

## **JURISPRUDENCIA**

---

**Comentarios monográficos**

**Notas de jurisprudencia  
contencioso-administrativa**

**Notas de jurisprudencia del Tribunal  
Europeo de Derechos Humanos**

**Notas de jurisprudencia de la Corte  
Interamericana de Derechos Humanos**



# LA COMPRA DE DEUDA PÚBLICA POR EL BANCO CENTRAL EUROPEO: NOTAS SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA DE 5 DE MAYO DE 2020

ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO  
Universidad Politécnica de Madrid

## *Cómo citar/Citation*

Jiménez-Blanco, A. (2020).  
La compra de deuda pública por el Banco Central Europeo:  
notas sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional  
Federal de Alemania de 5 de mayo de 2020.  
*Revista de Administración Pública*, 212, 147-180.  
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.05>

## **Resumen**

Se estudia la citada sentencia, que, en relación con la política del BCE de compra de deuda pública de los Estados miembros, ha emitido un veredicto desfavorable, desautorizando lo que había resuelto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 11 de diciembre de 2018, caso *Heinrich Weiss y otros*.

La sentencia del Tribunal Constitucional Federal ha despertado una importante polémica, en la que se ha puesto de relieve que las visiones alemanas sobre la unión monetaria no solo son diferentes a las del resto del continente, sino que incluso ponen en cuestión los fundamentos mismos de la integración, como el principio de primacía del ordenamiento europeo.

**Palabras clave**

Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF); Banco Central Europeo (BCE); eurosistema; principio de primacía; cuestión prejudicial.

**Abstract**

The aforementioned Judgment is being studied, which, in relation to the ECB's policy of buying public debt from the Member States, has issued an unfavorable verdict, disavowing what it had decided by the Court of Justice of the European Union on December 11, 2018, Heinrich Weiss and others case.

The Judgment of the Federal Constitutional Court has sparked an important controversy, in which the position of relief has been put the German views on the monetary Union are not only different from those of the rest of the continent, but also challenge the very foundations of integration, such as the principle of primacy of the European legal order.

**Keywords**

German Federal Constitutional Court (TCF); European Central Bank (ECB); Eurosystem; principle of primacy; prejudicial question.

## SUMARIO

---

I. PRESENTACIÓN. II. LAS NORMAS APLICABLES: 1. Planteamiento. 2. Derecho alemán. 3. Derecho europeo. III. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 11 DE DICIEMBRE DE 2018. IV. LA SENTENCIA CONTROVERTIDA. V. LAS REACCIONES FRENTE A LA SENTENCIA.

---

### I. PRESENTACIÓN

La noticia de 5 de mayo, en medio de las espantosas dificultades de la economía por la epidemia de COVID-19, corrió como la pólvora: se hizo viral, para decirlo con las palabras que han ganado fortuna y que en este concreto caso resultan particularmente idóneas. Las sentencias rara vez acceden a la portada de los periódicos de información general, y menos aún si son extranjeras, pero esta fue una de esas ocasiones y además con tono dramático, casi apocalíptico. *El País*, en su edición en papel del día siguiente, el 6, llevó el asunto a portada, con el siguiente titular: «El Constitucional alemán obliga a revisar el programa de compra de deuda del BCE». Y la página 39, dedicada monográficamente al asunto, subía el tono: «Alemania desafía al BCE al cuestionar su programa de compra de deuda» y «Un petardazo de Berlín hacia Europa». El editorial remataba el veredicto: «Sentencia antieuropea».

Y lo mismo en la prensa económica. *Expansión* también abría con eso el día 6: «El poder del BCE, en jaque por la justicia alemana»; «El Tribunal Constitucional germano cuestiona las compras de deuda pública». Y en la misma portada se anunciaba en la página 42 un artículo firmado con el nombre de «El tribunal alemán amenaza el orden legal de la UE». Un verdadero estropicio. Y para toda Europa.

La opinión pública española, así la conocedora de los entresijos de Bruselas como la que no, se encontraba viviendo esos días, dentro de la tragedia epidemiológica y económica, un período de relativa tranquilidad. Pensaba que el rescate europeo iba a terminar siendo inevitable y además podría devenir sanísimo a largo plazo, porque no ignoraba que la cronificación del déficit público —un 3% cada año con carácter infaltable— no resulta mantenible. Y, aunque nadie desconocía

que la medida empezaría trayendo grandes sacrificios —las terroríficas *reformas macroeconómicas*—, la gente se iba haciendo a la idea —la parte buena— de que no tendría que ser inminente, debido justo a que el BCE estaba comprando deuda pública nuestra (y de los demás Estados) a espuertas, con la consecuencia de que la prima de riesgo —el coste de la financiación— se mantenía en niveles razonables. El 18 de marzo se había aprobado un fondo de 750 000 millones de euros para el Programa de Compras de Emergencia Pandémica (PCEP, por sus siglas en nuestro idioma). Las cosas fueron a peor en las semanas siguientes —se anunció una caída del PIB que podía acabar llegando al 12%, o sea, con perforación de todos los suelos conocidos o incluso meramente imaginables— y el 30 de abril, jueves, víspera del día de la fiesta del trabajo, cuando entre tanto se habían gastado 100 000 de esos millones (con lo que habría caja hasta octubre, podía calcularse), la institución anunció que haría todo lo posible para que la crisis no dejara al mercado sin liquidez —un lenguaje casi altanero que recuerda al de Draghi de hace ocho años: luego iremos a ello—, empezando por ofrecer una mejora sustancial en las condiciones de las subastas a las que cada trimestre acude la banca, permitiendo que cobrasen hasta un 1% por tomar dinero prestado. Y creando una barra libre de metálico: «[...] una nueva serie de operaciones de refinanciación para apoyar las condiciones de liquidez en el sistema financiero» («por ahora»: matiz sustancialísimo). Para más alegría, se anunció —30 de abril, se insiste— que «el Consejo de Gobierno está preparado para aumentar el tamaño del PCEP y ajustar su composición tanto y durante el tiempo que sea necesario». En la rueda de prensa de la presidenta esa misma tarde, el umbral de decibelios subió aún más: «Usaremos toda la flexibilidad para desplegar nuestra potencia de fuego, de un billón de euros, para intervenir donde veamos riesgos». Y eso con el propósito de «asegurarnos de que nuestra política monetaria se trasmite a todas las jurisdicciones, de este a oeste, de norte a sur. Y a todos los sectores de la economía».

Los destinatarios más inmediatos del mensaje —los enfermos, por así decir— iban a ser Italia y España, como todo el mundo daba por sabido. Nosotros íbamos a necesitar en el año 2020 colocar 300 000 millones en el mercado, lo que significa un 50% más de lo previsto. La actuación del BCE comprando deuda —Fráncfort, para poner a la institución lo que los alemanes llaman *ein Sitz im Leben*, un lugar físico— no iba a poder prolongarse hasta las calendas griegas, pero desde luego estaba constituyendo un bálsamo. Al menos, la cuerda llegaría hasta después del verano.

Ese era el ambiente entre el 30 de abril y el 5 de mayo, cuando se produjo en Alemania el cataclismo: se anunció que incluso se nos iba a privar del oxígeno artificial, lo único que nos quedaba. Y, en ese ambiente tan desquiciado, no resulta de extrañar que muchas de las opiniones que se vertieron en España exhibieran un tono patriótico y victimista: nosotros somos santos hasta el grado de lo arcángelico y ellos del todo perversos. Un esquema de buenos y malos que no suele ser buen consejero para ver la realidad.

En el fondo de todo, muchos paisanos nuestros debieron pensar que lo que sucede es que los poderosos —los ricos— no se fian. Ya se sabe que el negocio del crédito, del latín *credere*, creer, se basa en algo tan intangible (y tan individualizado) como la confianza.

Pero, aparte de españoles (y también europeos), nuestro oficio es el de juristas y la historia hay que intentar explicarla desde esa óptica, todo lo objetiva que pueda antojarse.

Técnicamente, se trata de la Sentencia de la Sala Segunda, el *Zwiter Senat*, que resuelve cuatro procedimientos acumulados, tres de 2015 (BUR 859, 980 y 1651) y el otro de 2016 (980). Así es como hay que referirse a ella con propiedad. Como se explicará al final, las consecuencias sobre el quehacer del BCE comprando deuda pública de los Estados no son tan inmediatas y calamitosas. Así se ha puesto de relieve en los escasos cinco días, hasta el 9 de mayo, en que se ha elaborado este trabajo.

Y otra cosa: de Alemania no se entiende la cultura jurídica posterior a la Segunda Guerra Mundial, o incluso la cultura sin más, sin el judicialismo. El régimen de Bonn, y luego el de Berlín, es, sí, parlamentario, cancilleresco y federal. Y se basa en el Estado social y democrático de derecho. Pero lo más importante viene constituido por el dato de que esto último —*de derecho*— significa precisamente eso: judicialista. No hará falta acordarse de lo que nos ha explicado Otto Bachof<sup>1</sup>.

Más aún: si los jueces alemanes han acabado encontrando la palanca para acabar entrando en los resquicios más recónditos de la vida pública es porque han dado con una noción, el principio de proporcionalidad, que tiene la suficiente elasticidad para desplegarse en todo momento y en cualquier dirección. En España, al menos desde 1978, no ignoramos esos fenómenos, pero lo de ellos muestra una intensidad mucho mayor. Hay que conocerlo desde dentro para darse cuenta. En síntesis, digamos que con esa manera de argumentar a la hora de poner sentencias, empezando por las del orden contencioso, se han recogido muchas doctrinas de las que han servido para el control de las decisiones políticas, como la desviación de poder en Francia o el principio de razonabilidad en el Reino Unido, por no hablar de la tendencia de los últimos tiempos de todo el pensamiento jurídico teutón de despreciar su tradición —con lo buena que es— y de pasar a considerar que todo lo que viene de Estados Unidos, ya sea caviar beluga o basura radiactiva, debe ser objeto de adoración, al modo del viejo becerro de oro.

Y es que sin esa atmósfera judicialista tan genuinamente alemana (de la Alemania contemporánea, por supuesto, aunque hay quien le remonta, llevado de la

---

<sup>1</sup> *Jueces y constitución*, traducción española a cargo de Rodrigo Bercovitz del original alemán de 1959 (Madrid: Civitas, 1985). Un libro, por cierto, que, visto con ojos de hoy, se antoja ingenuo, porque su sustrato es un planteamiento idealizado del oficio judicial y sobre todo ignora que se trata de un gremio al que le cuesta muchísimo disciplinarse. Tendrían que actuar con una voz, pero propenden de dar la impresión de un verdadero gallinero, donde cada quien —es un peaje que tiene mucho de inevitable— va por libre.

mitificación histórica de la Ilustración prusiana, al mismísimo molinero de Sans Souci) no se entiende nada de lo que viene a continuación.

Pero pasemos de las musas al teatro. El contenido de la concreta controversia: los preceptos.

## II. LAS NORMAS APLICABLES

### 1. PLANTEAMIENTO

El relato arranca del hecho notorio de que, según la jurisprudencia de Luxemburgo, el ordenamiento europeo —todo él, como un bloque— goza de primacía sobre el de los Estados miembros, sea dicho también considerados cada uno de dichos ordenamientos nacionales como una unidad, sin perjuicio de su pluralidad y, también, de su complejidad interna en base a los principios de jerarquía y competencia: en España, arts. 9.3 y 149.3 de la Constitución.

