

Choque de titanes judiciales en torno al euro: comentario de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional alemán sobre la compra de deuda de los Estados “rescatados”

Sumario: RESUMEN.—I. ANTECEDENTES: LA HISTÓRICA RETICENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN A PLANTEAR UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL.—II. EL NÚCLEO DE LA CUESTIÓN: LA COMPRA DE DEUDA PÚBLICA A LOS PAÍSES “RESCATADOS”.—2.1. El programa OMT: ¿política monetaria o política económica?—2.2. El Tribunal Constitucional como defensor de los ciudadanos alemanes.—III. REFLEXIONES AL HILO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL.—IV. POSIBLES ESCENARIOS DE ACTUACIÓN DE LUXEMBURGO.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

En el presente artículo se analiza la primera cuestión prejudicial que el Tribunal Constitucional alemán ha elevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El máximo intérprete de la Constitución germana consulta al Tribunal de Luxemburgo sobre la posible ilegalidad del programa de compra de deuda pública de los Estados “rescatados” anunciado por el Banco Central Europeo en julio de 2012. Se contextualiza la cuestión prejudicial en el marco del pulso que han mantenido históricamente ambos tribunales y del protagonismo que siempre han cobrado las polémicas decisiones del Tribunal Constitucional teutón en el curso

★ Investigadora. Universidad Carlos III de Madrid. Trabajo realizado en el marco de la beca de estudios de doctorado de La Caixa.

de la integración europea. Al hilo de esta cuestión puramente jurídica, se reflexiona sobre asuntos más amplios como el papel preponderante de Alemania sobre el resto de Estados miembros o la falta de legitimidad democrática en las decisiones económico-financieras tomadas durante la mayor crisis que ha sufrido la Unión Europea desde su creación.

I. ANTECEDENTES: LA HISTÓRICA RETICENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN A PLANTEAR UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL

El 7 de febrero de 2014, el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*, en adelante “*BVerfG*”), con sede en Karlsruhe, elevó, por primera vez en su historia, una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante “TJUE”), asentado en Luxemburgo¹.

Es inevitable establecer un paralelismo entre el TJUE y los tribunales constitucionales de los Estados miembros, pues ambos son los máximos garantes de sus respectivos ordenamientos jurídicos. De la misma forma que los tribunales constitucionales tienen reservado el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de una ley, el TJUE es el máximo intérprete del Derecho de la Unión Europea y es el único legitimado para declarar inválido un acto comunitario como un reglamento, una directiva o una decisión². Quizás precisamente por su condición de guardianes de un espacio jurídico determinado, siempre ha habido —y sigue habiendo— un pulso entre los tribunales constitucionales y el TJUE que se ha manifestado en la reticencia de aquellos a plantear consultas a Luxemburgo. No obstante, es justo afirmar que no todos los tribunales constitucionales han sido tan reacios a elevar cuestiones prejudiciales. El Tribunal Constitucional belga ha realizado numerosas consultas³ a Luxemburgo, hasta el punto de ostentar el récord en este aspecto. Por su parte, el Tribunal Constitucional italiano era bastante reticente hasta que finalmente aceptó plantear una cuestión prejudicial por vez primera el 15 de abril de 2008⁴. Lo mismo podría decirse del Tribunal Constitucional francés

¹ El texto íntegro de la resolución en su versión inglesa puede consultarse en: http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/rs20140114_2bvr272813en.html acceso: 11-03-14.

Y en su versión alemana en: http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/rs20140114_2bvr272813.html último acceso: 11-03-14.

² Como señaló el propio Tribunal en la emblemática sentencia de 22 de octubre de 1987, dictada en el caso 314/85 *Foto-Frost contra Hauptzollamt Lübeck-Ost*.

³ Véase una relación de cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Constitucional belga en el apartado “questions préjudicielles à la Cour de Justice” del siguiente enlace: <http://www.const-court.be/en/common/home.html> último acceso: 25-03-14.

⁴ Corte Costituzionale, *ordinanza* No. 103/2008, disponible en www.cortecostituzionale.it 25-03-14.

que no consultó a Luxemburgo hasta abril de 2013⁵ en un asunto relativo a la orden de detención europea. Asimismo, también han planteado cuestiones prejudiciales los tribunales constitucionales austriaco⁶ y lituano⁷. En el caso del Tribunal Constitucional español, en junio de 2011 elevó su primera (y única, hasta la fecha) cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo en el asunto *Melloni*⁸, en relación, como el caso francés, a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

Así que, de una forma u otra, grandes referentes de la esfera jurídico-constitucional de la Unión Europea han realizado consultas al TJUE. En este sentido, conviene recordar la importancia de las cuestiones prejudiciales, concebidas como un mecanismo de diálogo entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la institución judicial de la UE. Se trata de un recurso indirecto por el que el juez nacional plantea una cuestión a los jueces de Luxemburgo bien en torno a la interpretación de los Tratados (Derecho primario) o bien en relación con la validez e interpretación de actos como reglamentos, directivas o decisiones (Derecho secundario)⁹. Decimos que es un recurso indirecto porque debe plantearse en el contexto de una disputa judicial nacional para cuya resolución sea decisivo aclarar algún precepto de la norma comunitaria. En este caso, el juez *a quo* suspende el procedimiento nacional, eleva la cuestión prejudicial al TJUE y debe esperar la respuesta de éste para proseguir con el procedimiento principal. Además, la respuesta que da el TJUE es vinculante, por lo que el juez nacional debe dictar sentencia teniendo en cuenta el sentido en que ha resuelto Luxemburgo.

Es importante señalar que por órgano jurisdiccional nacional se entiende desde un Juzgado de Primera Instancia o de Instrucción hasta el mismo Tribunal Constitucional, los cuales no sólo pueden participar en este “diálogo” jurisdiccional europeo, sino que en ciertas ocasiones, están obligados a ello por el propio Tratado¹⁰. Asimismo, debemos subrayar que las cuestiones prejudiciales

⁵ Conseil Constitutionnel français, 4 de abril de 2013 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/juillet-aout-2013-premiere-question-prejudicielle-a-la-cjue.137573.html> último acceso: 24-03-13.

⁶ *VfGH*, 10 de marzo 1999, B 2251/97, B 2594/97, disponible en www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site 24-03-14.

⁷ Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas, decisión de 8 Mayo 2007, disponible en <http://www.lrkt.lt/dokumentai/2007/d070508.htm> 25-03-14.

⁸ Auto 86/2011, de 9 de junio de 2011, disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/22561> último acceso: 25-03-14.

