

PREJUDICIALIZANDO... COMENTARIO URGENTE DE LA PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL DEL TCFA*

di Antonio López Castillo¹

SUMARIO: 1. La primera (y atribulada) cuestión prejudicial del TCFA. - 2. Jurisprudencia iuscomunitaria del TCFA en este *viacrisis* de la integración: de la cadena doctrinal... y de su eslabón más reciente. - 3. Y, a modo de conclusión, una afirmación y una duda, de una parte, y, de otra parte, un apunte final de actualización.

1. La primera (cuestión prejudicial) en la frente y... no sin tribulaciones

Se trata aquí de la primera cuestión prejudicial planteada por el TCFA, mediante Auto de 14 de enero de 2014, dictado en el marco de cinco procesos acumulados relativos a diversas quejas por inconstitucionalidad o *Verfassungsbeschwerden* (2BvR 2728/13, 2BvR 2729/13, 2BvR 2730/13, 2BvR 2731/13) y a un conflicto de atribuciones u *Organstreitverfahren* planteado contra la Dieta federal por la fracción de izquierda, *Die Linke* (2BvE 13/13).

Asume así, finalmente, el TCFA una condición de órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 267 TfUE que, en ocasiones previas, ya había presupuesto al anunciar hipótesis de eventual planteamiento de cuestiones prejudiciales, como paso previo a la adopción de decisiones propias en el desempeño de su específica función jurisdiccional de tutela de derechos fundamentales, de control de ultra vires y/o de actuaciones u omisiones de órganos constitucionales contra una exigencia de responsabilidad (constitucional) por la integración, sobre cuya observancia le toca velar, en todo caso, en defensa de la identidad (constitucional) nacional.

Y al hacer efectiva esa condición transita el TCFA una senda que ya antes han comenzado a recorrer algunos de sus pares².

Pues bien, en los recursos de queja por inconstitucionalidad, los diversos recurrentes, entre los que se cuentan algunos conocidos querulantes de los últimos lustros del proceso de integración, tales como el animoso soberanista Schachsneider, se cuestionan an-

* Una versión previa de este comentario se publica en el número 33 (monográfico, II, sobre “la integración política de Europa”) de la revista *Teoría y Realidad constitucional*, 1º semestre 2014 (en prensa).

¹ Titular de Derecho Constitucional, UAM.

² A propósito cabe referirse, entre otros posibles (Conséil Constitutionnel, Ústavní Soud, etc.), a los casos de la Corte Costituzionale (cfr. Ordenanza n° 103/2008, de 13 de febrero y sentencia del TJUE, de 17 de noviembre de 2009, as. C-169/08) y del Tribunal constitucional español (a propósito de la controvertida secuencia que va del ATC 86/2011, pasando por la Sentencia TJUE de 26 de febrero de 2013, a la STC 26/2014, de 13 de febrero, me permito remitir a *mi* comentario -pendiente de ser enviado a evaluación, en el momento de redactar estas páginas- en REDC).

Osservatorio sulle fonti

te el TCFA tanto la Decisión del Consejo del Banco central europeo (BCE), de 6 de septiembre de 2012 relativa a las llamadas operaciones monetarias simples y la consecuente adopción de medidas relativas a la compra de deuda estatal en los mercados secundarios (2BvR 2728/13, 2729/13 y 2731/13), como la omisión bien del Gobierno federal, al efecto de anular esas decisiones ante el TJUE (2BvR 2728/13, 2BvR 2729/13) o en el seno del Consejo del BCE (2BvR 2730/13), bien de la Dieta federal al efecto de salvaguardar sus responsabilidades presupuestarias (2BvR 2730/13).

Mediante conflicto de atribuciones la recurrente (representada por los profesores *Hans Peter Schneider* y *Andreas Fisahn*) plantea que, al efecto de salvaguardar sus responsabilidades presupuestarias, la Dieta federal (defendida por los colegas *Christian Calliess*, *Christoph Möllers* y *Martin Nettesheim*) se abstenga de toda contribución que pudiese redundar en la adopción de decisiones del BCE relativas a la compra de deuda en los mercados secundarios, mediante elusión de la interdicción de financiación monetaria ex artículo 123 TfUE, asegurándose de no emitir resolución parlamentaria alguna que no venga sustentada en la información que asegure que la asunción de compromisos presupuestarios no excede de lo previamente consentido (2BvE 13/13).

En resumen -sintetiza el TCFA (A. 1)- se trataría de cuestionar tanto la participación del BCE en la aplicación de la ya referida Decisión del Consejo del BCE, como la inactividad de Gobierno y Dieta federales en relación con esa “Decisión”.