Pero igualmente sabemos que esa primacía —nacida cuando las normas europeas se limitaban a establecer un mercado común— no acaba resultando todo lo incondicional que a veces se sostiene. Primero, porque el mecanismo ordinario para imponerla, la cuestión prejudicial, está diseñado partiendo de un absoluto grado de confianza en personas como los jueces nacionales. Un planteamiento que, a fuer de mostrarse ingenuo, raya la insensatez: todo depende del arbitrio de esos jueces, tanto a la hora del planteamiento como luego cuando llega la hora de llevar las cosas a término: y bien conocemos cómo se las gasta a veces esa gente y lo influenciados que son por el ambiente. Y en segundo lugar, sucede que la Unión Europea no dispone de un ámbito universal de cometidos, sino que sus poderes se rigen por el principio de atribución. Es el art. 5 del TFUE: «2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinen. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros». Así pues, primacía, sí, pero solo en aquello que haya pasado a formar parte de su parcela. Es un ordenamiento derivado (y relativamente joven) y por tanto incompleto.

La combinación de esos dos fenómenos, que pueden antojarse contradictorios —el del centro está arriba, pero en revancha encuentra su campo tasado—, no resulta algo infrecuente en los sistemas normativos multinivel, lo que explica que tiendan a constituir auténticos semilleros de pleitos. Pero aquí el problema tiene un *plus* de gravedad. Primero, porque el autor de los tratados se mostró poco preciso, distinguiendo, por ejemplo, por un lado política económica, y sobre todo fiscal, que sigue formando parte de la competencia de los Estados, y por otro política monetaria, por el contrario centralizada, siendo así que en el fondo constituyen materias que no se pueden disociar. Y para más inri sucede que las culturas jurídicas —o, en última instancia, las mentalidades sociales— son, en



cuanto tiene que ver con la economía, del todo diferentes o incluso opuestas, por mucho que el TUE, llevado de un lirismo rayano en el arrobo, proclame en el art. 2 la siguiente comunión de los europeos en eso tan metafísico que son los *valores*:

La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

Palabrería de lujo al margen, lo cierto es que la divergencia entre los del viejo continente es muy profunda y antigua. Arranca desde la reforma protestante y el Concilio de Trento, en la primera mitad del siglo XVI, nada menos. Los unos —los del norte, los acreedores, para entendernos— son hormigas que viven para trabajar, mientras que nosotros, los del sur, deudores crónicos, trabajamos, sí, pero para vivir. Por eso, allí la austeridad —una palabra muy usada en este contexto— constituye una virtud, y más en singular una virtud de ricos, de los que no gastan pese a que podrían hacerlo: gente frugal, que suele decirse. El pobre, por definición, no es austero: si no gasta es sencillamente porque no puede, por mucho que, si es persona del Mediterráneo, tienda fatalmente al derroche. La convivencia de especímenes tan heterogéneos no resulta sencilla, pero en eso consiste precisamente la Unión Europea: *e pluribus, unum*. Tan europeos son los protestantes como los católicos, porque, en el fondo, y aunque remotamente, somos primos.

Hay pocas veces en que un estereotipo responda en tanta medida a lo que cada uno sigue pensando del otro —cómo lo mira— y viceversa. Los hechos luego son otra cosa, porque se muestran siempre más matizados. Por eso, dicho sea en términos del mito de la caverna de Platón, se ha optado ahora por hablar de las ideas, no de la realidad tangible. De ahí que, sobre todo a partir de la crisis griega de 2009, los unos, cuando se ven llamados a prestar, solo hablan de condicionalidad, mientras que a los otros esa palabra les genera repelús y se apresuran a poner sobre la mesa otra solidaridad. Y como plasmación de la misma, tienen el ideal de los eurobonos, o sea, que el emisor de la deuda sea único. Por tanto (para ellos), más barato. Y a la inversa: para los del norte, más caro que si actuasen ellos por su cuenta. No en vano, los debates financieros del Eurogrupo no acostumbran a conocer un final. «Dos linajes solos hay en el mundo, que son el tener y el no tener» (Sancho Panza). Una visión marxista, por cierto, con anticipo de siglos: la existencia de cada quien es lo que predetermina su conciencia.

Al fondo de todo, puede ser que nos acabemos topando con la imagen de Dios que (en lo más profundo de su inconsciente, porque los tiempos no son los de nuestros abuelos y hoy todos somos muy mundanos) albergan uno y otro de los dos grupos de cristianos. Para los de nuestra cuerda, o sea, los del Concilio de Trento, es el Dios del Nuevo Testamento, misericordioso por encima de todo

y en consecuencia capaz de disculpar los despilfarros y la mala gestión del dinero: basta «un punto de contrición», que fue lo que en la obra de Zorrilla permitió al Tenorio terminarse salvando. Los seguidores de Lutero, sin embargo, rompieron con esa idea (a su juicio, generadora del llamado *riesgo moral*, al no incentivar el buen orden de las cosas) y volvieron al Dios del Antiguo Testamento, que se muestra justo hasta el grado de lo implacable. «El que la hace, la paga», sin la Virgen María ni nadie que interceda por él. Y además resulta muy sano que ocurra así. A apechugar tocan.

## 2. DERECHO ALEMÁN

De hecho, los alemanes se muestran muy proclives a Europa, quizá de forma sincera, pero —punto crucial— no a cualquier Europa, como lo prueba el dato de que el art. 23 de la Ley Fundamental de Bonn, en su versión actual, esté lleno de condiciones y reservas, a saber:

Unión Europea – protección de los derechos fundamentales – principio de subsidiariedad.

(1) Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiariedad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones.

(1a) El Bundestag y el Bundesrat tienen el derecho de presentar una acción ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a causa de la infracción de un acto legislativo de la Unión Europea contra el principio de subsidiariedad. El Bundestag está obligado a hacerlo a petición de un cuarto de sus miembros. Por ley, que necesita el acuerdo del Bundesrat, pueden admitirse excepciones del artículo 42, apartado 2, frase 1, y del artículo 52, apartado 3, frase 1, para el ejercicio de los derechos que les son reconocidos al Bundestag y al Bundesrat en los Tratados básicos de la Unión Europea.

(2) En los asuntos vinculados con la Unión Europea participan el Bundestag y los Länder a través del Bundesrat. El Gobierno Federal debe informar en detalle y con la menor dilación al Bundestag y al Bundesrat.

(3) Antes de participar en los actos normativos de la Unión Europea, el Gobierno Federal dará al Bundestag la oportunidad de expresar su parecer. El Gobierno Federal tendrá en cuenta las tomas de posición del Bundestag en las negociaciones. La regulación se hará por una ley.

[...]

O sea, no solo se fijan severos límites materiales a la integración —el principio de subsidiariedad, entre otras cosas—, sino que además se reconoce legitimación activa a las dos Cámaras parlamentarias para, en caso de que Europa haya ido un palmo más allá de lo debido —el *ultra vires*—, acudir a la justicia a denunciarlo. ¿A qué concreta justicia? A la europea, o sea, Luxemburgo, el TJUE, según se afirma literalmente en el apartado 1a). Pero, en la medida en que ese *ultra vires* significa o puede significar una infracción de la propia Ley Fundamental, también vale pedir auxilio al que es el árbitro doméstico y del que, por supuesto, cabe esperar que se muestre *casero*, como se dice en el fútbol. El Tribunal Constitucional Federal (TCF), con sede en la histórica ciudad de Karlsruhe. Literalmente, el descanso de Carlos, siendo el tal Carlos, por supuesto, uno de ellos, el margrave de Baden. La Alemania, dicho sea de paso, más provinciana. Un TCF, que, por lo que se ha indicado, somete con frecuencia al legislador a unos escrutinios que, por su intensidad, parecieran propios de un juez contencioso (de los puntillosos). El principio de proporcionalidad se aplica también ahí y con carácter casi universal, no solo para examinar las restricciones de derechos fundamentales.

Y eso sin contar con que para los alemanes, si por ventura una norma legal no les gusta, el acceso al TCF es mucho menos complicado que para nosotros llegar al equivalente de aquí, con un recurso de amparo solo subsidiario (y del que cada vez se admiten menos) y una cuestión prejudicial que depende del albur del juez que te toque en suerte, el «ordinario predeterminado por la ley», como le llama con displicencia el art. 24. Lo suyo es casi una acción popular.

Emboscado en la Ley Fundamental de Bonn se encuentra un precepto de apariencia anodina, el art. 38, *Principios electorales*, que, acerca de la Cámara Baja, establece lo siguiente:

- (1) Los diputados del Bundestag alemán serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto. Son los representantes del pueblo en su conjunto, no ligados a mandatos ni instrucciones, y sujetos únicamente a su conciencia.
- (2) Tiene derecho de voto quien haya cumplido dieciocho años de edad. Es elegible quien haya cumplido los años con los cuales se alcanza la mayoría de edad.
- (3) La regulación se hará por una ley federal.

Para situarnos, sería algo así como el melifluo apdo. 1 de nuestro art. 66, primero del título III: «Las Cortes Generales representan al pueblo español». A todo él, más allá de circunscripciones y de partidos. Aunque, en el fondo, se trata de proclamar algo tan serio como el principio democrático, que se basa, como es obvio, en haber comenzado precisando el ámbito del tal *demos*: los españoles aquí y allí los alemanes. En ambos casos, la integridad de ellos, pero, eso sí, nadie más. Son los que tienen eso que se conoce como el derecho a decidir. Sobre el destino de sus impuestos, en concreto. *Non taxation without representation*.

No es cuestión de extenderse por la Ley Fundamental de Bonn en su conjunto ni sobre la jurisprudencia histórica del TCF sobre la integración europea y sus límites, límites que se derivan de la manera como se interpreta el citado prin-

cipio democrático (en última instancia, es eso lo que explica que la legitimación activa ante el TCF se haya ensanchado tanto: se ha visto elevado a la categoría de derecho fundamental, al modo, para entendernos, de lo que entre nosotros es el art. 23), principio democrático que por cierto la Ley Fundamental proclama con carácter genérico en los arts. 20 y 79. Así como tampoco es la ocasión de explicarse por la idea de la identidad constitucional, que se muestra lo suficientemente dúctil para ampliarse y encogerse a voluntad y lo suficientemente metafísica como para servir de apoyo a cualquier argumento. Hay que citar solo lo siguiente:

- Sentencia Maastricht, de 12 de octubre de 1993. Se plantea (retóricamente) si acaso existe un pueblo europeo y, al responderse de manera negativa, concluye que la legitimidad democrática solo puede buscarse en cada uno de los pueblos nacionales. En el caso específico alemán, concurre además la citada identidad constitucional, de la que deriva —punto crucial— la necesidad de reservar un espacio a la intervención del Parlamento alemán, que además no puede contentarse con dictar autorizaciones en blanco o imprecisas. Si se le reserva la competencia para decidir es precisamente para que sea él quien ejerza.
- Sentencia Lisboa, de 30 de junio de 2009. Insiste en la facultad del propio TCF de controlarlo todo<sup>2</sup>.