⁹ Artículo 267.1 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:
“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión (...)”

¹⁰ Artículo 267.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

son un elemento esencial para el Derecho de la Unión. Por un lado, constituye una forma de uniformizar su aplicación en los veintiocho Estados miembros y por otro, contribuye al desarrollo y a la evolución del Derecho comunitario de una manera fundamental, al tratarse de un cuerpo jurídico mucho más casuístico que el Derecho de los países europeos continentales como España. Es prueba de su importancia el hecho de que gran parte de las sentencias dictadas por Luxemburgo sean respuestas a cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales nacionales.

Tras comprobar que un número significativo de tribunales constitucionales europeos ya han consultado a Luxemburgo, no debería ser noticia que el Tribunal Constitucional alemán haya planteado una cuestión prejudicial. Y sin embargo, la consulta de Karlsruhe resulta especialmente llamativa, entre otras razones, por el tradicional enfrentamiento entre ambos órganos jurisdiccionales. Como reza el título del presente artículo, se trata de dos titanes que han protagonizado auténticos duelos jurídicos escenificando la lucha de ambos por defender su ámbito de competencia, en momentos claves para la integración europea.

Uno de los mayores exponentes de esta disputa se produjo en una cuestión de máxima trascendencia como es la protección de los derechos fundamentales en la emblemática saga de casos conocida popularmente como *Solange*¹¹. En la sentencia de 1974 *Solange I*, el *BverfG* afirmaba tener competencia para revisar si el Derecho de la Unión Europea era compatible con los derechos fundamentales garantizados por la Constitución alemana, conocida como la Ley Fundamental de Bonn, en tanto en cuanto el Derecho europeo no tuviera un catálogo de derechos fundamentales esencialmente equivalente a aquélla. Doce años más tarde, en 1986, en la sentencia *Solange II*¹², el Tribunal Constitucional alemán declaró que no revisaría la compatibilidad del Derecho de la Unión Europea con los derechos fundamentales de la Constitución alemana siempre que la Unión Europea, y en particular, el TJUE, garantizaran una protección de los derechos en un grado “esencialmente equivalente” al de la Ley de Bonn. Por consiguiente, Karlsruhe, en un movimiento histórico, cedía su espacio

“Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal”.

¹¹ Recibe este nombre por el inicio de este importantísimo párrafo de la sentencia del *BverfG* de 29 de mayo de 1974, 37, 271 (285) (*Solange I*) (*Solange* en español significa “en tanto en cuanto”):

“En tanto en cuanto el proceso de integración de la Comunidad no se haya desarrollado hasta tal grado que el Derecho Comunitario Europeo también contenga un catálogo de derechos fundamentales, aprobado por un Parlamento y en plena vigencia, el cual sea equiparable al contenido de la Ley Fundamental del Bonn...”

¹² Decisión de 22 de octubre de 1986, BVerfGE 73, 339 (375) disponible en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions.html> último acceso: 26-03-14.

en la protección de derechos fundamentales de los actos jurídicos europeos a Luxemburgo mientras éste los salvaguardara de forma semejante.

Otro caso decisivo en que el Tribunal Constitucional alemán cobró protagonismo en la escena europea fue su sentencia de 12 de octubre de 1993¹³ con ocasión de un hito de la integración; la ratificación del Tratado de Maastricht¹⁴. En esta decisión el *BVerfG* reivindicó de nuevo su tarea de revisión de los actos jurídicos comunitarios, en concreto, su labor de comprobar si los mismos cumplen los límites competenciales de la Unión Europea y en caso de que excedieran dichos límites, serían declarados *ultra vires* y no se aplicarían en Alemania. Además, es importante destacar que en el curso de este procedimiento judicial, el *BVerfG* incluso llamó al Director General del Servicio Jurídico de la Comisión Europea para oír su testimonio y resolver la cuestión de interpretación de Derecho de la UE, en vez de plantear una cuestión prejudicial¹⁵, lo cual pone de manifiesto la reticencia del Tribunal Constitucional alemán a consultar a Luxemburgo. Más recientemente, en 2009, el *BVerfG* dictó otra sentencia¹⁶, a raíz de la ratificación del Tratado de Lisboa, en la que, una vez más, saltó a la arena pública y reafirmó su jurisdicción para revisar si los actos emanados de las instituciones europeas estaban dentro de los límites de sus competencias¹⁷.

Por tanto, observamos que existe un denominador común en las sentencias *Solange*, en la de Maastricht y en la de Lisboa y en la cuestión prejudicial planteada por el *BVerfG* el pasado febrero; el coloso judicial alemán le echa un pulso al Tribunal de Luxemburgo, afirmando su autoridad para revisar actos de la Unión Europea y poniendo en juego el curso de la integración europea. No obstante, hay una gran diferencia entre los primeros casos y el que ahora nos ocupa: las decisiones *Solange*, Maastricht y Lisboa son sentencias puramente “internas” de Karlsruhe, mientras que en esta ocasión, ha decidido inhibirse y plantear una consulta a Luxemburgo, iniciando así un diálogo. Incluso algún autor ha llegado a calificar el mero hecho de que el *BVerfG* consulte al tribunal europeo como “histórico”¹⁸. Por ello, debemos tener presente que esta cuestión

¹³ Decisión del 12 de octubre de 1993, BVerfGE 89, 155, disponible en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions.html> último acceso: 26-03-14.

¹⁴ Sobre esta sentencia, véase, por ejemplo: HARTLEY, T., “The foundations of European Union”, Oxford University Press, 2010, Oxford, pp. 262-267.

¹⁵ MARTINICO, G., “Preliminary Reference and Constitutional Courts: Are You in the Mood for Dialogue?”, 6 de octubre de 2009, *Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper No. 2009/10*. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1483664> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1483664> último acceso: 05-03-14.

¹⁶ Decisión de 30 de junio de 2009, BVerfGE 123, 267.

¹⁷ PAYANDEH, M., “Constitutional review of EU Law after Honeywell: contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice”, *Common Market Law Review*, 48, 9-38, 2011.

¹⁸ Véase, por ejemplo: PEERS, S., “Clash of Judicial Titans: Will the Euro survive?”, 9 de febrero de 2014, *EU Law Analysis Blog*, <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2014/02/clash-of-judicial->

prejudicial no es una más de las muchas que el TJUE debe resolver de forma cotidiana. Se trata de un asunto determinante con trascendencia no sólo jurídica, sino también económica y principalmente, política.

