto de prestar cobertura parlamentaria a una decisión del Gobierno federal relativa al despliegue y posible entrada en acción de tropas alemanas en el exterior (vide en *mi* contribución en Sentencia Lisboa... cit., pág. 51, nota 27).

el discrecional ejercicio de su función parlamentaria, hubiese considerado no actuar o actuar sólo hasta un cierto punto.

Y eso, como muy bien se razona en los votos particulares que, en este punto, discrepan abiertamente, de la tesis mayoritaria en la Sala segunda, es tanto como arbitrar una inédita vía de control previo de omisiones o no intervenciones del Parlamento, mediante una maleable invocación del derecho de participación política (o mediante una minoritaria denuncia de pretendida usurpación de las funciones del órgano parlamentario) que, como bien se aprecia en la Europa de entre siglos, pone en manos de auténticos querulantes del soberanismo, un instrumento procesal que, en abierta contradicción con la tradicional concepción de la legitimación en queja por inconstitucionalidad, se estira al efecto de abrir oportunidades de condicionamiento o predeterminación mediante autorizada declaración del TCFA (al efecto no sólo de la salvaguarda de la identidad constitucional, sino también de hipotéticos *ultra vires* de notoria o manifiesta incidencia en el desempeño y salvaguarda de las funciones parlamentarias, en particular), no ya de la interpretación de los Tratados o de sus reformas, o disposiciones de análogo alcance, sino de disposiciones secundarias o derivadas y aun de meras actuaciones e incluso de simples anuncios de futurible actuación, cual era formalmente el caso con unas llamadas operaciones monetarias simples, cuya validez manifiestamente cuestiona el TCFA.

III. TERRA IGNOTA

De lo que pueda decir el TJUE a propósito de la batería de preguntas puntillosamente formuladas por el TCFA, mediante el ya referido Auto (2014), depende obviamente la respuesta que vaya a dar el TCFA. Lo que no parece menos evidente es que de esa respuesta prejudicial no depende por completo lo que el TCFA pueda decir finalmente al fallar el asunto que deja pendiente.

Pero se entra aquí en el terreno de la especulación, por lo que se impone la mayor cautela. Ello, no obstante, de la comprensiva lectura de la jurisprudencia que se ofrece en lo que precede pueden extraerse algunas enseñanzas que quizás permitan apuntar posibles líneas de, inmediata o mediata, articulación doctrinal, no tanto en un sentido material que se ha llevado al límite de lo tolerable en el más reciente discurso jurisprudencial del TCFA [y no precisamente porque no quede espacio al desarrollo de un discurso constitucional en esa perspectiva, puesto que a la vista de la controvertida interpretación que el TJUE viene haciendo de las disposiciones horizontales de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, queda a los Tribunales Cons-

titucionales un vasto campo para la cooperativa determinación de estándares iusfundamentales que no sean la mera consecuencia de una simplista inversión del sentido propio de una interpretación de alcance constitucional, que se limite a integrar el parámetro de control a la vista de la regulación normativa o, por decirlo más claro, del derecho derivado en vigor (16)], como en un amplio sentido funcional y procedimental.

En un sentido funcional, se impone reflexionar seriamente, como bien aciertan a poner de manifiesto los preocupados votos particulares que acompañan al Auto del TCFA de 2014 [suscritos por dos jueces ya cesantes, regularmente en un caso —*Lübbe-Wolff*— y anticipadamente, por decisión propia, en el otro —*Gerhard*—(17)], acerca de una divisoria funcional que, como consecuencia del activismo del TCFA, distorsiona seriamente el funcionamiento regular de la vertiente parlamentaria del sistema constitucional alemán, en la medida en que se anuncia la intención de prescribir a la Dieta federal actuaciones, a iniciativa de particulares, en queja por inconstitucionalidad, o de minorías parlamentarias, en la vía del conflicto orgánico, de un modo impreciso, pero mediante procedimientos distorsionados.

De otra parte, si la inquietud de esos votos discrepantes no alcanza a cuajar en la doctrina constitucionalista, resultará tanto más incierta la expectativa de contención prudencial por parte del TCFA de una instrumentalización del derecho procesal constitucional, disonante con una reiterada línea de jurisprudencia que formalmente no se revoca, y del todo inconsecuente.