Pese al tono amenazador, en ambos casos los pleitos acabaron teniendo un *happy end*: los dos tratados se declararon conformes con la Ley Fundamental de Bonn. En base, en primer lugar, al hecho de que al BCE se le hubiese dotado de un estatuto de independencia y se le atribuyese como objetivo prioritario la estabilidad de precios: la lucha contra ese enemigo mayor de la raza germánica posterior a las asperezas de la primera época de Weimar que es la inflación. El art. 127 del TFUE atribuye al BCE como «objetivo principal» el de mantener esa estabilidad. Dato igualmente esencialísimo, como luego se va a ver.

Llega la hora de cerrar la exposición relativa al derecho de allí. Y es que, contrariamente a lo que pensamos los españoles, que vemos aquello como una unidad monolítica, sucede que las diferentes instituciones han desarrollado su propia idiosincrasia en el eterno debate entre lo nacional y lo continental. He aquí que las dos que son independientes, el propio TCF y también el Bundesbank, se muestran mucho más sesgadas a favor del primero de los dos polos. Pese a no

<sup>2</sup> La bibliografía, incluso en España, resulta inabarcable. Por todos, M. Azpitarte Sánchez (2016), «Jurisdicción europea y legitimidad constitucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 55, págs. 941-975. Igualmente debe citarse A. López Pina (2016), «Grecia y la cuestión alemana», *Sistema*, 241, págs. 57-78.

provenir sus miembros del sufragio popular directo, recogen, dicho sea con esas palabras, lo más profundo del alma germánica<sup>3</sup>.

Algo más a añadir sobre el Bundesbank, criatura ya ascendida a lo legendario, pero cuyos efectos prácticos no se deben menospreciar. La doctrina de las Administraciones independientes, que se explica en los manuales, está elaborada tomando esa figura como base: el manejo del dinero es un asunto muy serio y no puede depender de contingencias electorales, porque ya se sabe que, ¡ay!, la gente se muestra voluble y, a la hora de ejercer el sufragio, suele mostrar memoria de pez. O sea, principio democrático, sí, pero...

Y otra cosa: los alemanes sienten que con los primeros con los que tienen que mostrarse solidarios son *sus propios pobres*, los que viven en la ex-RDA y, treinta años después de la reunificación, siguen siendo ciudadanos de segunda y, lo que es peor, sintiéndose como tales. Puestos a integrar a terceros en la boyante República Federal, ellos serían los primeros de la fila. Es como esos catalanes —los no independentistas— a quienes les gustaría que el resto de los españoles les ponderase más, con la diferencia de que aquellos, los alemanes orientales, son los menos ricos. Situación idéntica —otro *problema político*, como acerca de Cataluña se dice aquí—, solo que justo a la inversa. Si problema político es el uno, problema político debe considerarse también el otro.

Alemania, dicho sea para recapitular, es mucho más plural de lo que se piensa desde España: plural en las instituciones —más o menos europeas, según qué y quién— y también, por lo que se acaba de decir, en los territorios.

### 3. DERECHO EUROPEO

El TFUE, en el título VIII, *Política económica y monetaria*, dedica algunos preceptos, provenientes de Maastricht, a dejar claro que compartir moneda no significa que las deudas públicas hayan pasado a tener un régimen de solidaridad: cada Estado responde de las suyas y nadie más. De otra manera, los alemanes no habrían prescindido de su hijo máspreciado, el marco, el DM (la orgullosa hechura del Bundesbank, precisamente). El art. 126 se expresa al respecto en términos que no pueden ser más taxativos y que no hará falta reproducir.

Y, por si alguna duda quedaba, el art. 123, en su apdo. 1, remata las cosas así:

Queda prohibida la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de créditos por el Banco Central Europeo y por los bancos centrales de

<sup>3</sup> Sobre eso se han escrito también bibliotecas enteras. De nuevo por fijarse solo en una cosa, R. Sala Rose (2007), *El misterioso caso alemán*, Barcelona: Alba Editorial.

Y en el bien entendido de que los jueces alemanes, los de Karlsruhe entre ellos, son alemanes, pero también son jueces. Cada una de las dos cosas, y no solo la primera, tiene su aquel. Y la mezcla no digamos. Puede acabarse mostrando tan explosiva como los anabaptistas de Münster en 1534.

los Estados miembros, denominados en lo sucesivo *bancos centrales nacionales*, en favor de instituciones, órganos u organismos de la Unión, Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros, así como la adquisición *directa* a los mismos de instrumentos de deuda por el Banco Central Europeo o los bancos centrales nacionales.

La cursiva —lo prohibido expresamente es solo la adquisición *directa*— resulta muy relevante, por lo que luego se va a ver. La financiación monetaria no se ve impedida con un carácter absoluto.

Eso sin perjuicio de que, como acostumbra a suceder, los autores de las normas también tienen su corazóncito y al cabo lo dejan traslucir. El art. 122 se expresa en los siguientes términos:

1. Sin perjuicio de los demás procedimientos establecidos en los Tratados, el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá decidir, con un espíritu de solidaridad entre Estados miembros, medidas adecuadas a la situación económica, en particular si surgieren dificultades graves en el suministro de determinados productos, especialmente en el ámbito de la energía.

2. En caso de dificultades o en caso de serio riesgo de dificultades graves en un Estado miembro, ocasionadas por catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiese controlar, el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá acordar, en determinadas condiciones, una ayuda financiera de la Unión al Estado miembro en cuestión. El Presidente del Consejo informará al Parlamento Europeo acerca de la decisión tomada.

El TFUE, en suma, aprieta (en los arts. 123 y 126), pero se muestra cuidadoso y no termina de ahogar: las compras de deuda pública que sean indirectas o en el mercado secundario se salvan de la prohibición y además queda abierto el portillo del art. 122, lo suficientemente impreciso como para servir para lo que en cada momento se ofrezca.

Que una disposición del más alto rango se exprese en esos términos multívocos no solo debe sorprender, sino que responde a un propósito deliberado. Son los famosos compromisos dilatorios o inauténticos, en el sentido de Carl Schmitt: en el texto acaba cabiendo todo, porque cada parte contratante se guarda sus bazas para lo que pueda venir y el único acuerdo —de ahí lo ambivalente del texto al que se llega— consiste en aplazar la decisión hasta que un día llegue el momento crítico<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Por supuesto que el diseño del mecanismo de las cuestiones prejudiciales europeas, que no funciona sin *buen rollito* entre los jueces nacionales y Luxemburgo, no se entiende al margen del trasfondo de la superfamosa *controverse* entre el propio Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre las maneras de defender el texto superior, llámese Constitución —que, según el primero de ellos, era algo distinto de la mera ley constitucional— o Tratado. Sobre ello merecen citarse dos aportaciones españolas recientes. De un lado, J. de Miguel y J. Tajadura (1918), *Kelsen versus Schmitt. Política y Derecho en la crisis del constitucionalismo*,

Hasta aquí, el derecho europeo originario o de primera línea, los tratados.

En 2008 se desató la tormenta financiera que está en la historia. A Europa tardó unos meses en llegar, pero nos impactó de lleno y eso obligó a adoptar medidas de urgencia. En primer lugar, los llamados rescates, empezando por el de Grecia en 2010, consistentes, en pocas palabras, en ir en auxilio de un país deudor que no consigue financiarse en el mercado a un precio que no resulte prohibitivo: para eso se creó el 9 de mayo de 2010 el llamado Fondo Europeo de Estabilidad Financiera, FEEF, y la correspondiente Facilidad (vaya un palabro) con sede en Luxemburgo. Aunque, eso sí, a cambio de esa ayuda se le imponen deberes, en el sentido de disciplinar su Hacienda y, en última instancia, hacer productiva su economía, al menos hasta donde fuese posible. De hecho, eso equivale a modernizarlo, bien que a costa de sacrificios inmediatos, la famosa condicionalidad. Sobre todo para los perceptores de rentas del sector público, pensionistas y funcionarios en especial, la llamada (mal llamada) austeridad, cuyos costes sociales y de desafección nadie ignora. La presencia de los *hombres de negro* supone una auténtica humillación nacional.

Pero sin olvidar que también los acreedores —los alemanes, por seguir con la personificación— tuvieron que tragarse sus propios sapos. De ahí precisamente la actual polémica. Al otro lado del Rin había muchos que habrían preferido dejar las cosas griegas a su suerte. Existe un partido, *Alternative für Deutschland*, que debe su existencia a ese descontento, y, no por casualidad, en la ex-DDR cosecha muchos aplausos. El panorama —el panorama democrático y europeo— hay que verlo completo.

Grecia aparte, he aquí que en el verano de 2012, las primas de riesgo de España e Italia alcanzaron unos niveles auténticamente inasumibles. Pero su tamaño era demasiado grande para aplicarle la receta de los helenos, que entre tanto se había extendido a Irlanda y Portugal, y, para resolver el problema (la alternativa habría sido pura y simplemente dejarlos reventar y que la moneda única hubiese saltado en pedazos), se optó por una solución menos aparatosa, y a cargo solo (formalmente) del BCE, y el SBCE, el Eurosistema, cuyo presidente a la sazón, Mario Dragui, con arrojo y sin una base competencial explícita, lo anunció en Londres el 26 de julio de palabra: la compra (no directa, o sea, no en el mercado primario, porque el art. 123 lo prohíbe de manera explícita) de la correspondiente deuda pública: su mutualización de hecho, en cierto sentido. No se trató de un acto jurídicamente formalizado, sino unas palabras —*whatever it takes*, nada menos— en una rueda de prensa. Un *farol*, para entendernos.

Al diseño institucional se añadió otra figura, el Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera, que está autorizado a prestar hasta 440 000 millones de euros. Y se llegó incluso a dar una nueva redacción al art. 136 del TFUE.

---

Madrid: Guillermo Escolar editor. Y luego el trabajo de G. Gómez Orfanell (2020), «El defensor de la Constitución», incluido como presentación en la última edición del libro del mismo título del propio Schmitt (1931), Madrid: Tecnos.

En aquellos dos casos de mediados de 2012, o sea, los de España e Italia, la compra —un verdadero auxilio a quien se encontraba muy necesitado— no se condicionó de manera formal a que los países emprendieran esas reformas macroeconómicas tan necesarias y a las que los gobernantes del soleado Mediterráneo suelen mostrar verdadero pánico. Pero lo cierto es que los entonces líderes, Monti y Rajoy, algo se atrevieron a hacer ese verano. Sabe Dios si puede hablarse de condicionalidad implícita, o tácita, o al menos de conciencia de que no se puede pedir sin hacer méritos para que te den. O al menos aparentarlo. El punto de contrición con que se contentaba Dios para salvar al Tenorio.

En relación con la primera de esas actuaciones de solidaridad, el rescate articulado al modo griego, o sea, con dureza y ese tono estigmatizante que le resulta consustancial, el TCF de Karlsruhe tuvo que conocer impugnaciones de ciudadanos —la tal acción popular—, que dieron lugar a dos sentencias de constitucionalidad. Una, de 7 de septiembre de 2011, desestimatoria de las normas del préstamo griego con dinero del contribuyente alemán (y no solo alemán); otra, de 28 de febrero de 2012, sobre las decisiones relativas a la Facilidad Europea de Estabilidad Financiera, que declaró que, al haberse reservado a una Comisión del Bundestag la competencia al respecto, se había vulnerado el derecho constitucional de participación democrática del art. 38 de la Ley Fundamental de Bonn. Pero, al tratarse de una cuestión meramente organizativa dentro del Parlamento, sin particulares consecuencias.