II. EL NÚCLEO DE LA CUESTIÓN: LA COMPRA DE DEUDA PÚBLICA A LOS PAÍSES “RESCATADOS”

En la cuestión prejudicial objeto de este artículo está en juego nada más ni nada menos que la supervivencia del euro. De forma más concreta, lo que cuestiona el Tribunal alemán es la legalidad —o más bien, el mismo tribunal afirma, la ilegalidad— del programa de compra masiva de deuda pública en el mercado secundario, llamado compras monetarias directas (*Outright Monetary Transactions*, de sus siglas en inglés, “OMT”), por parte del Banco Central Europeo (en adelante “BCE”).

Para comprender la problemática, es necesario que nos remontemos al verano de 2012, cuando las finanzas españolas vivían una situación crítica, que se agravó aún más por los aumentos continuos de la prima de riesgo, hasta situarse el bono a diez años por encima del 7 %¹⁹. Estos problemas de España junto con los de Italia hicieron reaccionar al BCE, el cual mostró su disponibilidad para utilizar toda su artillería para evitar la escalada de las primas de riesgo de los países del sur de la Unión Europea. Esta declaración de intervención fue creíble cuando el Presidente del BCE, Mario Draghi, anunció²⁰ en Londres el 26 de julio de 2012 que haría, literalmente, “*whatever it takes to preserve the euro...and believe me, it will be enough*”²¹. Este mero anuncio marcó un antes y un después en la historia del euro, dado que sus efectos se materializaron sin que fuera necesario siquiera llegar a comprar un solo bono²². Esta firme declaración hizo que los mercados secundarios de deuda pública se relajaran y confiaran en la deuda soberana de los países del sur de Europa, como España.

titans-will-euro.html 21-03-14.

¹⁹ “Informe anual de mercados 2012” de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, 15 de enero de 2013, disponible en http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/InformeMercados_2012.pdf último acceso: 05-03-14.

²⁰ Discurso de Mario Draghi, Presidente del Banco Central Europeo, en la Conferencia sobre Inversión Global de Londres, del 26 de julio de 2012, en www.ecb.europa.eu para. 19.

Véase también: Financial Times, 26 de julio de 2012 <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/6ce6b2c2-d713-11e1-8e7d-00144feabdc0.html#axzz2vCdSK1cX> último acceso: 06-03-14.

²¹ “Lo que haga falta para proteger al euro (...) y créanme, será suficiente”.

²² WOLFF, G., “The ECB’s OMT Programme and German Constitutional Concerns” en *Brookings, Think Tank 20: The G-20 and Central Banks in the New World of Unconventional Monetary Policy*, agosto 2013.

Como consecuencia de aquel anuncio, el 6 de septiembre de 2012, el BCE hizo público un esbozo de lo que sería el programa de compra de deuda pública²³. Según la nota de prensa del BCE, el programa OMT estaría caracterizado, en primer lugar, por su condicionalidad, es decir, estaría supeditado a que se tratara de un país “rescatado” o que hubiera solicitado ayuda financiera a los mecanismos europeos de rescate; a la Facilidad Europea de Estabilidad Financiera (*European Financial Stability Facility*, *EFSF*) y o que se hubiera aplicado el Mecanismo europeo de estabilidad (*European Stability Mechanism*, *ESM*)²⁴. Asimismo, una nota característica fundamental —y polémica, como veremos a continuación— del programa OMT es que no habría límites cuantitativos *ex ante* de las compras, éstas podían ser ilimitadas. Además, los bonos sólo se comprarían en el mercado secundario, es decir, el BCE compraría los títulos a otros propietarios, los cuales habrían acudido a la subasta del mercado primario posterior a la emisión de títulos públicos. Por último, el BCE tendría total discrecionalidad para tomar la decisión de empezar, de continuar y de finalizar una compra y sólo se adquiriría deuda a corto plazo, es decir, bonos de uno a tres años.

El Tribunal Constitucional plantea en su cuestión prejudicial que el BCE se ha excedido en el uso de sus competencias con este programa de compra de deuda. Concretamente, considera que se ha podido infringir el artículo 123.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, “TFUE”), que prohíbe de forma taxativa al BCE financiar directamente a los Estados miembros²⁵.

2.1. El programa OMT: ¿política monetaria o política económica?

En primer lugar, el *BverfG* plantea una dicotomía interesante para determinar si los OMT son producto de un exceso de competencias del BCE o

²³ Véase nota de prensa del BCE, 6 de septiembre de 2012: http://www.ecb.int/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html

²⁴ Para una explicación de las medidas legislativas tomadas durante la crisis por la Unión Europea y de los mecanismos de rescate puestos en funcionamiento, véase: MANERO, A. “El cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la crisis económica internacional”, 14 de noviembre de 2013, *Fundación Alternativas*, disponible en: <http://www.falternativas.org/estudios-de-progreso/documentos/documentos-de-trabajo/el-cumplimiento-de-las-obligaciones-internacionales-en-materia-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-en-el-contexto-de-la-crisis-economica-internacional> 24-03-14

²⁵ Artículo 123.1 del TFUE:

“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 los Estados miembros, (...) 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”.

no: ¿se trata de una política monetaria o económica? Si nos encontráramos ante el primer caso, no habría problema, dado que la Unión Europea tiene la competencia exclusiva en la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro²⁶. Por el contrario, la política económica sigue en manos de los Estados, y si bien es cierto que el TFUE prevé que los Estados coordinen sus políticas económicas²⁷, la acción de la Unión es mucho más limitada en este sentido porque no posee el monopolio legislativo como sí ocurre en materia de política monetaria. Lo problemático de los OMT es que tal vez se trate de una medida híbrida que combina política monetaria con política económica.

El BCE justifica el programa de los OMT como medida monetaria²⁸. En este sentido, algún autor²⁹ sostiene que, incluso aunque tuviera elementos de política económica, el Tratado confiere al BCE, entre otros objetivos, la labor de “apoyar las políticas económicas generales de la Unión con el fin de contribuir a los objetivos establecidos en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea”³⁰ (en adelante, “TUE”). Y ese artículo 3 concreta que los objetivos son “el desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo (...) y la cohesión económica social y territorial”³¹.

²⁶ Artículo 3.1 del TFUE:

“La Unión dispondrá de competencia exclusiva en los ámbitos siguientes: (...) c) la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro”

²⁷ Artículo 5.1 TFUE:

“Los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas en el seno de la Unión. Con este fin, el Consejo adoptará medidas, en particular las orientaciones generales de dichas políticas. Se aplicarán disposiciones particulares a los Estados miembros cuya moneda es el euro.”