La pretensión última en estos procesos, que se obligue al Gobierno y a la Dieta federales a procurar la derogación de la cuestionada Decisión y, en todo caso, a que imposibiliten su aplicación y que se impida al Banco federal alemán tomar parte en su cumplimiento, radica en la caracterización de esa controvertida Decisión como un “acto ultra vires”, adoptado a descubierto del mandato del BCE, ex artículos 119 y 127 y siguientes del TfUE y desconociendo la interdicción de financiación presupuestaria monetaria, ex artículo 123 del TfUE, y la independencia del BCE. Y, en tanto que de ello resultaría una merma de potestad presupuestaria nacional, como una vulneración del principio democrático lesiva de la propia identidad constitucional (A. II. 1).

La Sala Segunda del TCFA, ante la que, a propósito de las consecuencias y de la cobertura parlamentaria de esa controvertida Decisión, han discrepado abiertamente el BCE y el Banco federal alemán -A. II. 2. a) y b)-, plantea al TJUE una doble secuencia de preguntas, en paralelo, tendentes a poner de manifiesto la incompatibilidad de la Decisión del Consejo del BCE, de 6 de septiembre de 2012, ya referida, con los artículos 119 y 127.1 y 2 TfUE, así como con los artículos 17-24 del Protocolo sobre el Estatuto del Sistema europeo de bancos centrales y del BCE (A. II. 1) advirtiendo que, de no hacer suya el TCFA la posible interpretación de la Decisión cuestionada de conformidad con el TfUE, en la línea acerca de la que se permite ilustrarle: “Las preocupaciones mencionadas respecto de la validez de la Decisión... podrían disiparse en opinión del TCFA mediante una interpretación conforme con el derecho de la unión. Ello presupone que, mediante valoración comprensiva, el contenido de la Decisión... se corresponda en lo sustancial con las exigencias expuestas”³.

³ Así expresamente, ab initio, del punto B. II. 4.

Osservatorio sulle fonti

Pues a los ojos del TCFA, el enjuiciamiento de la Decisión del Consejo del BCE depende de su congruente o incongruente interpretación a la luz de los artículos 119 y 127 y siguientes del TfUE, así como de los artículos 17 y siguientes del ya referido Protocolo. Y de congruencia iuscomunitaria de la Decisión sólo podría hablarse si la misma se interpretase en el sentido de que “no menoscaba la condicionalidad de los programas de ayuda del Fondo europeo de estabilidad financiera y del Mecanismo europeo de estabilidad (cf. párrafos nº 72 y sigs., 77 y 79, sigs.)”, y de que “solo tiene un carácter solidario con la política económica en la Unión (cfr. párrafos nº 68, sigs., 71 y 79, sigs.). (Pues) a los efectos del artículo 123 del TfUE -prosigue diciendo el TCFA- ello presupone que se excluyan los recortes en (el montante de) la deuda (cfr. párrafos nº 86 y 87), que no se compren bonos de singulares Estados miembros de forma ilimitada (cfr. párrafo nº 81) y que, en lo posible, se eviten injerencias en la formación de precios en el mercado (cfr. párrafos nº 88, sigs.)”.

Y en apoyo de su estricta reconstrucción hermenéutica del sentido y alcance de la Decisión... pone finalmente el TCFA un particular énfasis en “que las aclaraciones de los representantes del BCE en (el) procedimiento respecto de las condiciones para (su) aplicación (volumen limitado de una posible compra de bonos; no participación en el recorte de la deuda; observancia de los tempos entre la emisión y compra de los bonos del Estado; no mantenimiento de los bonos hasta su vencimiento) sugieren que una tal interpretación de conformidad con el derecho de la unión aun podría considerarse compatible con el sentido y la finalidad de esa Decisión”⁴.

Con todo, siendo como es esta una cuestión discutible, en el seno de la propia Sala se ha puesto de manifiesto una duda (como bien se desprende de la oposición a la tesis mayoritaria mediante VV PP por parte de dos de sus ocho integrantes, *Lübbe-Wolf* y *Gerhardt*) acerca de la indicación y pertinencia de una cuestión prejudicial que, caso de decantarse por una declaración de inadmisión a falta de objeto propio de una cuestión prejudicial, *ex* artículo 267. 1 b) TfUE, el TJUE podría desatender.