Pero quedaba el examen de lo segundo, lo que había sido anunciado por Draghi en Londres en la rueda de prensa de 26 de julio de 2012, y que se vio formalizado poco más tarde, el 5 y 6 de septiembre, en sendas decisiones del Consejo de Gobierno del BCE, por supuesto con el voto a favor del representante alemán en el SEBC, sobre aprobación de los parámetros básicos de las Outright Monetary Transactions (OMT).

Fráncfort —a solo 139 kilómetros de Karlsruhe, dicho sea de paso— es la sede del BCE, pero este ha sabido sustraerse a la atmósfera local y de hecho los paisanos lo consideran poco menos que como un intruso. Hubo alemanes que se sintieron concernidos —«eso suena bonito, pero el problema está en qué se va a hacer con mi dinero»— y volvieron a dirigirse al TCF, que, en fechas 14 de enero y 18 de marzo de 2014, planteó dos cuestiones prejudiciales a Luxemburgo<sup>5</sup>. De ahí salió en el TJUE, con Pedro Cruz Villalón como abogado general, la Sentencia Gauweiler, de 16 de junio de 2015, cuya parte dispositiva consistió en lo siguiente:

---

<sup>5</sup> M. Azpitarte Sánchez (2014), «Los confines de la democracia y la solidaridad. A propósito de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 14 de enero y de 18 de marzo de 2014, que enjuician el marco jurídico-supranacional de las políticas de rescate», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 101, págs. 301-336.



Los artículos 119 TFUE, 123 TFUE, apartado 1, y 127 TFUE, apartados 1 y 2, así como los artículos 17 a 24 del Protocolo (nº 4) sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, deben interpretarse en el sentido de que autorizan al Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) a adoptar un programa de compra de bonos soberanos en los mercados secundarios como el que se anunció en el comunicado de prensa al que se hace referencia en el acta de la reunión nº 340 del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo (BCE) de 5 y 6 de septiembre de 2012.

Devueltas las actuaciones al TCF, dictó su Sentencia un año después (casi día por día), el 21 de junio de 2016, secundando la interpretación de Luxemburgo —algo que en teoría no habría ni que mencionar: la primacía europea consiste precisamente en eso— y por tanto desestimando los recursos en cuanto al fondo, aun con muchos *corsi e ricorsi* a la hora de la retórica. Las espadas seguían en alto y Karlsruhe quiso dejar claro que se guardaba ases en la manga. Solo había aceptado *por esta vez*<sup>6</sup>.

Sin esos precedentes no se entiende la Sentencia de 5 de mayo de 2020, la que ahora nos concierne. Pero son precedentes en cierto sentido remotos. Lo inmediato estuvo en el pleito europeo resuelto por la Sentencia del asunto C-493/17, *Heinrich Weiss y otros*. Conviene verla separadamente.

### III. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 11 DE DICIEMBRE DE 2018

Pongámonos en marzo de 2015. Lo peor parecía haber pasado, pero el crecimiento europeo se mostraba escaso, casi anémico. Y los Gobiernos del Mediterráneo («nuestros queridos países de vacaciones», en la *cariñosa* expresión alemana) no conseguían acabar con el déficit, con lo que su deuda seguía creciendo, tanto en porcentaje del PIB como desde luego en cifras absolutas. El BCE se vio de nuevo impelido a actuar para evitar que las primas de riesgo se disparasen como había sucedido en el verano de 2012. Pero, bien asesorado jurídicamente, presentó las cosas de otra manera: su cometido primero es el control de la depreciación monetaria y por eso buscó como título competencial, lo que en Europa se llama la *base* jurídica —indispensable cuando uno solo dispone de competencias de atribución—, esa coartada.

En aquella sazón, de inflación, y desde luego de inflación elevada, no había la menor traza. Antes al contrario, se avizoraba el riesgo de lo inverso, la deflación, que puede acabar resultando aún más nociva. Pero los sabios —el propio BCE, desde 2003— nos explican que una inflación pequeña, próxima al límite del 2%,

<sup>6</sup> A Sainz de Vicuña y Barroso (2016), «La política monetaria del BCE ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán: la Sentencia de 21 de junio de 2016 en el caso OMT», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 55, págs. 1067-1099.

no solo no daña —la absoluta estabilidad de precios acaba llevando a un cuadro plano—, sino que hasta viene bien. Resulta necesario, en suma, diseñar una política que acierte con ese punto mágico: no pasarse, pero tampoco quedarse corto. *Ni tanto que quemé al santo, ni tanto que no lo alumbre*, como dicen en México.

En ese contexto, el BCE, todavía presidido por Draghi, entendió que lo que procedía poner en marcha (o, al menos, la manera de presentar las cosas: el celo-fán, para entendernos) era un «Programa de adquisición de bonos soberanos en los mercados secundarios» (PSPP: Public sector asset purchase programme). Que esta vez se formalizó jurídicamente en la Decisión (UE) 2015/774, del BCE, de 4 de marzo. Poco antes de cumplirse los dos años se modificó mediante la Decisión (UE) 2017/100, de 11 de enero. En ambos casos, sin garantía de permanencia.

Se explicó —la motivación esgrimida acaba siendo en estos casos lo determinante— que así, al favorecer la bajada de los tipos de interés reales, se incentivaba a los bancos a conceder créditos y al cabo se acababa facilitando la financiación de toda la actividad económica, con los consumidores finales, incluidos los hogares, como beneficiarios.

En concreto, se preveía que un 90% del total fuese adquirido por los bancos centrales del país, a repartir a prorrata del capital de cada quien en el BCE. La selección del 10% restante quedaba en manos del propio BCE, de acuerdo con los criterios establecidos en las propias Decisiones. A 12 de mayo de 2017, el volumen del programa PSPP había alcanzado los 1 534 800 millones de euros. Un billón y medio, con b. Un auténtico pastizal. Y fue esa elevada cuantía la que llevó otra vez a algunos ciudadanos alemanes a ponerse en marcha. El camino de siempre: primero Karlsruhe y luego Luxemburgo. Total, entre ambas ciudades median apenas 270 kilómetros.

El reproche necesitó una reelaboración conceptual, porque las instituciones de allí (salvo, obviamente, el Bundesbank) no habían participado ni podían haberlo hecho: no había leyes nacionales, en particular. De ahí que la imputación al Gobierno Federal y al Bundestag consistiera en su inactividad, lo que inevitablemente resulta más forzado a la hora de impugnar. Pero la cantinela nos la podemos imaginar y empezaba consistiendo en invocar la vulneración del principio democrático y de la identidad constitucional. Y, ya descendiendo al terreno de lo tangible, recordaba la prohibición en el Tratado (aunque no absoluta) del principio de «financiación monetaria» —de hecho se trata de un fraude de ley porque lo del mercado solo secundario no responde a la cruda realidad— y, por supuesto, estábamos ante una actuación *ultra vires*, al ir más allá de las funciones del BCE, porque en el fondo no estamos en política monetaria, sino en verdadera política económica, donde la competencia sigue estando en los Estados miembros. *Ultra vires*, por tanto, de la Unión Europea y, más aún, del propio BCE.

Así se terminó llegando en Luxemburgo a esta sentencia, la de la Gran Sala, C-493/17, *Heinrich Weiss y otros*. Las cuestiones prejudiciales habían sido planteadas por el TCF el 18 de julio de 2017, o sea, dos años largos después de que el BCE hubiera adoptado la decisión —recuérdese que había sido el 4 de marzo

de 2015, sin perjuicio de ulteriores modificaciones—, lo que hacía que el debate ya contase con cifras y hubiese dejado de tener la abstracción que resulta propia de todo análisis cuando se está ante un conflicto entre dos normas. Las primeras cuatro cuestiones prejudiciales fueron las siguientes:

1) Si el art. 123.1 del TFUE se veía infringido por las siguientes determinaciones de la Decisión de 2015:

- Que «se comuniquen detalles de las compras de un modo que genere en los mercados la certidumbre fáctica de que el Eurosistema adquirirá parte de la deuda que vayan a emitir los Estados miembros».
- Que «no se dé a conocer, tampoco *a posteriori*, detalle alguno sobre el respecto de plazos mínimos entre la emisión de un instrumento de renta fija en el mercado primario y su recompra en los mercados secundarios, de modo que, en este sentido, no es posible el control judicial».
- Que «no se venda nuevamente toda la deuda adquirida, sino que se conserve hasta su vencimiento, retirándola con ello del mercado».
- Que «el Eurosistema adquiera instrumentos de renta fija negociables nominales con un rendimiento negativo al vencimiento».

2) ¿Infringe en todo caso la Decisión mencionada en la primera cuestión el art. 123 del TFUE si, ante cambios ocurridos en los mercados financieros —en particular, debido a la escasez de instrumentos de renta fija adquiribles—, su continuidad exige que se flexibilicen permanentemente las normas aplicables originariamente a las compras y si quedan sin efecto los límites a los programas de compra de deuda como el que propone el PSPP que se establecen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia?

3) ¿Infringe el BCE los límites materiales de su mandato, esto es, la política monetaria? Y esto teniendo en cuenta los siguientes datos:

- Debido al volumen del PSPP, que a 12 de mayo de 2017 ascendía a 1 534 800 millones de euros, la Decisión afecta considerablemente (para bien) a las condiciones de refinanciación de los Estados miembros.
- La Decisión, a la vista de ello y de sus efectos sobre las entidades financieras, no solo tiene consecuencias indirectas en materia de política económica, sino que sus efectos («objetivamente determinables») sugieren que, además del objetivo de política monetaria, persigue, al mismo nivel como mínimo, un objetivo de política económica.
- Dado el impacto en materia de política económica, vulnera el principio de proporcionalidad.

— Debido a la falta de una motivación específica, la Decisión «no puede ser controlada desde el punto de vista de su continua necesidad y de su proporcionalidad durante los más de dos años que lleva siendo ejecutada».

4) A la vista de los arts. 119 y 127 del TFUE, así como de los arts. 17 y 24 del Protocolo sobre el SEBC y el BCE, se cuestiona, «por el hecho de su volumen y su ejecución continuada durante más de dos años, así como los efectos de política económica que de ello se derivan», si tales circunstancias «dan lugar a un cambio en la apreciación de la necesidad y de la proporcionalidad del PSPP, de modo que a partir de un determinado momento, supone una extralimitación del mandato del BCE en materia de política monetaria».

El asunto requiere ahora atención porque la Sentencia del TCF que se está glosando constituye precisamente la *ejecución* de lo que en esa sentencia, y por vía prejudicial, estableció el TJUE.