²⁸ El propio BCE declara en su nota de prensa de 6 de septiembre de 2012 que el objetivo del programa OMT es salvaguardar una transmisión apropiada de política monetaria y la unidad de la política monetaria, literalmente: “*the Eurosystem’s outright transactions in secondary sovereign bond markets that aim at safeguarding an appropriate monetary policy transmission and the singleness of the monetary policy*”.

²⁹ VIDAL-FOLCH, X. “Una bofetada al Bundesbank”, 8 de febrero de 2014, *El País*, http://economia.elpais.com/economia/2014/02/07/actualidad/1391801975_129561.html último acceso: 11-03-14.

³⁰ Artículo 127.1 TFUE:

El objetivo principal del Sistema Europeo de Bancos Centrales, denominado en lo sucesivo «SEBC», será mantener la estabilidad de precios. Sin perjuicio de este objetivo, el SEBC apoyará las políticas económicas generales de la Unión con el fin de contribuir a la realización de los objetivos de la Unión establecidos en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea. El SEBC actuará con arreglo al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, fomentando una eficiente asignación de recursos de conformidad con los principios expuestos en el artículo 119”.

³¹ Artículo 3.3 TUE:

“La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección

En su cuestión prejudicial, el Tribunal Constitucional alemán mantiene la absoluta separación entre política monetaria y política económica. No es casualidad que coincida absolutamente en sus argumentos con el Banco Central alemán (*Deutsche Bundesbank*) dado que precisamente el planteamiento de la consulta a Luxemburgo está muy influido por las orientaciones de éste. Desde el principio, el presidente del *Buba* (acrónimo por el que popularmente se conoce al *Bundesbank*), Jens Wiedmann, se opuso a una intervención del BCE en el mercado secundario de deuda soberana³². Una de las cuestiones más espinosas y más criticadas por el Tribunal constitucional alemán es la naturaleza potencialmente ilimitada del programa OMT. He aquí una de las claves del asunto. Los demandantes, encabezados por Peter Gauweiler, diputado de la Unión Cristianodemócrata en Baviera (CSU), alegan que el hecho de que el programa sea ilimitado lleva a los contribuyentes alemanes a hacer frente a costes incalculables. Además, arguyen que no hay un control previo por parte del *Bundestag*, que es el órgano que debería tomar esta decisión, lo cual socavaría la autonomía presupuestaria de éste³³. Otro argumento que esgrime el *BverfG* para justificar que el programa OMT constituye un acto de pura política económica es el hecho de que el BCE condicione comprar deuda en el mercado secundario a que se trate de Estados sujetos a un plan de rescate y que por tanto, lleven a cabo un plan de reformas³⁴. En efecto, esta condicionalidad es otra de las notas esenciales del programa OMT, puesto que sólo se da a ciertos Estados miembros, mientras que si se tratara de una política monetaria, sostiene el *BverfG*, se proveería a todos los Estados de la zona euro.

En suma, según el tribunal alemán —y el *Bundesbank*—, el programa OMT constituye claramente política económica, enmascarada de asistencia monetaria, y es incompatible con la prohibición de financiación a los Estados que establece el TFUE.

sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.

La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo”.

³² TOMABELL, R., “Tribunal Constitucional de Alemania: una sentencia que creará más euroescépticos”, 12 de febrero de 2014, *Blogs Economía El País*. <http://blogs.elpais.com/idearium/2014/02/sentenciayeuroescceptismo.html> 07-03-14 acceso: 07-03-14.

³³ WOLFF, G., “The ECB’s OMT Programme and German Constitutional Concerns”, *op. cit.*

³⁴ BENOIT, B., “ECB Bond Buying: The German Court’s Message to Berlin”, *The Wall Street Journal Blogs Real Time Brussels*, 10 febrero 2014.

<http://blogs.wsj.com/brussels/2014/02/10/ecb-bond-buying-the-german-courts-message-to-berlin/>

2.2. El Tribunal Constitucional como defensor de los ciudadanos alemanes

El Tribunal de Karlsruhe, tras explicar sus argumentos para demostrar su tesis de que el programa OMT constituye política económica, sostiene que, en consecuencia, el BCE habría actuado fuera de su mandato³⁵, es decir, habría actuado *ultra vires*. En este caso, el Tribunal Constitucional alemán ha aplicado su llamada “jurisprudencia *Honeywell*”³⁶, en virtud de la cual, y de forma previa, antes de pronunciarse sobre el carácter *ultra vires* (y por consiguiente, inconstitucional) de un acto de la Unión, el Tribunal Constitucional consultaría en vía prejudicial al Tribunal de Justicia. Si se demostrara que un acto es *ultra vires*, habría una obligación de las autoridades alemanas de no implementarlo, como ya sostuviera el Tribunal alemán en la sentencia de Maastricht.

Según el *BverfG*, tanto el Parlamento alemán (*Bundestag*) como el Gobierno federal tienen la obligación de salvaguardar el cumplimiento del programa de integración europea y de actuar en caso de trasgresiones manifiestas por parte de los órganos de la Unión Europea, cuando éstas se produzcan a costa de la soberanía alemana. Como garante supremo de la Constitución alemana, el Tribunal Constitucional tiene competencias para determinar si el Parlamento o el Gobierno la han vulnerado al no cumplir su deber de reaccionar frente a una invasión de sus competencias por parte de una institución europea. Es, por tanto, esta ausencia de actuación por parte del *Bundestag* o del Gobierno en la (supuesta) extralimitación del BCE lo que habría llevado al tribunal alemán a tener que actuar “en defensa de los ciudadanos alemanes”³⁷.

Hasta aquí la argumentación del *BverfG* podría resultar medianamente razonable. No obstante, el tribunal alemán prosigue y afirma el derecho de los ciudadanos a exigir el cumplimiento de la Constitución en relación con las infracciones de los Tratados con relevancia constitucional. La base jurídica en la que se apoya es el artículo 38.1 de la Ley fundamental de Bonn, que prevé que los diputados del Parlamento alemán sean elegidos por el pueblo. Así que si una institución europea —en este caso, el BCE— violara las competencias del *Bundestag* estaría afectando al derecho democrático de los ciudadanos que eligen a estos diputados. Por ello, el *BverfG* se erige en el defensor del libre desarrollo del proceso democrático-representativo, no sin cierto toque paternalista³⁸. Se trata, sin duda, de un argumento bastante forzado para justificar

³⁵ El mandato del BCE se encuentra recogido en el artículo 119 y en los artículos 127-133 del TFUE, así como en el Protocolo nº 4 sobre los estatutos del sistema europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo.

³⁶ Decisión de 6 de julio de 2010, 2 BvR 2661/06.