Pues bien, ante la perspectiva de una eventualidad tal, es decir, ante la perspectiva de que el TJUE pudiese dejar sin (útil y suficiente) respuesta el vasto conjunto de subcuestiones planteadas a propósito del encaje de la controvertida Decisión del BCE y de las consecuentes medidas adoptadas al efecto de su cumplimentación con los artículos 119 y 127 del TfUE y 17-24 del Protocolo sobre el Estatuto del Sistema europeo de bancos centrales (SEBC) y del BCE y con el artículo 123 del TfUE, la Sala Segunda se sirve de una doble modalidad de discursiva advertencia al TJUE sobre las eventuales consecuencias de una decisión (2.2.) que se habría de examinar a la luz de las disposiciones constitucionales concernidas y conforme a indisponibles exigencias manifiestas en los tópi-

⁴ El detalle pormenorizado de los argumentos en los que descansa esa pormenorizada propuesta de interpretación conforme con la que el TCFA se libra a la tarea de ilustrar al TJUE (B. II. 4, *in fine*) puede seguirse en los apartados 1. Transgresión del mandato del Banco central europeo (párrafos nº 56-83), 2. Violación de la prohibición de financiación monetaria del presupuesto (párrafos nº 84-94) y 3. Improcedencia de la apelación a la interrupción del mecanismo de transmisión de la política monetaria (párrafos nº 95-98) del ya referido punto B. II (Interpretación del derecho de la Unión por el Tribunal constitucional alemán).

cos de un acervo jurisprudencial del que el propio Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial ha pretendido ser instrumental eslabón (2.1.).

Y a partir de aquí, en atención tanto a cuestiones de procedimiento, como en relación al fondo doctrinal de tan singular resolución, se cerrará el comentario con una afirmación y el esbozo de una duda (3.).

2. *Jurisprudencia iuscomunitaria del TCFA en este viacrisis de la integración: de la cadena doctrinal... y de su eslabón más reciente*

2.1. *De la cadena doctrinal...*

En síntesis, el estado de la cuestión se resume mediante tres referencias complementarias de carácter general (B. III. 2. a, b y c) y una apostilla (B. III. 2. d) a propósito del molde constitucional resultante del vaciado jurisprudencial *mastriqueano* de condicionada participación alemana en la Unión económica y monetaria⁵.

En cuanto a las cuestiones generales, se trata, primero, de la dimensión material del derecho de sufragio como límite insuperable de la participación de Alemania en el proceso de integración; se insiste, a continuación, en el fundamento constitucional, ex artículo 23.1 LF, de la actuación de órganos y autoridades de la Unión Europea que, por lo a Alemania respecta, tendría su legitimación democrática en la ley de autorización de los Tratados y en su correspondiente “programa de integración”; y, finalmente, se subraya la vasta tarea de control que corresponde al TCF al efecto de sancionar las actuaciones de los órganos e instituciones europeas que pudiesen incurrir en “ultra vires” o pretendiesen incidir en el ámbito intransferible de la identidad constitucional y al efecto de impedir, en consecuencia, la participación de los órganos constitucionales, y de las autoridades y tribunales, en la cumplimentación de tales medidas.

A propósito de lo primero, se recuerda que la dimensión material del derecho de sufragio, constitucionalmente garantizada ex artículo 38 LF, se ha de considerar lesionada siempre que un ámbito considerado esencial para la autodeterminación del pueblo corra peligro de vaciarse porque -se precisa- “el autogobierno democrático del pueblo -mediante la Dieta federal- quedase limitado, de forma duradera, de un modo tal que ya no cupiera seguir adoptando, autónomamente, decisiones políticas centrales (cfr. BVerfGE 89, 155, 172; 123, 267, 330; 129, 124, 168)”.

Se expresa así el TCFA, sin rodeos, recordando que la participación de Alemania en la integración europea está sujeta a unos límites cuya observancia le compete a instancia, en su caso, de los propios ciudadanos al amparo de la invocación de esa dimensión material de su derecho de sufragio, constitutivamente configurada en virtud de una proterea doctrina que, desde su prístina formulación *maastrichtiana*, en la jurisprudencia

⁵ En detalle sobre la condicionada participación alemana en la UEM, concebida como comunidad de estabilidad, y del fundamento constitucional de las correspondientes atribuciones al BCE, ex artículo 88, segunda frase, LF me permito remitir, en este punto, a *mi* comentario sobre la sentencia Maastricht (De integración y soberanía. El Tratado de la Unión Europea ante la Ley fundamental alemana), en Revista española de derecho constitucional (REDC), 40, 1994, págs. 207, sigs.

Osservatorio sulle fonti

del TCFA no sólo no ha cesado de reiterarse, sino que su invocación deviene sucesivamente más intensa y extensiva⁶. Y no otra cosa resulta de una pretendida fórmula de cautela, *in fine* del párrafo 19 del Auto, que, si bien se comprende, sólo acierta a expresar sentenciosamente una obviedad, que “el derecho de sufragio no sirve al control de contenidos de los procesos democráticos, sino que se dirige a hacerlos posibles”⁷; lo que, de otro modo, podría haberse formulado diciendo, más llanamente, que en el desempeño de su función de control, el TCFA (todavía) sigue operando como un órgano de naturaleza jurisdiccional.