Esas cuatro preguntas —una verdadera acusación a lo acordado en Fráncfort, al modo del más implacable de los fiscales— fueron respondidas por Luxemburgo previa su agrupación y nueva ordenación. En los siguientes concretos términos:

*\* Sobre el cumplimiento de la obligación de motivación prevista en el art. 296 del TFUE, apdo. segundo.*

El hecho es el que se pone de relieve así:

37. Como ha señalado el Abogado General en los puntos 133 a 138 y 144 a 148 de sus conclusiones, las sucesivas decisiones del BCE relativas al PSPP han sido sistemáticamente aclaradas por la publicación en notas de prensa, declaraciones preliminares del Presidente del BCE en conferencias de prensa, junto con las respectivas respuestas a las preguntas de la prensa, e informes de las reuniones de política monetaria del Consejo de Gobierno del BCE, que ponen de manifiesto los debates mantenidos en el seno de este órgano.

Y también:

40. A los diversos documentos mencionados en el apartado 37 de la presente Sentencia, que se presentaron tanto en el momento de la creación del PSPP como con ocasión de las revisiones y modificaciones de este programa, se añade la publicación, en el *Boletín Económico* del BCE, de análisis generales sobre la situación monetaria de la zona euro y varios estudios específicos sobre los efectos del PAA [programa ampliado de adquisiciones de activos, del que el PSPP era parte] y del PSPP.

En consecuencia:

41. Se desprende del conjunto de estas consideraciones que el SEBC expuso cómo el hecho de que la inflación se mantuviera en un nivel insuficiente durante un período prolongado y de que se hubieran agotado las medidas de política monetaria normalmente utilizadas lo llevaron a considerar necesaria la adopción y posterior ejecución, a partir del año 2015, de un programa de compra de activos que presenta las características del PSPP, tanto en su principio como en sus diversas modalidades.

*\* Sobre si el contenido del PSPP se encuentra incluido en las atribuciones del SEBC, «tal como las define el Derecho primario, habida cuenta, en particular, de la magnitud de sus efectos, que se derivan del volumen de bonos que pueden adquirirse y de la duración de este programa».*

Con pie en el objetivo confesado de alcanzar ese nivel óptimo de inflación (tasas inferiores, pero cercanas, al 2%), se afirman dos cosas. Lo uno, con respecto a la licitud del objetivo perseguido por la Decisión de 2015:

55. [...] los autores de los Tratados han optado por definir el objetivo principal de la política monetaria de la Unión —el mantenimiento de la estabilidad de precios— de una manera general y abstracta, sin determinar con precisión el modo en que dicho objetivo debe concretarse desde el punto de vista cuantitativo.

56. No consta que el criterio, adoptado por el SEBC desde el año 2003, por el que se concreta el objetivo de salvaguardar la estabilidad de los precios en el mantenimiento a medio plazo de tasas de inflación inferiores pero próximas al 2% adolezca de un error manifiesto de apreciación ni sobrepase el marco establecido por el Tratado FUE. Como ha expuesto el BCE, tal criterio puede justificarse por la imprecisión de los instrumentos de medición de la inflación, por la existencia de diferencias notables de inflación dentro de la zona euro y por la necesidad de preservar un margen de seguridad para prevenir la posible aparición de un riesgo de deflación.

En suma, que ese objetivo específico «puede vincularse al objetivo principal de la política monetaria de la Unión». Y eso sin necesidad de poner sobre la mesa que lo monetario y lo económico son realidades al menos parcialmente indisolubles:

60. [...] el artículo 127 TFUE, apartado 1, prevé que, por un lado, sin perjuicio de su objetivo principal de mantener la estabilidad de precios, el SEBC apoyará las políticas económicas generales de la Unión y que, por otro lado, el SEBC debe actuar respetando los principios establecidos en el artículo 119 TFUE. De ello se deduce que, dentro del equilibrio institucional establecido por las disposiciones que figuran en el título VIII del Tratado TFUE, en el que se inscribe la independencia garantizada al SEBC por el artículo 130 TFUE y el artículo 282 TFUE, apartado 3, los autores de los Tratados no pretendían establecer una separación absoluta entre las políticas económica y monetaria.

Eso, en cuanto a lo uno, los objetivos de la Decisión de 2015 y su inclusión dentro de lo que es el cometido del BCE, la política monetaria, con el ánimo de controlar la inflación. Sobre lo segundo, los medios, la sentencia, en el apdo. 69, recoge lo establecido en el Protocolo del SEBC y el BCE (el BCE y los bancos centrales de los Estados miembros, que componen el Eurosistema, pueden operar en los mercados financieros comprando y vendiendo directamente instrumentos negociables en euros) para colegir que tampoco por ese flanco cabe reproche europeo a la Decisión.

\* *Sobre la proporcionalidad con los objetivos de política monetaria.*

Anteriormente se ha aludido al principio de proporcionalidad, nacido —con toda la imprecisión que conocemos: viene a ser poco menos que la versión post-moderna del tradicional ojo de buen cubero— con la noble pretensión de minimizar las limitaciones en la libertad. Pero también se explicó que las cosas han evolucionado y que ese principio ha acabado convirtiéndose en un parámetro que sirve para enjuiciarlo todo.

El PSPP era un programa que estaba para ayudar y en ese sentido las compras habrían de constituir, dicho sea con terminología jurídico-administrativa, actos favorables —que bienvenidos sean y cuanto más favorables mejor— y no actos de gravamen. Pero los recurrentes, conocedores de la sabia máxima de que *nada es gratis* —todo lo que entra en un bolsillo es porque ha salido de otro—, ven las cosas desde la perspectiva de quien está llamado a terminar rascándose la cartera para costear ese festín. Nada hay que objetar a ello, aunque quizá habría sido de desear que las cosas se hubiesen empezado planteando así de sinceramente. El lector puede echar en falta esas explicaciones.

El análisis de la sentencia de Luxemburgo se detiene en el desglose que en esos escenarios resulta habitual.

Primero, la idoneidad (para conseguir el objetivo de inflación) de las compras previstas en el PSPP. El veredicto termina siendo favorable:

77. El BCE se ha referido [...] a la práctica de otros bancos centrales y a diversos estudios que muestran que la compra masiva de bonos soberanos puede contribuir a la consecución de este objetivo al facilitar el acceso a la financiación para la expansión de la actividad económica, enviando simultáneamente una señal clara del compromiso del SEBC para alcanzar el objetivo de inflación fijado, favoreciendo la reducción de los tipos de interés reales e incentivando a los bancos comerciales a conceder más créditos para equilibrar sus carteras.

78. Por lo tanto, habida cuenta de los datos de que dispone el Tribunal de Justicia, no consta que adolezca de error manifiesto de apreciación el análisis económico del SEBC por el que se sostiene que, en las condiciones monetarias y financieras de la zona euro, el PSPP podía contribuir a la consecución del objetivo de mantener la estabilidad de precios.

El segundo test que es propio de la proporcionalidad consiste, como es sabido, en analizar si no se ha ido demasiado lejos. La Sentencia analiza extremo por extremo las normas del PSPP y acaba concluyendo que todo está en orden: no existían otros medios (80 y 81); «al no tener dicho programa carácter selectivo, la acción del SEBC producirá efectos en las condiciones financieras de la zona euro en su conjunto y no responderá a las necesidades específicas de financiación de determinados Estados miembros de esa zona» (82); están restringidos los efectos «sobre los balances de los bancos comerciales, al excluir que su aplicación suponga que se permite a estos bancos revender al SEBC títulos con un nivel de riesgo significativo» (83); en cuanto a su alcance cronológico, «el PSPP se concibe, desde un inicio, como un programa de aplicación limitada a lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo que se pretende lograr y, en consecuencia, tiene carácter temporal» (84). Y, en fin, en lo que hace al volumen —«la cantidad de bonos que pueden adquirirse en el marco del PSPP»—, la respuesta consiste en lo siguiente:

90. [...] si bien es cierto que, a pesar de estos límites, el volumen total de los bonos que pueden adquirirse con arreglo al PSPP sigue siendo considerable, el BCE alega acertadamente que la eficacia de este programa, a través de los mecanismos descritos en el apartado 77 de la presente sentencia, se basa en la adquisición y la conservación de un gran volumen de bonos soberanos, lo que implica no sólo que las adquisiciones deben tener un volumen suficiente, sino también que puede resultar necesario, para alcanzar el objetivo de la Decisión 2015/774, conservar durante un período prolongado los bonos adquiridos y reinvertir los importes resultantes de su devolución en el momento de su vencimiento.

En fin, los reproches desde el punto de vista de la proporcionalidad terminan denunciando que no se han ponderado debidamente todos los intereses en juego, en particular por el riesgo de pérdidas que siempre implican las operaciones de mercado abierto. Pero la sentencia, según el apdo. 94, se fija en el dato de que «el SEBC ha adoptado diversas medidas para tener en cuenta ese riesgo y limitarlo». A su análisis se dedican los apdos. 95 a 99.

En resumidas cuentas:

100. De estas consideraciones se deduce que la Decisión 2015/774 no vulnera el principio de proporcionalidad.

\* *Sobre la infracción del art. 123 del TFUE: prohibición de financiación monetaria.*

Es, sin duda, lo más delicado, jurídicamente hablando. Como sabemos, lo expresamente prohibido por el tratado son las adquisiciones de deuda pública en los mercados directos, pero con respecto a los secundarios, sobre lo que se guarda silencio, se plantea la tesitura que es habitual a la hora de interpretar si a ese segundo escenario le alcanzan las normas limitativas o restrictivas que se han previsto solo para el primer caso. O bien se aplica la regla *inclusio unius, exclusio*

*alterius* (todo lo no prohibido debe entenderse permitido) o bien se entiende que existe una laguna, a colmar analógicamente o como poco hay que evitar las manifestaciones más groseras del fraude de ley. De una ley que lo que quiere es precisamente prohibir.

En el caso que nos ocupa, el TJUE había sentado doctrina en la Sentencia *Gauweiler* de 2015: a) el SEBC debe evitar que sus compras de bonos (en el mercado secundario, por supuesto) tengan un efecto equivalente al de una adquisición directa; y b) debe hacer todo lo posible para neutralizar en «los Estados beneficiarios» (así se les llama) «la incitación a aplicar una sana política presupuestaria», que en el fondo es la finalidad de dicho art. 123.

La nueva sentencia del TJUE analiza el contenido del PSPP desde las dos perspectivas y, una vez más, termina dándole su visto bueno. A saber:

— Garantías para evitar que un operador privado pueda actuar como intermediario del SEBC: apdos. 113 a 126. Con las siguientes conclusiones:

127. [...] consta que, aun suponiendo que, como afirma el órgano jurisdiccional remitente, el SEBC tenga que hacer frente a la drástica escasez de bonos emitidos por ciertos Estados miembros, lo que rechaza de pleno el BCE, las garantías que acompañan al PSPP permiten excluir que un operador privado pueda tener la certeza, al adquirir bonos emitidos por un Estado miembro, de que los compran efectivamente el SEBC en un futuro previsible.

— Sobre la neutralización de la incitación a aplicar una sana política presupuestaria.