³⁷ ALFARO, J., “El Tribunal Constitucional alemán refuerza el poder del Tribunal de Justicia, que decidirá sobre los instrumentos de política monetaria”, *Blog Derecho Mercantil*, 7 de febrero de 2014, <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2014/02/el-tribunal-constitucional-aleman.html> 11-03-14.

³⁸ DI MARTINO, A., “Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lus-

su intervención. Sin embargo, plantea una cuestión interesante que es la siguiente: ¿Hay un derecho a que las leyes sean cumplidas y más concretamente, un derecho subjetivo de los ciudadanos alemanes a exigir al Parlamento, al gobierno y al Tribunal constitucional que hagan lo que sea para garantizar que la soberanía de Alemania sea respetada por la Unión Europea? Esta pregunta conecta con otra cuestión más amplia que no es baladí y que abordaremos más adelante; la falta de control democrático en las medidas tomadas en el contexto de la mayor crisis económico-financiera que ha conocido el proyecto europeo.

Es muy relevante que los dos jueces³⁹ que emitieron votos particulares a esta resolución se muestren contrarios a este argumento del *BverfG*. La jueza Lübbe-Wolff sostiene que sus colegas han ido demasiado lejos con el artículo 38.1 de la Constitución y que Karlsruhe no tiene que decirle al Gobierno ni al *Bundestag* cómo deben responder ante una injerencia en la soberanía alemana, ya que esas decisiones forman parte de la “discreción política”. Por su parte, el magistrado Gerhardt también considera este argumento inadmisibles y acusa a sus compañeros de haber creado un derecho general a exigir que las leyes se cumplan, sin conectarlo con un derecho fundamental sustantivo. Dice Gerhardt que hacer una distinción nítida entre política económica y política monetaria no tiene sentido, en tanto en cuanto ambas políticas están relacionadas entre sí. En todo caso, si se tratara de un acto *ultra vires*, según el voto particular del magistrado disidente, tanto el gobierno federal como el *Bundestag* tienen que tener un margen de discrecionalidad para actuar. Estos tienen los medios tanto políticos como judiciales a su alcance para oponerse a tales decisiones, como por ejemplo, interponiendo un recurso de anulación ante el TJUE. En conclusión, ambos magistrados consideran que su propio Tribunal se ha extralimitado con este argumento constitucional, invadiendo una esfera que correspondería al poder legislativo o al poder ejecutivo.

Por último, habría un problema en cuanto a la admisibilidad de la cuestión por parte del Tribunal de Justicia europeo: aún no hay un acto jurídico susceptible de ser atacado, sino que tan sólo existe una declaración del Banco Central Europeo anunciando el programa de los OMT. Es difícil que esta manifestación pública pueda considerarse como una “decisión” en el sentido del párrafo 4 del artículo 288 TFUE⁴⁰, dado que no ha sido acompañada, de

seburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BverfG”, 19 de febrero de 2014, *Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico, comunitario e comparato*, p. 4.

³⁹ Seis jueces se mostraron a favor de enviar la cuestión prejudicial a Luxemburgo y dos magistrados manifestaron sus votos particulares disidentes.

⁴⁰ Artículo 288 TFUE:

“Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse,

momento de actos ejecutivos⁴¹. Aun así, será difícil que el TJUE inadmita la cuestión y desaproveche esta oportunidad para pronunciarse sobre el programa de compra de deuda pública, siendo muy consciente de lo que está en juego.

III. REFLEXIONES AL HILO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

El *BVerfG* más que consultar una cuestión al TJUE, afirma la ilegalidad del programa OMT y busca que Luxemburgo ratifique su planteamiento. Generalmente, los jueces a través de los autos de cuestiones prejudiciales elevan una o varias preguntas específicas al TJUE y se inhiben de hacer comentarios ulteriores, dejando amplio margen a Luxemburgo para que resuelva. Ésta es la lógica de las cuestiones prejudiciales, como hemos explicado al principio. Por el contrario, en este caso, de la impresión de que el *BVerfG* está sentenciando y simplemente busca que el TJUE corrobore su postura —hasta el punto de que en varios medios de comunicación ha habido bastante confusión y se ha hablado directamente de “sentencia”⁴² del Tribunal Constitucional alemán en vez del planteamiento de una cuestión prejudicial, que es bien diferente—.

El Tribunal de Karlsruhe no se conforma con dar su opinión y hacer una interpretación del artículo 123.1 TFUE —recordemos que la interpretación de los Tratados es competencia exclusiva del Tribunal de Luxemburgo, y a ello le deben precisamente su razón de ser las cuestiones prejudiciales—. Al contrario, el Tribunal germano va más allá y en un acto sin precedentes en el Derecho de la Unión Europea, propone una interpretación conforme a los Tratados del programa OMT, ante la eventualidad de que Luxemburgo considere que esta actuación del BCE es contraria a aquéllos. En otras palabras, el Tribunal Constitucional alemán dice lo que considera que es legal y lo que no lo es, y siendo consciente del derrumbe financiero que se produciría en caso de que Luxemburgo afirmara que los OMT son contrarios a Derecho, sugiere una interpretación para tratar de rodear esa supuesta ilegalidad. Así, el *BVerfG* propone un programa OMT “a la alemana” extrayendo uno de los elementos al que el *Bundesbank* siempre se ha mostrado contrario como es la falta de límite de las compras de bonos. De esta forma, el *BVerfG* conseguiría el descrédito público del BCE y que el programa de compra de deuda pública no

dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos.

Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes”.

⁴¹ DI MARTINO, A., “Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BverfG”, 19 de febrero de 2014, *Federalismi.it*, *Rivista di diritto pubblico, comunitario e comparato*. *op. cit.*

⁴² Véase, por ejemplo, TOMABELL, R., “Tribunal Constitucional de Alemania: una sentencia que creará más euroescépticos”, *op. cit.*

fuera eliminado, plegándose a los intereses alemanes. Se trata, sin duda, de una extraña forma de hacer política económica a través de los órganos judiciales.