En cuanto a lo segundo, se trata de un doble recordatorio, sustentado en un párrafo de la sentencia Maastricht en donde se ponía al día, mediante cita extractada de sus antecedentes (desde Eurocontrol a Kloppenburg), la doctrina relativa a la inexcusable exigencia de previsibilidad y determinabilidad de los compromisos (iusinternacionales, v. gr. iuseuropeos) consentidos mediante la correspondiente ley de autorización. Y esos dos elementos son, en realidad, dos exigencias estructurales de la participación de Alemania en el proceso de integración que, formuladas a la manera de “si A entonces B”, se retroalimentan.

Que un elemento esencial del programa de integración autorizado, mediante la ley emanada en aplicación del fundamento constitucional de la participación de Alemania en el proceso de integración, es el principio de atribución (concreta y limitada) precipitado en el artículo 5.1 y 2 TUE (párrafo n° 20) y que, por tanto, en la RFA las actuaciones de órganos y autoridades de la UE sólo son vinculantes en la medida en que no sobrepasen determinados límites (párrafo n° 21).

Y, en tercer lugar, se trata de la clarificación de una tarea de control del TCFA que, al hilo de la enfática imbricación de la cláusula de intangibilidad (artículo 79.3 LF) y las imperiosas exigencias de dignidad humana y democraticidad del Estado (artículos 1 y 20 LF), en el *in crescendo* de su jurisprudencia iuseuropea, v. gr. iusinacional, de esta Europa de entre siglos no deja de sumar perfiles y matices que, en el párrafo n° 22 del Auto se resumen en la triple identificación de un control “ultra vires” de las actuaciones de la UE (1°), del control de identidad constitucional (2°) y de un control de exigencia de responsabilidad constitucional (al hilo de la integración) -mejor que de responsabilidad (constitucional) por la integración- del que resultaría el constreñimiento del ámbito de discrecional actuación (política) de órganos constitucionales, tanto como de autoridades y tribunales (3°).

⁶ A propósito del detalle pueden consultarse los correspondientes pasajes en BVerfGE 89, 155, 171-2 (“El artículo 38 LF no sólo garantiza... y, en el ámbito de aplicación del artículo 23 LF, el artículo 38 LF excluye que...”); y, sobre otras posibles, en BVerfGE 123, 267, 330, sigs. y 340, sigs; y BVerfGE 129, 124, 167, sigs.

⁷ A la cita de la significativa Sentencia Lisboa (BVerfGE 129, 168, sigs.) se suma aquí (y se repite en su práctica literalidad en el ulterior párrafo n° 52, como paso previo allí a una extensiva lectura del sentido y alcance posibles del derecho de sufragio, sobre la que se volverá) una referencia más reciente a la Resolución de la Sección primera de la Sala segunda, de 17 de abril de 2013, dictada en el asunto 2BvQ 17/13, en *Neue Verwaltungszeitschrift (NVwZ)*, 2013, págs. 858-9.

Osservatorio sulle fonti

(1º) Hablar del control *ultra vires* en la jurisprudencia del TCFA es tanto como hablar, no sólo de un “control de aplicabilidad”, sino -literalmente- también de un “control de vinculatoriedad” en Alemania de actuaciones de los órganos y demás autoridades de la Unión Europea de las que traigan causa actuaciones de los órganos estatales alemanes (párrafo nº 23).

Los presupuestos de aplicación de esta modalidad de control se recuerdan mediante extracto de su sentencia *Honeywell* que, como bien es sabido, llegado el momento de perfilar el trazo grueso de su doctrina Lisboa, no sin discrepancias (por parte, al menos, del juez *Landau* que llegó a formularlas expresamente mediante VP), se dispuso a destacar las notas de amabilidad y continencia a la hora de poner en práctica un control que, según sostuvo entonces la Sala, debería practicarse no ya en presencia de cualesquiera disfunciones o incorrecciones, sino sólo en supuestos de exceso suficientemente cualificados, por lo notorio o drástico, de *ultra vires*⁸.