La sentencia pone el foco en el carácter temporal del PSPP (solo «hasta que el Consejo de Gobierno observe un ajuste sostenido en la senda de la inflación que sea coherente con su objetivo de alcanzar a medio plazo tasas de inflación inferiores pero cercanas al 2%»: 133) y en el hecho de que «a medio plazo, la continuidad de la ejecución del PSPP no está garantizada en modo alguno» (136). Además, existen limitaciones cuantitativas: cantidad de bonos de un mismo Estado (138 a 140); topes de cuota de emisión y emisor (141); y establecimiento de «estrictos criterios de admisibilidad basados en la evaluación de la calidad crediticia» (142). En resumidas cuentas:

143. De ello se deduce que, como ha señalado el Abogado General en el punto 87 de sus conclusiones, un Estado miembro no puede basarse en las facilidades de financiación que puede ocasionar la ejecución del PSPP para renunciar a aplicar una sana política presupuestaria, sin correr el riesgo, en definitiva, de que los bonos que emitan queden excluidos de este programa debido a la degradación de su calificación crediticia o de que el SEBC revenda bonos emitidos por dicho Estado miembro que haya adquirido anteriormente.



144. De lo anterior resulta que la Decisión 2015/774 no tiene por efecto neutralizar en los Estados miembros la incitación a aplicar una sana política presupuestaria.

*\* Sobre la tenencia de bonos hasta su vencimiento y sobre la adquisición de bonos con un rendimiento negativo al vencimiento.*

En el planteamiento de la cuestión prejudicial, el TCF había manifestado sus dudas sobre la compatibilidad de ambas posibilidades con el art. 123 del TFUE. La sentencia, una vez más, emite *fumata blanca* acerca de las dos cosas: apartados 146 a 152 y 153 a 157, respectivamente.

Tal fue, en suma, la respuesta de 11 de diciembre de 2018 a las cuatro primeras cuestiones prejudiciales. Los recurrentes alemanes se debieron sentir muy frustrados. Y en el lector, incluso el no alemán, queda quizá el regusto de una sentencia algo forzada, dicho sea de paso, como muchos juristas de allí se han ocupado de subrayar. Pero, bien mirado, eso sucede muchas veces: el nivel de calidad intelectual de las Sentencias no suele alcanzar el de las obras de teatro de un Shakespeare, por poner esa referencia. Y —la clave de todo— eso no significa que se puedan desobedecer. Las reglas del juego son las que son y en ocasiones acaban teniendo efectos muy engorrosos. Hay que saber perder.

La quinta y última cuestión prejudicial se entendió inadmisibile por presentar un carácter meramente hipotético: si resultaría compatible con el TFUE —arts. 4, 123 y 125— una hipotética medida del BCE con previsión consistente (en caso de pérdidas para un Banco Central por imago de su Estado y en cuantía que le obligara a recapitalizarse) en que esas pérdidas se distribuyeran entre todos los bancos centrales. La decisión de inadmisión fue congruente con el hecho de que Luxemburgo no está para dar respuesta a meras conjeturas.

Hasta aquí, la sentencia de Luxemburgo sobre la cuestión prejudicial. Hace prácticamente año y medio. Un respaldo incondicional a Fráncfort. La distancia son ahora 262 kilómetros, pero se recorrieron sin el menor obstáculo.

¿Qué era lo que los actores habían pedido en el procedimiento de fondo, o sea, el de Karlsruhe?

Por supuesto que allí —un órgano meramente nacional, por mucho que signifique esa nación y mucho que represente ese órgano— no se le podía pedir que anulara la Decisión del BCE de 2015, ni tan siquiera que, tras el debido cotejo con las normas superiores —la Ley Fundamental y los Tratados— emitiera un pronunciamiento declarativo con eficacia geográficamente universal sobre su contradicción con una de ellas. Tampoco cabe hablar de *inaplicación*, lo que quiera que tal cosa signifique, con dicho alcance general. El *petitum* había que saberlo redactar —lo que para los abogados de raza equivale a lo que en el toreo constituye *la suerte suprema*— y aquí, según se explica en el apdo. 13 de la que luego fue la Sentencia de Luxemburgo, consistió en lo siguiente:

Varios grupos de particulares han interpuesto recursos de amparo ante el *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal, Alemania) sobre diversas decisiones del BCE, sobre la participación del Banco Federal de Alemania, el *Bundesbank* en la ejecución de dichas decisiones, así como sobre la supuesta inactividad del Gobierno Federal y del Parlamento Federal ante esta participación y las citadas decisiones.

En suma, los demandados, materialmente hablando, eran solo órganos alemanes: el Bundesbank, en cuanto parte del Eurosistema, por su participación activa a la hora de cumplir la Decisión (o sea, comprar los valores de deuda pública) y también a las instituciones propiamente políticas —Gobierno y Bundestag— por no haberlo impedido: se les reprochaba inactividad.

En suma, que (una vez dictada por el TJUE la Sentencia de 11 de diciembre de 2018) volvían a Karlsruhe los autos —es la extrañable palabra de nuestro lenguaje forense— para que, en base a la doctrina sentada, resolviera sobre esa pretensión: *en base a esa doctrina*, se insiste, porque, como suele decirse, *Roma locuta, causa finita*. Y Roma significa Luxemburgo. Ahí es donde hemos de poner el foco.

#### IV. LA SENTENCIA CONTROVERTIDA

Ha sido necesario consumir tantas páginas antes de entrar en la sentencia que específicamente nos concierne, la del TCF de 5 de mayo, que no solo tiene toda esa historia, casi tan interminable como la que se narraba en el libro de Michael Ende de 1979, sino que formalmente hablando está —cosa distinta es su contenido— en línea directa de continuación con la resolución de Luxemburgo que se acaba de estudiar. Lo que ocurre es que, a diferencia de lo ocurrido con el caso Gauweiler, ahora el TCF se ha plantado. Se ha rebelado, si se quiere decir así: sin violencia, sí, pero una rebelión en toda regla. Fue sumiso al plantear la cuestión prejudicial en julio de 2017, pero luego, a la hora de secundar su resultado, lo que ha hecho ha sido justo lo contrario a lo que exige el principio de primacía (y la lealtad institucional entre órganos judiciales, por supuesto). Karlsruhe entiende que el juicio de proporcionalidad de Luxemburgo resultó erróneo, o se quedó corto, aunque, en realidad, el reproche consiste en denunciar insuficiencia de motivación. Y hace su propio escrutinio, que le lleva a entender que, precisamente por eso, el BCE ha ido más allá de sus competencias. Del caso Heinrich Weiss y otros puede decirse en terminología futbolística que le han dado la vuelta al resultado en la segunda parte. De forma marrullera y con malas artes, sin duda, pero así se han ganado muchas veces los partidos.

La parte dispositiva, para empezar por lo que nos interesa a los que estamos en la vida práctica, consiste, literalmente traducida, en lo siguiente:

6. En la medida en que el TCF ha declarado que una medida europea ha traspasado los límites [del programa de integración en conexión con los Arts. 23 y

también 20 de la Ley Fundamental de Bonn], está viciado de *ultra vires* y por tanto no le alcanza la primacía del derecho de la Unión. Resulta por tanto inaplicable en Alemania y carece de todo efecto para los órganos constitucionales, autoridades y Tribunales de Alemania, que no deben participar en la elaboración de tales medidas ni en su ejecución u operativa. Ello vale en particular para el *Bundesbank*, que además, y según el Art. 13.1 de su Ley reguladora, tiene el deber de asesorar al Gobierno en cuestiones de política monetaria.

Con establecimiento de un plazo (máximo) de tres meses para que por parte del BCE y el Eurosistema las cosas se pongan en orden en atención al principio de proporcionalidad, en la precisa forma en que el propio TCF lo ha entendido: una verdadera condena de hacer y dirigida, en teoría, a una institución europea: en realidad, no tanto que para motive (en 2020) no lo que (en 2015) no había motivado, sino para algo del todo distinto y menos correcto, jurídicamente hablando: para que explique lo que ha hecho en ese tiempo y para qué ha servido el dinero.

¿Cuál es la sanción para el caso de que así no suceda? Por supuesto, la tal consecuencia solo puede afectar a los órganos nacionales, y en particular el *Bundesbank*, a quien se ordena abstenerse en todo lo que tenga que ver con el asunto controvertido, las malditas compras de deuda pública. Y —dato relevantísimo— únicamente para el futuro (y para el tal PSPP). Las adquisiciones practicadas no resultan objeto de invalidación: los títulos siguen en el balance del BCE.

Del programa de 2020, el de compras de deuda pública por las circunstancias excepcionalísimas del coronavirus, nada se establece.

Técnicamente hablando, la sentencia diríase propia de un juez contencioso que tiene que habérselas con un acto de gravamen —una multa de tráfico impuesta por un alcalde, por poner un ejemplo— o, todo lo más, con la ordenanza de circulación del correspondiente Ayuntamiento, a la que reputa carente de motivación. Y lo que Su Señoría pide es que el municipio le informe de las sanciones que lleva aplicadas, con su cuantía. Todo es por tanto un juego de travestismos: no es solo que un enjuiciador nacional se agiganta hasta convertirse en europeo —un *ultra vires* de libro, por cierto—, sino que al mismo tiempo un Tribunal de control de constitucionalidad se encoge para devenir un juez contencioso y actuar con las maneras que le son propias. El resultado es que el TCF, de tanta operación de *lifting*, primero desplegándose y luego reduciéndose, acaba mutándose en algo irreconocible: una caricatura de sí mismo.

Sabemos que, como bien ha explicado Alejandro Nieto, el método de trabajo de los jueces al dictar sentencias suele consistir en que primero llegan a la decisión y solo luego buscan, en el pluriuniverso de las normas jurídicas, la *percha* en la que engancharse: juzgar constituye un acto de voluntad, no un acto de razón. Aquí se percibe que lo relevante para el TCF no estuvo en lo establecido con carácter abstracto (en el sentido de no parametrizado) en los preceptos, sino en lo que en México llaman *el monto*, o sea, la cantidad de dinero movilizado, que entre tanto —no en diciembre de 2018, hace ya aproximadamente año y medio— había superado los dos billones de euros. El razonamiento exhibido resulta complejo y

barroco —leerlo constituye verdaderamente una tortura intelectual, incluso para los que estamos acostumbrados a la tarea de habérselas con ese género literario tan poco agraciado que suelen ser las resoluciones judiciales— y de él forman parte los debidos tributos al nacionalismo, con mención explícita en algún momento al riesgo para los pensionistas alemanes: hay cosas que no pueden faltar en esos discursos elaborados pensando en lo que el público taurino se llama *el tendido de sol*, incluso los más propiamente jurídicos.

Y, por supuesto, enarbolando a cada paso el principio democrático. Un relato —esa es la palabra— que por cierto nos resulta familiar: el *brexít* y el *procés* lo invocan con frecuencia y además con el mismo tono de radicalismo. Los supremacistas presentan todos ellos un inequívoco aire de familia. Casi diríanse gemelos univitelinos. Tenemos a la vista los resultados, nada halagüeños: hacemos bien en quejarnos, a nivel europeo, del famoso déficit democrático, pero ahora estamos conociendo el reverso, el superávit democrático (que implica llevarse por delante la legalidad, que se entiende como un corsé asfixiante) y resulta casi peor.

Cosa distinta son las consecuencias políticas. Nadie puede razonablemente discutir que, si el Gobierno de Angela Merkel ya estaba muy cercado por su opinión pública —sus *populistas*, con entera independencia de que los queramos adscribir convencionalmente a babor o a estribor— a la hora de dar el visto bueno a las políticas de *quantitative easing*, ahora todavía más.