En todo caso, descartada una hipótesis de enfrentamiento abierto que, conforme a las enseñanzas extraíbles de la larga cadena de su jurisprudencia europea, y a partir de un análisis riguroso del asunto que está en la base del planteamiento de su primera cuestión prejudicial, quedaría deferida a medio plazo, acaso no deba descartarse el ardid que resultaría de extraer potencialidades nuevas de su acervo jurisprudencial. Y en ese sentido, acaso no resulte disparato pensar que, en atención a la respuesta pendiente del TJUE, pudiera

(16) A propósito, por lo que a la jurisdicción del TC español se refiere, no hay sino que extraer consecuencias del debate plenario que en alguna medida trasluce de la variopinta crítica de los votos particulares a la tesis mayoritaria que sostiene la STC 26/2014, de 13 de febrero (cf., en apretada síntesis, Ricardo Alonso García, en *El juez nacional en la emancipada europea de los Derechos fundamentales*, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2014, 179-194 (Adenda).

(17) A propósito me permito remitir a *mi* contribución (Über die europarechtliche Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts: ¿Feder oder Schwert der europäischen Integration?) en el libro homenaje que se prepara a Torsten Stein (en prensa).

sentirse llamado el TCFA a dar una nueva vida a la comatosa formulación *Solange* (18).

Una reentrada del «en tanto que», mediante su traslado al campo competencial en el que se está jugando ahora el partido. Y ello en nada excluye su eventual reactivación a propósito del ámbito propio de afirmación de los estándares iusinternacionales operativos en relación con el desempeño de discrecional poder público en solar alemán que, de seguir en su línea actual el TJUE (19), a buen seguro que no va a tardar en llegar.

A los Tribunales constitucionales les corresponde, en todo caso, promover una vía de diálogo al efecto de contribuir a optimizar los estándares de tutela de derechos y garantías instrumentales, sin perjuicio de la debida efectividad del DUE (20).

IV. COMMENDATIO AD LEGENTES

A las referencias citadas en nota al pie, me permito añadir, en esta referencia bibliográfica de cierre, una doble recomendación al efecto tanto de contextualizar el planteamiento que sustenta este trabajo (a), como de seleccionar algunas contribuciones doctrinales y comentarios jurisprudenciales de aparición reciente (b).

a) Al efecto de entender mejor algunas de las afirmaciones relativas a los hitos (mutantes) más recientes que se apuntan en esta sintética presentación de la jurisprudencia iuscomunitaria y de apertura del TCFA, me permito llamar la atención del lector sobre dos de mis contribuciones. Una de carácter comprensivo (Constitución y constitucionalización en la Europa de entre siglos, en JIUE/GJB —eds—: Derecho constitucional europeo, Tirant lo Blach, Valencia, 2011, págs. 113-153) y la otra relativa al relevante Auto prejudicial del TCFA, de 14 de enero de 2014 (Prejudicializando... Comentario de la primera cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional federal

(18) En esta misma línea de reflexión, incluso mediante una propuesta de formulación, *vide* Jörg Ukrow, Von Luxemburg lernen heisst Integrationsgrenzen bestimmen..., en ZEuS 2/204, págs. 119, 137-9.

(19) Cf. STJUE de 26 de febrero de 2013, as. Äkesberg (*vide* en conjunción con las conclusiones del AG Cruz Villalón); STJUE de 6 de marzo de 2014 as.C-206/13, Siragusa (incompetencia del TJUE por falta de acreditación de conexión de la normativa nacional y el DUE).

(20) Cf., en la perspectiva del TCFA el apunte en ese sentido de su vicepresidente y, como tal, presidente de su Sala primera, Ferdinand Kirchhof, Kooperation zwischen nationalen und europäischen Gerichten, en EUR 3/2014, págs. 267-276.

alemán, en teoría y realidad constitucional, TRC, n.º 33, 2014, págs. 315-325; y, con ligerísima modificación, en *Osservatorio sulle fonti*, 1/2014, en www.osservatoriosullefonti.it).

b) Y a propósito del TCFA y de su arrogación de un supremo criterio decisorio, cual ojo de halcón, en el campo de juego de la integración, me limitaré a dejar indicadas algunas lecturas de particular interés, de carácter general (Matthias Jestaedt/e.a. —eds—: *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Suhrkamp Verlag, Berlín, 2011; Chritian Rath, *Der Schiedsrichterstaat. Die Macht des Bundesverfassungsgericht*, Wagenbach Verlag, Berling, 2013; Dominik Geppert, *Ein Europa, das es niclet gibt. Die fatale Sprengkorff des Euro*, Europa Verlos: Berlín, 2013; Martin Nettesheim, *Wo «endet» das Grundgesetz? — Verfassungsgebung als Grenzüberschreitender Prozess*, en *Der Staat*, 3/2012, págs. 313-255; etc.), remitiendo, por lo que a los comentarios de la reciente jurisprudencia del TCFA se refiere, a los números en curso de las revistas especializadas (no sólo) en lengua alemana.