En esta ocasión, tras esa extensa cita jurisprudencial, la Sala segunda del TCFA se refiere, así como a los supuestos de exceso competencial que, de no enfrentarse producirían, en la práctica, resultados equivalentes a los de una auténtica reforma de los Tratados, a los supuestos de *ultra vires* en relación con ámbitos concernientes a la identidad constitucional o particularmente dependientes del discursivo proceso democrático en los Estados miembros (párrafo nº 25), antes de subrayar, *in fine* del párrafo nº 26, dos clásicos de su tópica iuscomunitaria: Que los Estados miembros continúan siendo los dueños de los Tratados y que, a diferencia de lo que es el caso en relación con la primacía de validez del derecho federal en un Estado federal, la primacía de aplicación del derecho de la Unión basada en un mandato nacional de aplicación no puede ser completa.

(2º) En el contundente párrafo nº 27 del Auto se deja manifiestamente claro, *ab initio*, el alcance posible de un control de identidad. Si alguna medida de un órgano o de cualquiera otra autoridad de la Unión Europea tuviese efectos que llegasen a afectar la identidad constitucional, garantizada mediante el artículo 79.3 LF, sería desde un principio -es decir, plenamente- inaplicable en Alemania.

Sin que a esos efectos importe demasiado que la disposición en cuestión invoque un fundamento del Derecho primario, puesto que el legislador de la integración en la UE no podría haber dispuesto de atribuciones que, por resultar lesivas de la identidad constitucional, no habrían podido estar disponibles. De modo que una configuración semejante de atribuciones inicialmente conformes al orden constitucional se habría de considerar como un supuesto (sobrevenido) de *ultra vires*.

Y examinar tales casos es precisamente un asunto que, en el marco del control de identidad, compete al TCFA, bien que en cooperación con el TJUE. Teniendo presente -se puntualiza- que si a éste le toca interpretar las medidas en cuestión, al TCFA le com-

⁸ El texto íntegro del extracto jurisprudencial reproducido en el párrafo nº 24 del Auto está, según se recuerda, en BVerGE 126, 303-4. Por lo demás, a propósito de la línea de (dis)continuidad Lisboa-Honeywell, me permito remitir, en síntesis, a *mi* contribución (Alemania en la Unión Europea a la luz de la sentencia Lisboa del TCFA) al libro de Antonio López Castillo y Agustín Menéndez Menéndez, Sentencia Lisboa del Tribunal constitucional federal alemán, CEPC, Madrid, 2011, págs. 19-58.

Osservatorio sulle fonti

pete examinar si, así como ha sido interpretada por el TJUE, la misma incide o no en el intocable núcleo de la identidad constitucional.

Y dicho esto, se especifica que el control de identidad bien puede proyectarse a la salvaguarda de la responsabilidad presupuestaria de la Dieta federal, lo que seguidamente se pone de relieve, mediante la cita extractada de diversos pasajes de su jurisprudencia⁹, de donde resulta la consideración del derecho presupuestario como un elemento central del proceso de formación de la voluntad democrática y, en analógica consecuencia, una caracterización de la Dieta federal como permanente “dueña de sus decisiones”, por lo que no podría llegar a exponer las decisiones relativas a los ingresos y gastos en manos de los órganos de la UE o de otros Estados, ya fuese mediante la sujeción a automatismos incontrolables, ya fuese mediante conclusión de compromisos y adopción de medidas de carácter económico, sea en el marco del derecho de la unión, sea mediante compromisos iusinternacionales, de efectos difícilmente calculables.

Y, a modo de conclusiva clarificación, en el párrafo 29 del Auto, se pone de manifiesto de manera particularmente rotunda la distancia mediante entre la consideración de la identidad nacional, *ex* artículo 4.2 TUE, como legítimo objetivo a valorar en conjunción con otros valores y disposiciones de los Tratados y del Derecho de la Unión, como tarea propia del TJUE, y la interpretación de la cláusula de identidad nacional como tarea específica del TCFA. Señalando, a propósito, la insuficiencia de una aproximación semejante al efecto de integrar el sentido y alcance la cláusula de identidad nacional dado que, como elemento medular e imponderable de la LF, en tanto que límite absoluto, *ex* artículo 79.3 LF, resultaría oponible a la aplicabilidad del derecho de la Unión en el ámbito de validez de la LF.

(3º) Finalmente, se adorna el TCFA de una referencia comparatista a mayor abundamiento que, sin perjuicio de advertir de la diversa base constitucional a estos efectos, relaciona diversas resoluciones de otros Tribunales supremos y constitucionales (y, entre esas referencias, que pueden verse en el párrafo nº 30 del Auto, se cuenta también una mención a la Declaración del TC, 1/2004, de 13 de diciembre) a las que se pretende hacer partícipes de semejante concepción acerca de una tarea de salvaguarda de la identidad constitucional (pues aquí en este punto no habla de identidad nacional) y de los límites oponibles a la atribución de competencias (“transferencia de derechos de soberanía”) a la Unión Europea que -en su opinión- concierne a todas las autoridades y tribunales y órganos constitucionales.