Curiosamente, el TCF habría podido responder a los recursos de amparo de 2015 y 2016 sin necesidad de plantear cuestión prejudicial al TJUE y basándose, sobre todo a partir de la Sentencia *Gauweiler* de 21 de junio de 2016, en la doctrina del *acto aclarado*. Pero no lo hizo, quizá por tratarse la Decisión del BCE de 2015 de algo nuevo y de contenido no idéntico a lo que se había acordado en las circunstancias, mucho más dramáticas, de 2012. En julio de 2017, aun con plena convicción de que Fráncfort estaba yendo demasiado lejos, optó por seguir el carril más ortodoxo, tal vez confiando en que la respuesta de Luxemburgo iba a terminar siendo otra. No sucedió así y ahora ha tenido que optar por una posición que, desde el punto de vista de la integración europea (o del principio de solidaridad continental, que no constituye un activo pequeño), resulta mucho más comprometida, por decirlo con suavidad, aunque, quizá precisamente por eso, haya despertado entusiasmo en casa.

¿Puede entenderse que la República Federal, de la que el TCF es solo un órgano dentro del todo, ha vulnerado el ordenamiento europeo, de suerte que la Comisión está facultada para poner en marcha el procedimiento de incumplimiento regulado en los arts. 258 a 260 del Tratado y terminar llevando el asunto al TJUE? Jurídicamente hablando, no resulta descartable. Europa es tan protestante como católica, pero en este caso —la clave de todo— se había decantado a favor de los segundos y eso lo tienen que aceptar los primeros, aunque se vean llamados a eso tan enojoso como es rascarse el bolsillo. Que a nadie nos gusta.

De hecho, con fecha 8 de mayo, el propio TJUE emitió, a través de su Dirección de Comunicación, un «comunicado de prensa» (o sea, no una resolución

judicial) en el que mostraba su disgusto aunque lo hacía desde la que era su atalaya. Las palabras estaban medidas:

Los Servicios de la Institución nunca hacen comentarios sobre las sentencias de un órgano jurisdiccional nacional.

En general, se recuerda que conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una sentencia dictada con carácter prejudicial por este Tribunal vincula al juez nacional para la resolución del litigio principal. Con el fin de garantizar una aplicación uniforme del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia, creado a fin de los Estados miembros, es el único competente para declarar que un acto de una institución de la Unión es contrario al Derecho de la Unión. Las divergencias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en cuanto a la validez de dichos actos pueden llegar a comprometer la unidad del ordenamiento jurídico de la Unión y perjudicar la seguridad jurídica. Al igual que otras autoridades de los Estados miembros, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a garantizar el pleno efecto del Derecho de la Unión. Sólo así puede garantizarse la igualdad de los Estados miembros en la Unión creada por ellos.

La Institución se abstendrá de cualquier otra comunicación sobre este tema.

Más aún, en la tarde del mismo viernes 8, el Eurogrupo —los ministros— acordó que el MEDE abriera una línea de crédito de 240 000 millones de euros, con destino específico a gastos de la COVID-19 (cierto que no sólo directos, sino también indirectos, lo que abre mucho la mano), a devolver en diez años y con un tipo de interés baratísimo. A España le pueden corresponder unos 24 000, que le vienen como agua de mayo. Así pues, carácter finalista del dinero —como los Fondos de Cohesión, para entendernos—, pero sin nada que evoque las espeluznantes consecuencias que se asocian a la palabra rescate. El propio presidente, el portugués Mario Centeno, se encargó de explicarlo así: «No hay condiciones vinculadas a este instrumento». Añadiendo que «está disponible para todos, tiene unas condiciones estandarizadas para acceder y no hay ninguna especie de *troika*. Esto es muy importante enfatizarlo».

En resumidas cuentas, que, bien mirada, la Sentencia alemana de 5 de mayo no va a tener sobre España, y sobre la integración europea, los efectos tan espantosos que en el primer momento se temieron. La política, y la vida misma, se muestran (felizmente) dúctiles como auténticos juncos ante lo que en el fondo no pasan de ser excentricidades, aunque provengan de instancias judiciales. Y Europa no puede volver a ser el *Continente salvaje*, para decirlo con el título del libro de Keith Lowe sobre las fechas inmediatamente posteriores al 8 de mayo de 1945, cuando los bombardeos se vieron sucedidos por los saqueos y el horror de las venganzas, que hicieron que lo que representaba una auténtica liberación se terminase viendo tan empañada.

Tiene uno la impresión de que Alemania (en el contexto europeo, un *hegemon* que no acaba de saberlo ser) puede haber medido mal sus fuerzas al obstinarse en imponer lo que no son sino sus propios y muy privativos planteamientos en materia de cultura económica o incluso de cultura sin adjetivos. Como aquel

dictadorzuelo de la República de San Marcos que protagoniza la película *Bananas*, de Woody Allen, que no tuvo otra ocurrencia que la de ordenar que de un día para otro se pasase a hablar en sueco. O, puestos a dejar volar la imaginación, como si el alcalde de Estocolmo ordenara a sus vecinos que se pusieran a cantar el madrileñísimo chotis *Pichi* («Es el chulo que castiga»), todos con una sola voz. Y además explicando lo que sucede palmo a palmo en el trayecto que va del portillo a la arganzuela. Las referencias geográficas y lingüísticas pueden antojarse grotescas e impropias de un trabajo jurídico, pero no constituyen sino ejemplos plásticos de que eso que dijo el más alemán de los pensadores españoles: que la realidad impone sus leyes y que, si se la ignora, imponiendo el idioma sueco en el Caribe u obligando a los de Estocolmo a cantar un chotis, va preparando su venganza y luego todo resulta peor.

La efectividad de la primacía del ordenamiento europeo sobre los nacionales exige que los jueces, así sean católicos o protestantes, parados, eventuales o fijos discontinuos, estén por la labor. No se les exige activismo —de hecho, hace unos años se habló de *l'Europe des juges* y no hizo falta que entre ellos hubiera héroes—, pero sí que al menos no militen en la oposición activa. Que no torpedeen. Y eso incluso sabiendo que a veces el ambiente que uno respira en la calle se encuentra sesgado en favor de los parientes respectivos. No por ricos —o sea, que prestan, en lugar de verse prestados— debieran merecer más justicia.

¿Cabe esperar, ante la inmensidad del dinero a emplear en este 2020 en ayudar a los países sureños —los *sospechosos habituales*—, que la rebeldía alemana cunda en otro país y, ahora sí, con consecuencias inmediatas? Nada resulta descartable, siempre, por supuesto, que nos ciñamos a los lugares ahorradores —porque son productivos y nosotros no: ahí está el fondo del debate— y que por tanto disponen de dinero para prestar. Volvamos a recordar lo que dijo Sancho Panza sobre los dos linajes solos que hay en el mundo.

## V. LAS REACCIONES FRENTE A LA SENTENCIA

Como en este asunto la opinión pública en Alemania (la Alemania reunificada y con esa *bolsa de pobreza* y de gente refunfuñando que es la ex-RDA, se insiste) era una olla a presión —mucha gente se sentía tiranizada por una Europa en la que no se reconocen y que les obliga a dar dinero a quienes se dedican a derrocharlo—, las reacciones allí han sido, como resultaba esperable, de júbilo: por fin hay jueces, los nuestros, que nos comprenden. Al cabo, el derecho tiene que recoger el *Volkgeist*, como dijo Savigny. Y, si acaso hay algo que lamentar es que haya tardado tanto en dictarse y, en cuanto al fondo, que se haya mostrado tan tímida. Eso, en cuanto a la *doxa*, la opinión pública no experta en derecho, que, descontenta con la peligrosa deriva *tridentina* del BCE, que desde su perspectiva equivale a carecer de la sacrosanta independencia, lamenta ahora haber sido engañada al suscribir en Maastricht las reglas de la Unión Monetaria.

Lo que no se está recogiendo en esos discursos tan encendidos es algo que, visto desde una óptica objetiva, resulta bastante elemental: los alemanes entienden que la independencia de los gestores de la autoridad monetaria significa que vayan a hacer lo que los alemanes piensan que deben hacer. O sea, que si no hay que impartirles instrucciones es porque son personas que, por así decir, han salido *troqueladas* de fábrica. «Sólo les dispense el honor de reconocer que gozan de independencia cuando se han anticipado a hacer lo que yo creo que era su cometido evidente, sin necesidad de tener que decirles nada y menos aún por escrito, que siempre compromete mucho.»

Eso, en cuanto a la *doxa* germánica. Lo otro, la *episteme*, la opinión pública experta, o sea, el gremio de los juristas, se muestra fragmentada y en cualquier caso se está expresando en términos mucho más matizados. Y es que, si se está en Europa, se está para lo que te apetece y también para lo que no. A un Ernst Böckenförde o un Konrad Hesse, por ejemplo, la sentencia seguro que no le habría gustado nada. Y no sería porque fuesen sospechosos de no querer a su país<sup>7</sup>.

En España ha sucedido lo mismo, solo que exactamente a la inversa. Cuando estas líneas se cierran, el sábado 9 de mayo, no ha habido tiempo material para los pronunciamientos de juristas, salvo algunas excepciones en la prensa general que en seguida se verán, pero el tono es de invocación de la solidaridad europea y de reproche al egoísmo (y, cómo no, al supremacismo). Siempre, sin embargo, con la consideración que, pese a todo, en España se sigue dispensando a Alemania como país de la ciencia, la técnica y la industria<sup>8</sup>.

Y, por supuesto, igualmente los españoles tenemos grandes tabúes. En nuestros comentarios sobre la sentencia de Karlsruhe, aun los menos llevados por el arrebató, se guarda un silencio sepulcral sobre el hecho elemental de que una sociedad no puede estar indefinidamente con déficit público, o sea, viviendo (incluso en los momentos de bonanza) por encima de sus posibilidades. Es, por mucho que lo bueno genere adicción, algo que no cabe perpetuar en el tiempo, porque el *stock* de deuda se topa naturalmente con un límite. Y eso sin necesidad de que nos lo tengan que decir desde fuera. Que el gasto corriente de nuestras Administraciones públicas se costee mediante endeudamiento (y así pasa en España, ya gobiernen tirios o troyanos) resulta algo insostenible, aunque decirlo le coloque a uno al margen de la corrección política o incluso del patriotismo.

---

<sup>7</sup> Con mención especial al *Verfassungsblog* de Max Steinbeis, portavor oficioso del mundo jurídico alemán menos nacionalista.

<sup>8</sup> «España y la cultura germánica» es un artículo escrito por el maestro Ayala en Nueva York en 1966, que recuerda su época de estudiante en el Berlín de Weimar y la contextualiza explicando que «Alemania había sido siempre para ellos, los españoles, en alguna manera admirable y milagrosa». Hoy está recogido en el libro *Transformaciones. Escritos sobre política y sociedad, 1961-1991*, Granada: Cuadernos de la Fundación Francisco Ayala, 2018, págs. 136-141.