Lo que es indiscutible es que el planteamiento de esta cuestión prejudicial no ha dejado indiferente a nadie y se han hecho lecturas muy diferentes del mismo. Por un lado, en ciertos medios se ha sostenido que se trata de una suerte de “rendición” o “abdicación” del *BverfG* ante el Tribunal de Luxemburgo y de una manifestación del convencimiento europeísta alemán mientras que otros autores⁴³ arguyen que, antes al contrario, se trata de un golpe en la mesa del Tribunal constitucional alemán ante el BCE y las demás instituciones europeas, por su disconformidad con el programa OMT. En este sentido, algunos autores, aplicando la teoría de juegos al comportamiento judicial, consideran que el *BverfG* sigue una estrategia de “ladrar pero no morder”, es decir, de amenaza⁴⁴. La decisión de Karlsruhe de 7 de febrero de plantear una cuestión prejudicial a Luxemburgo constituiría el mayor y más claro ladrido hasta la fecha⁴⁵. Coincidimos con este autor, dado que al leer la resolución alemana no da la impresión de una actitud colaborativa del tribunal teutón hacia el TJUE, sino que más bien parece que aquél sigue considerándose en una posición de superioridad frente a Luxemburgo. Incluso un medio de comunicación alemán como *Der Spiegel* reconocía, pocos días después de publicarse el auto del *BverfG*, que sólo se trataba de un acto de convencimiento europeísta a primera vista, ya que no cabía duda de que Karlsruhe estaba amenazando con causar problemas⁴⁶.

Las críticas al Tribunal Constitucional alemán no llegan, por tanto, sólo desde Bruselas, Luxemburgo o Estrasburgo, como capitales comunitarias, sino desde el mismo Berlín. Cuenta también *Der Spiegel* que Norbert Lammert, president del *Bundestag* ha llegado a afirmar que detecta en el *BverfG* un “tufillo” de escepticismo hacia Europa⁴⁷. El mismo medio recoge palabras aún más contundentes de Martin Schulz, eurodiputado alemán, presidente del Parlamento Europeo y actual candidato de los socialdemócratas europeos a la

⁴³ Véase, por ejemplo THYM, D. “A Spring in the Desert: the German ECJ reference on the ECB Bond Purchases?” 8 febrero 2014, *Verfassungsblog*, <http://www.verfassungsblog.de/en/eine-quelle-in-der-wueste/#.Uys1A6h5OWg>

⁴⁴ DYEVE, A., “Judicial Non-Compliance in a Non-Hierarchical Legal Order: Isolated Accident or Omen of Judicial Armageddon?”, 15 junio 2012, Social Science Research Network, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2084639 20-03-14.

⁴⁵ LINDSETH, P., “Barking vs. Biting: Understanding the German Constitutional Court’s OMT reference and its implications for EU Reform”, 10 febrero 2014, *Eutopia Law Blog*, disponible en: <http://eutopialaw.com/2014/02/10/barking-vs-biting-understanding-the-german-constitutional-courts-omt-reference-and-its-implications-for-eu-reform> 20-03-14.

⁴⁶ SPIEGEL STAFF, “Europe or democracy? What German Court ruling means for the Euro?”, 10 febrero 2014, <http://www.spiegel.de/international/europe/german-court-calls-ecb-bond-buying-into-question-a-952552.html> 20-03-14.

⁴⁷ SPIEGEL STAFF, “Drifting into politics? Is Germany’s High Court Anti-European?” 13 marzo 2014, <http://www.spiegel.de/international/germany/the-eu-critical-course-of-the-german-high-court-a-958018.html> 20-03-14.

presidencia de la Comisión Europea, que ha llegado a afirmar que no cree que el Tribunal Constitucional alemán haya entendido cómo funciona la democracia en el nivel europeo⁴⁸.

Así llegamos a una cuestión clave que subyace en esta disputa: la falta de legitimidad democrática en el funcionamiento de la maquinaria comunitaria y más concretamente, de las medidas tomadas por las instituciones europeas durante la crisis. En efecto, esta cuestión prejudicial es, entre otras cosas, una llamada de atención sobre este problema. Las decisiones que toma el BCE quedan lejos del control de los ciudadanos y el *BverfG* parece querer paliarlo con su polémico argumento basado en el artículo 38 de su Constitución. No obstante, no parece que judicializar la política sea la vía correcta, por dos razones: en primer lugar, por un argumento puramente teórico, atentaría contra el principio de separación de poderes, sustento básico del Estado de Derecho y en segundo lugar, por una razón más pragmática, y es que se trata de un problema más profundo que difícilmente encontrará una solución adecuada en la (improbable) anulación del programa de compra de deuda pública del BCE.

El *BverfG* parece empeñado en querer resolver esta cuestión por medio de la introducción, por vía jurisprudencial, de una suerte de acción popular, basada jurídicamente en el artículo 38 de su Constitución, pero inspirada, en realidad, por sentimientos críticos hacia las políticas de la Unión Europea⁴⁹, corriendo el riesgo de avivar así tendencias populistas. En efecto, no podemos obviar las implicaciones políticas que esta cuestión tiene en Alemania, porque más allá de un asunto jurídico, se esconde también el recelo de una parte de la ciudadanía alemana a financiar la deuda de los países del sur.

Asimismo, el envío de esta cuestión prejudicial por parte del Tribunal Constitucional nos lleva a plantearnos si es excesivo el papel que toma Alemania como líder de la integración europea. El país germano ha puesto de manifiesto su liderazgo político en el órgano más intergubernamental de la Unión, como es el Consejo Europeo, y su protagonismo indiscutible en la toma de las decisiones económico-financieras más trascendentales como el rescate de países con dificultades. Es incuestionable que el *BverfG* tiene el mismo derecho y la misma obligación de plantear una consulta a Luxemburgo que cualquier otro tribunal constitucional. Sin embargo, es evidente, como hemos manifestado a lo largo de este artículo, que cualquier decisión que toma Karlsruhe en relación con asuntos europeos hace muchísimo más ruido —y Luxemburgo es bien consciente de ello— que las medidas que pueda tomar cualquier otro tribunal constitucional. En este sentido, el máximo guardián de la Constitución alemana interpreta, como explican algunos autores, “ese papel estelar que

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ DI MARTINO, A., “Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del *BverfG*”, *op. cit.*

tanto le agrada en una suerte de portavoz oficioso o interlocutor locuaz de los tribunales constitucionales ante el Tribunal de Justicia”⁵⁰. Nadie disputa que el *BverfG* cumpla con su deber y defienda los derechos de los ciudadanos alemanes contra viento y marea, pero lo que sí que es cuestionable es que lo haga a expensas de un papel que no le corresponde. Karlsruhe defiende los derechos de los ciudadanos germanos, pero Luxemburgo debe defender los derechos de todos los ciudadanos europeos en su conjunto. Por tanto, es peligroso que un Tribunal Constitucional se arrogue más competencias de las que le corresponden porque puede poner en riesgo la autonomía del Derecho de la Unión Europea y su aplicación uniforme en los veintiocho Estados miembros.