Que ello es así le parece al TCFA incontestable a partir de una conjunción de los principios de Estado democrático y Estado de derecho (artículos 20.1-2 y 3 LF) y del propio artículo 23.1 LF. Principios asimismo explicitados en el plano del Derecho primero, en virtud de la conjunción de lo dispuesto en los artículos 5.1, primera frase, y 2 y 4.2, primera frase, todos del TUE.

⁹ Vide en BVerfGE 132, 195, 239-241. A propósito, se remite a *mi* comentario (La tentativa de respuesta europea a la crisis del euro y de la deuda (griega) al amparo del Tribunal constitucional federal alemán. Comentario sucinto de la sentencia de 07.09.2011), en Revista de Derecho comunitario europeo (RDCE), 39, 2011, págs. 487-502.

Osservatorio sulle fonti

Por lo que, en consecuencia, concluye en la exigencia reforzada de una responsabilidad al efecto de que, en el tracto de la integración, no resulte desatendido u obviado un programa de integración de cuya observancia son corresponsables, en el desempeño de sus respectivas funciones y competencias, tanto los órganos nacionales como los comunitarios¹⁰.

Hasta aquí la presentación sintetizada de la cadena doctrinal. Y a partir de aquí la controvertida concatenación de su eslabón más reciente.

2.2. ...y de su eslabón más reciente

Dada la formulación contundente de criterio alternativo mediante los Votos particulares discrepantes que acompañan al presente Auto, la Sala ha debido ser perfectamente consciente del salto lógico que comporta su decisión de plantear una cuestión prejudicial a propósito de la Decisión ya referida.

En opinión de la Sala, no obstante no haberse producido aun efectos jurídicos, no cabría descartar la prestación de una tutela cautelar (que no decae tampoco por el hecho de no incidir directa e inmediatamente sobre los recurrentes¹¹) a fin de asegurar que, en la medida en que su efectiva puesta en práctica ulterior pudiese comportar un cualificado, notorio y significativo, exceso competencial, no fuesen a franquearse límites constitucionales insuperables, por imponderables, como consecuencia de una falta de actuación por parte de la Dieta federal (sin perjuicio de las responsabilidades propias del Gobierno federal o aun del propio Banco federal alemán), mediante dejación de unas responsabilidades (constitucionales) al hilo de la integración acerca de cuyo cumplimiento habría de velar el propio TCFA.

Por una parte, la puesta en marcha de las previsiones de compra de deuda estatal en los mercados secundarios mediante aplicación de la Decisión comportaría un desconocimiento de la constitutiva configuración de la Unión monetaria, como comunidad de estabilidad, y sustentada en la autonomía presupuestaria de sus países integrantes, mediante la exclusión de toda pretendida exigencia de corresponsabilidad estatal en materia de deuda y la garantía de salvaguarda de la plena responsabilidad presupuestaria de la dieta federal¹².

Y, por otra parte -se anima a sostener la mayoría-, como refleja proyección del desbordamiento competencial preventivamente denunciado, aun se habría de precisar el sentido y alcance de unos deberes de actuación u omisión de los órganos estatales concernidos de los que podría resultar, a su vez, el desconocimiento de unos derechos accionables ante el TCFA, por la vía del recurso de queja por inconstitucionalidad, sin perjuicio del eventual planteamiento de un conflicto de atribuciones.

Así pues, la exigencia de responsabilidad constitucional al hilo de la integración no sólo modula el respectivo ejercicio de sendas funciones y competencias de los órganos

¹⁰ En este punto se insiste en la cita extractada de la Sentencia Lisboa (BVerfGE 123, 352-3).

¹¹ En detalle, B. I. 1.

¹² En detalle, cfr. B. I. 2, con apoyo en los sucesivos eslabones de su cadena jurisprudencial.

Osservatorio sulle fonti

estatales, sino que ex Constitutione les obliga a velar porque el programa de integración no desborde el marco previamente delimitado mediante el correspondiente mandato de aplicación. Y, en consecuencia -prosigue diciendo el TCFA- en supuestos tales a los órganos estatales corresponde o bien promover las reformas necesarias en los Tratados, dentro de lo constitucionalmente posible, o bien inspirar la modificación o supresión de disposiciones inconvenientes y, último término, oponerse al (pleno) despliegue de sus efectos en el plano interno¹³.

Y a esa tarea puede coadyuvar, mediante denuncia el que en otras ocasiones he llamado alícuota soberano, es decir, el ciudadano consciente del valor de su derecho de sufragio. Derecho que, como viene sosteniendo reiteradamente el TCFA, suma a su dimensión formal una dimensión sustantiva.