Tampoco se ha puesto de relieve en la piel de toro la contradicción en que caen muchos al sur de los Pirineos, sobre todo los que habitan en el noreste, que, por sentirse mejores, no paran de hablar de balanzas fiscales, principio de ordinalidad y demás argumentos —no infundados en el plano de los principios— para justificar el objetivo de establecer un tope a la redistribución territorial, pero luego, si la perspectiva pasa a ser la europea, cambian súbitamente de esquema y se ponen a entender que sobre Alemania pesa un deber ilimitado de darnos todo lo que pidamos.

Esas son las posiciones de unos y de otros, donde los argumentos de derecho —el tenor literal de los tratados, en primer lugar— se ven utilizados con el furor dialéctico (y sobre todo omitiendo lo que no interesa) que empleamos a diario los que tenemos por oficio la abogacía. La retórica tiene sus propias reglas y siempre hay argumentos suficientes como para que cada uno acabe encontrando las que busca. Y eso insistiendo en que, desde una perspectiva jurídico-formal, en este caso no cabe la equidistancia exquisita: la razón está del lado de España, no de Alemania. Lavarse las manos al modo de Poncio Pilato no resulta posible a partir del 11 de diciembre de 2018, cuando Luxemburgo, guste o no, zanjó el debate. Y así se ha subrayado con toda razón en los trabajos —las excepciones antes aludidas— que han publicado algunos de nuestro oficio. Así:

— Antonio Estella: Frente al juego de la disuasión nuclear, en el que, por temor al estallido, «se ladra pero no se acaba mordiendo», aquí lo que han hecho los jueces de Alemania ha sido dar el paso que a nadie le interesa: «lanzar la bomba atómica al Tribunal de Justicia de la UE y con ello al resto de la Unión Europea. Las consecuencias de la Sentencia [...] son enormemente destructivas para el futuro jurídico de la Unión». Y es que «esta Sentencia sumirá en un invierno nuclear al ordenamiento jurídico y al sistema político comunitario»<sup>9</sup>.

— En Italia, una europeísta tan caracterizada como Diana-Urania Galetta, por cierto de formación germánica hasta el tuétano, se ha manifestado igualmente en términos de contundencia y que merecen la reproducción literal. En la versión inglesa de su trabajo, el resumen es el siguiente:

The judgement of 5 May 2020 of the *zweiter Senat* of the *Bundesverfassungsgericht*, to the extent that it expresses the German constitutional judge's claim to assess the legality of the ECB's decisions on the basis of the principles of attribution and proportionality, is more than questionable in point of law. Furthermore, it is extremely dangerous: and not only because it implies that the *zweiter Senat* ultimately

<sup>9</sup> «Karlsruhe ataca de nuevo», *Infolibre*, 9 de mayo de 2020.

En la misma línea, aunque partiendo de otra posición, J. E. Soriano García (2020), «El Tribunal Constitucional alemán, ¿el sepulturero de la Unión Europea?», *Hay Derecho*, también 9 de mayo. El título evoca a Espronceda, ciertamente.



refuses, on the basis of the democratic principle and the control of the union's competences, the uniformity of application of EU law. But also because it appears as the glaring demonstration of a form of *cultural bullying* many complain about, and which emerges in a cristal clear way in the reasoning carried out on proportionality. This is an attitude which, in the contingency caused by COVID-19 emergency, could have trully tragic consequences for the future of the European Union<sup>10</sup>.

El trabajo consta de tres apartados y el epígrafe del último merece verse destacado por su expresividad: «¿El derecho como ciencia social? Entre las tentativas de hegemonía cultural y los errores imperdonables». Así pues, hegemonía cultural, a imponer con los odiosos métodos del *bullying*.

— También merece mención Jacques Ziller, residente en el norte de Italia aunque con origen francés (y con cultura germánica igualmente). Da la impresión de haberse quedado muy a gusto siendo tan sincero:

The reasoning of the German Constitutional Court judges to prohibit the Bundesbank from buying State securities on the secondary market if the ECB does not demonstrate within three months the proportionality of its decisions under the PSPP programme is not sustainable. Instead, the judges, who demonstrate unfounded intellectual arrogance in their claim to interpret EU law, make manifest errors in applying proportionality to the delimitation of competences between the Union and the Member States.

They also make metodological errors in their application of the proportionality to ECB decisions, while highlighting their prejudices in the field of moneraty and economic policy<sup>11</sup>.

Son palabras duras, inusuales en los trabajos de nuestro oficio. Pero no infundadas. Y en Francia, que al final suele ser quien decide, se piensa más o menos igual.

Al tono incandescente de los escritos del 8 de mayo no resulta ajeno el dato —la vida tiene esas coincidencias— de que ese día se celebró el aniversario —el 75, que es un número redondo— del final de la Segunda Guerra Mundial en Europa. Los comentarios que no se publicaron nos los podemos imaginar.

<sup>10</sup> «Karlsruhe über alles? Il ragionamiento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze», *Federalismi. It, Rivista di Diritto Pubblico italiano, comparato, europeo*, 7 de mayo de 2020.

<sup>11</sup> «The unbearable heaviness of the german constitutional judge. On the judgement of the German Federal Constitutional Court of 5 May 2020 concerning the European Central Bank's PSPP programme». Ceridap, 8 de mayo 2020.

El título está bien escogido: lo insoportable no es la levedad de que hablaba Milan Kundera, sino lo contrario, su pesadez. Y es que ciertamente la argumentación del TCF resulta plúmbea.

Pero cerremos ese paréntesis por los estudios jurídicos —la *episteme*— y retornemos a lo que los franceses llaman la *histoire des mentalités* —al norte y al sur— o, si se quiere emplear una expresión más combativa, la batalla de las ideas, que por cierto es la manera de enfocar todos los debates relativos a la moneda única<sup>12</sup>. Y, retomando el hilo que había quedado abierto más arriba sobre lo que unos y otros se cuidan de no decir, subrayo ahora su relevancia, porque a la gente se la reconoce sobre todo por los asuntos que selecciona como *tabúes*: los silencios —lo que se deja de lado porque no conviene ponerlo sobre la mesa— acaban resultando tan elocuentes como la verborrea más incontenible. En ese sentido, en estos cinco días en que muchos han echado su cuarto a espaldas se habría debido recordar, incluso en un pleno puramente jurídico, el hecho obvio de que no solo el BCE, sino los Bancos Centrales —todos ellos: el de España, el de Inglaterra, la Reserva Federal de Estados Unidos y, por supuesto, el Bundesbank— representan, en el universo de las instituciones públicas, un caso especial, en el sentido de que a diferencia de los órganos administrativos por así decir ordinarios, como por ejemplo un ministerio o el Pleno de un Ayuntamiento, lo suyo parece estar llamado a ir más allá de lo que tienen legalmente por cometido. Cuando las cosas vienen económicamente mal dadas, es el *bombero* que no tiene más remedio que adoptar políticas no convencionales —ese es el eufemismo— y caracterizadas, desde el punto de vista de lo que son sus competencias, por ir siempre al límite e incluso situarse al otro lado de la raya. En su batalla de poderes con el respectivo ministro de Economía, el banquero central siempre tiene de su parte el viento, así digan las normas —constitucionales, incluso— lo que quieran. Y además ocurre que (dejando aparte lo relativo al coronavirus, cuyo carácter extraordinario e insólito nadie podrá discutir) vivimos en un tiempo donde la línea que separa la normalidad de la excepción se muestra cada vez más difusa, porque padecemos enfermedades —en España, típicamente, el citado déficit público— que se han cronificado y de las que casi diríase que sin ellas no podríamos vivir. Ya no sabe uno lo que es derecho de necesidad —y por tanto limitado en el tiempo— y lo que es tan permanente como el mismísimo Código Civil. O el BGB, si se prefiere.

<sup>12</sup> Markus K. Brunnermaier, Harold James y Jean-Pierre Landan (2017), *El euro y la batalla de las ideas*, Barcelona: Deusto. En ese libro, en palabras textuales de la contraportada, se explica que «los principales problemas del euro [...] radican en las profundas diferencias que existen entre las ideas económicas y filosóficas de los dos países centrales de la Unión, Alemania y Francia. El primero es un Estado federal con fuertes gobiernos regionales que está acostumbrado a entender los textos legales, en este caso el Tratado de Maastricht, como una serie de normas rígidas; a imponer la responsabilidad individual por encima de otros argumentos y a percibir las deudas desmedidas como una señal de irresponsabilidad. Francia es un país muy centralizado donde, en cambio, los textos de carácter legal son asimilados con más flexibilidad y están sujetos a interpretación según los intereses del momento; se considera la solidaridad con quien tiene problemas un deber gubernamental y que los grandes déficits son inevitables en momentos de shock».

En el caso del BCE y el SEBC las cosas son también así, solo que aún con mayor intensidad, porque el que pudiera hacer el papel de freno inercial —el ministro de Economía de la Comisión Europea— no termina de existir. Lo sucedido a partir de la crisis financiera iniciada en 2008 o 2009 ha hecho que entre el modesto BCE de los Tratados (solo muy parcialmente modificados) y el poderoso BCE de la realidad de 2020 —para España y sus *cuates*, la mismísima Virgen María— haya una enorme diferencia<sup>13</sup>. Un hecho tangible, aunque a la opinión pública alemana no le guste aceptarlo. También los del otro lado del Rin, y no solo los españoles, se niegan a ver lo que constituye una parte de la realidad. Y si el BCE ha respondido a la sentencia diciendo que sigue adelante *sin inmutarse* no es solo porque la ortodoxia jurídica le asiste, sino más aún porque lo fáctico, como bien dijo el gran Georg Jellinek, que no era precisamente de Badajoz, acaba teniendo una fuerza normativa que resulta descomunal. Una *vis* verdaderamente *maior*.

Madrid, 9 de mayo de 2020.

Día de Europa. 70 aniversario de la Declaración Schumann.

*Post Scriptum*: Dos días después de cerrar este trabajo, y en concreto el 11 de mayo, ha publicado P. Meier-Beck el artículo «Ultra vires?», en *D’Kart, Antitrust Blog*, en inglés. Con el siguiente párrafo inicial: «It is hard, but it has to be said: The judgement of the 2nd Senate of the Federal Constitutional Court of 5 May 2020 [...], passed by seven votes by one, is an attack on the European Union as a legally constituted community of European democracies». Se da la coincidencia de que el autor, que expone el contenido de la resolución como una sucesión de «horrores», no es un cualquiera dentro del mundo judicial alemán: presidente del Bundesgerichtshof, lo equivalente a la Sala Primera del Tribunal Supremo en España. La pelea no es solo de Alemania con Europa, sino que también se desarrolla dentro de la propia Alemania. Un alivio.

El miércoles 13 era P. Cruz Villalón, «Exit Karlsruhe», en *El País*, quien afirmaba sobre «la sentencia del Tribunal alemán» que «hace urgente enfrentarse a una situación en la que cada Estado de la UE se muestra dispuesto a definir soberanamente la frontera de su espacio de intangibilidad constitucional». Como se sabe, había sido el abogado general del TJUE en el caso *Gauweiler*. Otra coincidencia.

---

<sup>13</sup> De nuevo los trabajos a consultar forman legión. Por mencionar solo uno, A. Tooze (2018), *Crash. Cómo una década de crisis financieras ha cambiado el mundo*, Barcelona: Crítica.