No obstante lo anterior, del intenso activismo judicial del *BverfG* en asuntos europeos también puede hacerse una lectura positiva: ha contribuido de manera notable al desarrollo del Derecho de la Unión Europea hasta el punto de que sus críticas en el caso *Solange* fueron el detonante para que la UE se dotara de un catálogo de derechos que culminaría en la Carta de Derechos Fundamentales, que hoy tiene el mismo valor jurídico que los Tratados. Así, algunos autores afirman que “el continuo “tira y afloja” entre Karlsruhe y Luxemburgo ha supuesto, en el fondo, un enriquecimiento mutuo de los ordenamientos jurídicos respectivos de los que ambos tribunales son sus respectivos máximos intérpretes”⁵¹.

IV. POSIBLES ESCENARIOS DE ACTUACIÓN DE LUXEMBURGO

Tardaremos en conocer el pronunciamiento del TJUE unos dieciséis meses, que es la media de duración de los procedimientos de cuestiones prejudiciales, según el último informe anual del propio Tribunal de Justicia⁵², excepto cuando se utiliza el procedimiento urgente, cuya media de duración es de dos meses. No obstante, es inevitable preguntarnos qué sucederá si Luxemburgo decide en un sentido o en otro.

El primer —y más improbable⁵³— escenario es que el Tribunal europeo decida que el programa OMT es radicalmente incompatible con el Derecho de

⁵⁰ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLES, J., “Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)” REAF núm. 13, abril 2011, pp. 97-145, p. 100.

⁵¹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLES, J., “La contribución del Tribunal Constitucional alemán al Derecho comunitario europeo: el permanente “tira y afloja” con el Tribunal de Justicia de la UE” en RIPOLL, S. y UGARTEMENDIA, J. I., “España ante los tribunales internacionales europeos. Cuestiones de política judicial, Oñate, IVAP, 2008, pp. 175-197.

⁵² Court of Justice of the European Union, Annual Report, 2012, p.104. Disponible en http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-04/192685_2012_6020_cdj_ra_2012_en_proof_01.pdf 21-03-14.

⁵³ DE PETRIS, A., “Un rinvio pregiudiziale sotto condizione? Le ordinanze del Tribunale Costituzionale Federale sulle Outright Monetary Transactions”, 19 de febrero de 2014, *Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico, comunitario e comparato*, p. 9.

la Unión Europea y por consiguiente, ilegal. El BCE se vería obligado a retirar su programa de compra de deuda pública, lo cual no sería complicado, ya que se limita a una declaración pública y aún no se ha puesto toda la maquinaria en marcha. Sin embargo, es muy probable que, de la misma forma que el mero anuncio de Mario Draghi hizo que los mercados se calmaran y que las primas de riesgo de los países del sur de Europa descendieran de forma drástica, en este caso, su efecto sería el contrario. Es previsible que la retirada del programa OMT por parte del BCE tendría unos efectos devastadores para la situación financiera de ciertos Estados miembros y unas consecuencias impredecibles para la credibilidad del euro en su conjunto, ya de por sí tocada por la crisis económico-financiera que arrasa Europa desde al año 2008.

El segundo escenario posible es que el TJUE, disintiendo abiertamente con el *BverfG*, declarara que el programa OMT es compatible con los Tratados y que el BCE ha actuado plenamente dentro de los límites de la legalidad europea. En este caso, el Tribunal Constitucional alemán parece tener muy claro lo que piensa hacer si Luxemburgo sigue una senda tan distinta a la que el mismo tribunal germano le ha marcado. Karlsruhe sugiere en su cuestión prejudicial que entonces considerará que Luxemburgo se ha equivocado y podrá decidir que el programa del BCE no respeta los Tratados y que consecuentemente, su actuación no entra en las competencias que los Estados miembros han cedido a la Unión Europea⁵⁴. Este camino es ciertamente peligroso si el *BverfG* llegara a obligar al Gobierno federal y al *Bundesbank* a calificar el programa OMT de ilegal, cuando existe una sentencia del TJUE —reiteramos, único legitimado para interpretar el Derecho de la Unión Europea— que dice lo contrario. De este punto deducimos que es difícil que la relación Karlsruhe-Luxemburgo sea cooperativa y que se considere un diálogo entre iguales si los propios jueces alemanes se reafirman ellos mismos en su resolución como los árbitros que tienen la última palabra⁵⁵. Sin embargo, es curioso que el propio Presidente del *BverfG*, Andreas Vosskuhle, evitaba pronunciarse durante una conferencia, sobre la preponderancia de uno u otro tribunal ante la pregunta de qué tribunal tenía la última palabra: “ésa es una cuestión que debería preguntarse tan infrecuentemente sobre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional federal como tampoco debería preguntarse entre esposos”⁵⁶.

Por último, el tercer escenario posible sería una resolución intermedia entre el primer y el segundo escenario. El TJUE puede decidir, siguiendo el camino marcado por Karlsruhe, que el programa OMT es legal, menos algunos

⁵⁴ EKARDT, F., “La cuestión prejudicial del Tribunal constitucional alemán: cuando un tribunal hace política”, 19 de febrero de 2014, blog Derecho Mercantil, <http://derechomercantiles.ana.blogspot.com.es/2014/02/la-cuestion-prejudicial-del-tribunal.html> 21-03-14.

⁵⁵ THYM, D., “A Spring in the desert: the German ECJ Reference on the ECB Bond Purchases”, *op. cit.*

⁵⁶ SPIEGEL STAFF, “Drifting into politics? Is Germany’s High Court Anti-European?”, *op. cit.*

elementos. Algún autor⁵⁷ se aventura a predecir el resultado de Luxemburgo y se decanta por esta tercera posibilidad. Ésta constituiría una respuesta híbrida que, sin eliminar del mapa el programa OMT, contentaría a Alemania. El Tribunal de Luxemburgo sabe perfectamente que la posición que adopte en esta cuestión será escrutada al milímetro en el país germano y hará un esfuerzo extra para contrarrestar la concepción que se tiene del órgano judicial europeo como un guardián débil y parcial. Como decíamos al inicio, no es probable que los jueces de Luxemburgo bloqueen el programa OMT pero sí es posible que sigan la interpretación conforme propuesta por Karlsruhe. Se trataría de una decisión “sí, pero”: el programa OMT entraría dentro del mandato del BCE, pero sería necesario que se eliminaran ciertos elementos —como, por ejemplo, su potencial ilimitado— para ser plenamente conforme con los Tratados. Es de suponer que tanto el primer como el tercer escenario serían interpretados por el Tribunal constitucional alemán como una victoria frente a las instituciones europeas y como un “tirón de orejas” al BCE.