A lo que en la presente ocasión, aun se suma el matiz que resulta de animar el activismo ciudadano en defensa preventiva de la salvaguarda de las funciones parlamentaria que, como consecuencia de desfallecimiento de la Dieta federal, o aun del Gobierno federal, permitiesen llamar su atención sobre la necesidad de buscar remedio a situaciones derivadas de la desatenta actuación o simple omisión del desempeño de sus funciones, como cámara de representación de la soberanía nacional.

Mediante exigencia de actuaciones como ya las referidas, en su caso, mediante precisa instrucción o mandato en virtud de un paulatino engarce de cláusulas (de diverso nombre y alcance, pero) instrumentales siempre al efecto de una más temprana e intensa salvaguarda de la soberanía nacional en relación con los vericuetos del proceso de integración comunitaria¹⁴.

A esta deriva se oponen con una radicalidad que hace ya tiempo que no asomaba en los debates de alcance comunitario del TCFA los dos magistrados mediante votos particulares de sentido y alcance complementarios.

Dejando para otra ocasión el comentario pormenorizado de las contundentes razones que les asisten en su crítica a la decisión suscrita por la mayoría de sus colegas, lo cierto es que los dos votos particulares discrepan abiertamente, bien que con diverso acento e intensidad (pues en tanto que Lübke-Wolf se manifiesta contraria a la admisión tanto del conjunto de quejas, como del conflicto de atribuciones, su colega Gerhardt sólo en parte, en relación con la admisión a trámite de los recursos, en lo referente a la Decisión) del modo en que, por primera vez, desde el TCFA se ha procedido a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE.

Pero lo más destacable no es esto, sino la crítica radical que en ambos particulares se contiene a propósito de la inopinada traslación de los tópicos de su doctrina del control del ultra vires en supuestos relativos a la intervención e incidencia en derechos fundamentales al ámbito de control de actuaciones de la Unión Europea. De un modo tal que instaura una vía de control de “usurpación” de competencias, al margen de que no se

¹³ A propósito del sentido y alcance posibles de la atribución de responsabilidades a la Unión Europea y respecto del detalle de la argumentación relativa a esa articulada exigencia mediante invocación de la directiva de responsabilidad por la integración, se remite a los apartados B. I. 3. b), aa) y bb).

¹⁴ A propósito, vide en B. I. 3. c), aa), especialmente, párrafo nº 53 (lo que se hace, asimismo, extensivo a la alternativa del conflicto de atribuciones, en B. I. 3. c), bb), párrafo nº 54).

Osservatorio sulle fonti

trate de salvaguardar exigencia medular alguna integrante de la identidad constitucional, constitucionalmente garantizada ex artículo 79. 3 LF.

Pero este es sólo uno más de los saltos inopinados de un eslabón, perfectamente incongruente con sus propios precedentes, no obstante su cita recurrente. Como bien se pone de manifiesto, desde el propio seno de la Sala segunda¹⁵, ni el TCFA dispone de una competencia universal al efecto de supervisar el correcto cumplimiento de sus funciones por parte de los órganos constitucionales, ni puede pretender arrogarse tampoco los ámbitos de discrecionalidad que en el desempeño de sus respectivas funciones les corresponden, ni puede configurar ex novo una indirecta vía de control previo de actuaciones comunitarias, mediante la extensiva proyección de su jurisdicción a omisiones que no contravengan específicas exigencias o deberes constitucional o legalmente establecidos, ni tiene sentido democrático alguno prescindir de los tempos y procedimientos parlamentarios, ni con carácter general, ni en virtud de una pretendida atribución a los representados de una subsidiaria facultad de activación de los representantes, se pretenda ello sustentar o no en un pretendido derecho fundamental a la representación democrática, ni resulta sensato pretender guiar, reactivamente mediante cauces procesales ad hoc, la directiva política a propósito de complejas situaciones como la que caracteriza este periodo de “viacrisis” de la integración, ni tiene, en suma, sentido alguno improvisar exigencias de nuevo cuño mediante una tergiversación de tópicos que, con ser criticables, al menos responden en su desarrollo a una comprensible secuencia jurisprudencial.

3. Y, a modo de conclusión, una afirmación y una duda y, finalmente, un apunte de actualidad

a) Primero, la afirmación rotunda. Y, acto seguido, la expresión (velada) de una (multifacética) duda.

En esta apreciación final, me limitaré a poner de manifiesto -por lo demás, en relativa sintonía con los propios magistrados discrepantes- que el Auto que aquí se comenta de urgencia resulta una novedad inconsistente con la propia jurisprudencia en que se sustenta y, en todo caso, incurre en deslices y saltos argumentales de un modo, casi sistemático, acaso expresivo de una voluntad política firme, pero difícil de cohonestar con el riguroso desempeño de una función jurisdiccional que, por más que linde con la política, no debiera haber expuesto tan vasto flanco a la crítica.

Que, por lo que tiene de inadvertencia a propósito de las consecuencias y derivaciones que, como consecuencia de semejante planteamiento, pudieran llegar a producirse en la eurozona, haya podido tacharse esa aproximación de “anomalía de calidad demo-

¹⁵ Cfr. en particular el voto discrepante del magistrado Gerhardt, expresivo de un grado tal de crítica que no es difícil aventurar que pueda llegar a tener consecuencias personales en un colegio que, no obstante compartir una visión general del encaje del proceso de integración en la unificada Alemania de la Europa de entre siglos, alcanza semejante intensidad en la discrepancia. Eso es algo llamativo que debiera hacer reflexionar al TCFA, más allá de este desafortunado Auto, sobre el desempeño de su específica y muy relevante función jurisdiccional.

Osservatorio sulle fonti

crática altamente dudosa”, tal y como se hace en el párrafo final del voto particular suscrita por la magistrada Lübbe-Wolf, es más que suficiente y seguramente excusa de mayor abundamiento.

Y dicho esto, cabe preguntarse: ¿son éstas maneras de dialogar? ¿cabe una instrumentalización semejante de los cauces y requisitos procesales al tiempo que se dice estar abriendo un cauce de cooperación jurisdiccional en el espacio constitucional de la integración? ¿es posible plantear una batería duplicada de preguntas para sostener que, cualesquiera que sea la respuesta por parte del TJUE, ya se trate de una resolución de inadmisión, ya se trate de una resolución que se pronuncie sobre alguna o sobre el conjunto de las cuestiones prejudiciales, el TCFA se reserva la afirmación de estándares constitucionales de imperiosa aplicación en solar alemán?, etc.

Sin duda alguna el Auto merece una respuesta por parte del TJUE. Pero acaso sea llegada ya la hora de que algunos otros Tribunales constitucionales, quizás alguno de los que, a mayor abundamiento, cita el propio TCFA, tercien en este “diálogo”.

No es posible asistir mudos a semejante espectáculo.

b) Y, finalmente, un apunte de actualidad, a propósito del hito más reciente de la jurisprudencia iuscomunitaria del TCFA, una sentencia de 18 de marzo de 2014, dictada en el marco de (seis) recursos acumulados de queja por inconstitucionalidad (2 BvR 1390/12, 2BvR 1421/12, 2BvR 1438/12, 2BvR 1439/12, 2BvR 1440/12, 2BvR 1824/12) y un conflicto entre órganos (2BvE 6/12), con la que el Auto que es objeto aquí de comentario guarda manifiesta relación por razón de la materia¹⁶.

Pues bien, previa su negativa a adoptar las medidas cautelares expresamente solicitadas mediante una condicionada decisión, de fecha 12 de septiembre de 2012, finalmente ha resuelto el TCFA -bien que no sin insistir en las líneas de condicionamiento ya establecidas, a propósito de la potestad y autonomía presupuestaria y de la salvaguarda de la responsabilidad (asegurada la exigencia de autonomía) de los órganos constitucionales al hilo del proceso de integración- que ninguna de las disposiciones cuestionadas (Tratado MEDE y Pacto fiscal, leyes de autorización y acompañamiento, ley de autorización para la ratificación de la reforma del artículo 136. 3 TfUE o los llamados “Target 2-System” y “Sixpack”) muestra evidencia de contravención insuperable alguna a la luz de (los rigurosos estándares elaborados al hilo de la interpretación de) la Ley Fundamental alemana.

Así las cosas, al efecto de precisar el alcance y consecuencias de las asimetrías que la enojosa superación de la crisis en la eurozona viene a sumar a las ya preexistentes en el marco del Derecho primario y a las que la puesta en práctica de las cooperaciones reforzadas pueda comportar (y de ello queda buena muestra tras la segunda activación de esta clave de asimetría en vanguardia, por lo que a España e Italia respecta), no será ya posible desatender el anclaje nacional que resulta del lastre de condicionamientos mate-

¹⁶ El texto íntegro de la resolución puede verse en la página web del TCFA (<www.bverfge.de>). Para una referencia sintética de sus razonamientos se remite a la Nota de prensa del TCFA, número 23/2014, de 18 de marzo de 2014.

Osservatorio sulle fonti

riales y reservas de jurisdicción que, eslabón tras eslabón, engarza esa ya larga cadena de la jurisprudencia iuscomunitaria del TCFA.