V. CONCLUSIONES

La histórica cuestión prejudicial que el Tribunal Constitucional alemán ha enviado al Tribunal de Luxemburgo esconde tras sus argumentos jurídicos, importantísimas implicaciones económicas y políticas. Lejos de constituir un acto de rendición y de convencimiento europeísta por parte de los jueces con togas rojas y chorreras blancas de Karlsruhe, el planteamiento de la cuestión supone otro asalto de un combate que se remonta a los años setenta y que en pleno siglo XXI sigue marcando el camino de la integración europea.

Si bien el Tribunal Constitucional alemán, como guardián de la Ley Fundamental de Bonn, tiene el deber de custodiar y proteger todos los derechos que en ella se consagran, no es menos cierto que también tiene la obligación de respetar la legalidad europea. En virtud de la misma, el único órgano judicial legitimado para declarar inválido un acto jurídico de la Unión Europea es el Tribunal de Luxemburgo. Por tanto, si éste decidiera que el programa de compra de deuda pública en el mercado secundario por parte del BCE es conforme a los Tratados, Alemania, sobre la base del principio de cooperación leal que sustenta el orden comunitario, debería respetarlo. De la lectura de la cuestión prejudicial planteada por Karlsruhe no se desprende ese acatamiento del orden jurídico europeo, sino que más bien parece tratarse de una sentencia en sí misma. Sólo con el tiempo sabremos en qué sentido decidirá Luxemburgo y qué camino tomará Alemania tras su pronunciamiento. Lo que sí podemos afirmar con rotundidad en este momento es que se trata de

⁵⁷ THYM, D., “A Spring in the desert: the German ECJ Reference on the ECB Bond Purchases, *op. cit.*”

un tema crucial del que depende la confianza de los mercados en las deudas de países como España o Italia y hasta la misma la supervivencia del euro en el contexto de la mayor crisis económico-financiera que ha conocido la Unión Europea.

No es deseable que el Tribunal alemán tense en exceso la cuerda del diálogo que le une al Tribunal de Luxemburgo. Por el contrario, es preciso que las relaciones entre ambos titanes sean gobernadas por la cooperación mutua, enriqueciendo el sistema judicial europeo a todos los niveles. Ese diálogo es absolutamente necesario para generar un mutuo aprendizaje entre los órganos nacionales y el órgano judicial europeo y sobre todo, para garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión Europea. El contacto entre Luxemburgo y Karlsruhe, al igual que con el resto de tribunales europeos, es ineludible para avanzar en la profundización de la integración europea siguiendo los parámetros constitucionales, sobre todo, en la defensa de los derechos fundamentales. Esa cooperación es indispensable en el momento actual cuando no sólo están en cuestión las normas tomadas por la Unión Europea en el contexto de la crisis económico-financiera sino que también está en juego la confianza de los ciudadanos en el proyecto europeo. Por esta razón, el planteamiento de la cuestión prejudicial por parte de Alemania puede ser también una llamada de atención a las instituciones europeas sobre el significado del principio democrático a nivel europeo. Ahora más que nunca, parece necesario reforzar esa legitimidad democrática cuya ausencia provoca un problema tan profundo como la desafección de los ciudadanos hacia la Unión Europea y que es difícil remediar solamente mediante una cuestión prejudicial. El titán alemán ha lanzado otro órdago histórico, veremos cómo Luxemburgo, y el resto de instituciones europeas, juegan sus cartas sin que se rompa la baraja.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO, J., (2014) “El Tribunal Constitucional alemán refuerza el poder del Tribunal de Justicia, que decidirá sobre los instrumentos de política monetaria”, *Blog Derecho Mercantil*.
- BENOIT, B., (2014) “ECB Bond Buying: The German Court’s Message to Berlin”, *The Wall Street Journal Blogs, Real Time Brussels*.
- DE PETRIS, A., (2014) “Un rinvio pregiudiziale sotto condizione? Le ordinanza del Tribunale Costituzionale Federale sulle Outright Monetary Transactions”, *Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico, comunitario e comparato*.
- DYEVRE, A., (2012) “Judicial Non-Compliance in a Non-Hierarchical Legal Order: Isolated Accident or Omen of Judicial Armageddon?”, *Social Science Research Network*.

- DI MARTINO, A., (2014) "Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BverfG", *Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico, comunitario e comparato*.
- EKARDT, F., (2014) *La cuestión prejudicial del Tribunal constitucional alemán: cuando un tribunal hace política*, Blog Derecho Mercantil
- HARTLEY, T., (2010) *The foundations of European Union*, Oxford University Press.
- LINDSETH, P., (2014) "Barking vs. Biting: Understanding the German Constitutional Court's OMT reference and its implications for EU Reform", *Eutopia Law Blog*.
- MANERO SALVADOR, A., (2013) "El cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la crisis económica internacional", *Fundación Alternativas*.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., (2011) Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa) REAF núm 13, p. 97-145, p. 100.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., (2008) "La contribución del Tribunal Constitucional alemán al Derecho comunitario europeo: el permanente "tira y afloja" con el Tribunal de Justicia de la UE" en RIPOLL, S. y UGARTEMENDIA, J.I. *España ante los tribunales internacionales europeos. Cuestiones de política judicial*, Oñate, IVAP, p. 175-197.
- MARTINICO, G., (2009) "Preliminary Reference and Constitutional Courts: Are You in the Mood for Dialogue?", *Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper No. 2009/10*.
- PAYANDEH, M., (2011) "Constitutional review of EU Law after Honeywell: contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice", *Common Market Law Review*, 48, 9-38
- PEERS, S., (2014) "Clash of Judicial Titans: Will the Euro survive?" *EU Law analysis Blog*.
- SPIEGEL STAFF, (2014) "Europe or democracy? What German Court ruling means for the Euro?" *Der Spiegel*.
- SPIEGEL STAFF, (2014) "Drifting into politics? Is Germany's High Court Anti-European?" *Der Spiegel*.
- THYM, D., (2014) "A Spring in the Desert: the German ECJ reference on the ECB Bond Purchases?" *Verfassungsblog on matters constitutional*.
- TOMABELL, R., (2014) "Tribunal Constitucional de Alemania: una sentencia que creará más euroescépticos", *Blogs Economía El País*.
- VIDAL-FOLCH, X., (2014) "Una bofetada al Bundesbank", *El País*,
- WOLFF, G., (2013) "The ECB's OMT Programme and German Constitutional Concerns" en *Brookings, Think Tank 20: The G-20 and Central Banks in the New World of Unconventional Monetary Policy*.