

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

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

I. LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL: 1. *El parámetro de control, la extensión de la competencia del Tribunal Constitucional Federal y su proyección sobre la admisión de las impugnaciones*: a) El parámetro de control. b) Las razones para admitir el control sobre la decisión del BCE. 2. *El fallo de las decisiones*: a) La desestimación de las impugnaciones frente al Tratado MEDE, la Ley de Financiación y la Reforma del artículo 136.3 TFUE. b) El planteamiento de una cuestión prejudicial respecto a la decisión del BCE de comprar en los mercados secundarios deuda pública de ciertos Estados miembros.—II. LOS CONFINES DE LA DEMOCRACIA Y LA SOLIDARIDAD: 1. *El principio de democracia nacional y sus límites*. 2. *El principio de división funcional y sus límites*.

Seis recursos de amparo, todos ellos interpuestos por miembros del *Bundestag*, y un conflicto entre órganos, instado por un grupo parlamentario (*Die Linke*), han dado pie a que el Tribunal Constitucional Federal ofrezca una teoría completa (1) sobre el marco normativo general de las políticas de rescate (2). Con la resolución de 14 de enero, que plantea cuestión prejudicial, el Tribunal, al enjuiciar la medida del Banco Central Europeo (BCE) destinada a adquirir

(1) Teoría que ha sido paulatinamente avanzada al determinar la constitucionalidad de una serie de medidas destinadas al rescate de Grecia (BVerfG, 2 BvR 987/10, 7 de septiembre de 2011); y constatar la vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 38, por la ley que reservaba a los parlamentarios de una determinada comisión las decisiones relativas a la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (BVerfG, 2 BvE 8/11, 28 de febrero de 2012).

(2) El Tribunal decidió separar la tramitación de los objetos de impugnación, abriendo un procedimiento distinto para la decisión del BCE, BVerfG, 2 BvR 1390/12, 17 de diciembre de 2013.

deuda pública en los mercados secundarios (3), pretende ceñir el ámbito de actuación de esta institución. En cambio, la sentencia de 18 de marzo (4) avala la reforma del artículo 136.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza —así como las correspondientes leyes alemanas que autorizan su celebración—.

En el epígrafe I de este trabajo realizo una exposición sintética de ambas decisiones judiciales e intento mostrar la unidad conceptual que las liga. Su valor indiscutible reside en los interrogantes que formulan sobre el espacio adecuado de la democracia y la solidaridad. Es por ello que en el epígrafe II destaco los principios estructurales que en mi opinión sostienen la teoría del Tribunal Constitucional Federal, a la vez que indico algunas de sus limitaciones.

I. LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

1. *El parámetro de control, la extensión de la competencia del Tribunal Constitucional Federal y su proyección sobre la admisión de las impugnaciones*

a) El parámetro de control

El Tribunal Constitucional Federal afronta los distintos reproches de inconstitucionalidad, manteniéndose firme en la construcción teórica elaborada desde la sentencia Maastricht (5), según la cual, los artículos de la Ley Fundamental 20, 23.1, así como los apartados 2 y 3 del 79, le permiten medir conforme al principio democrático las decisiones políticas que han ido componiendo las estructuras jurídicas de la Unión. Una vez más, el peso argumentativo recae sobre el artículo 38, que literalmente reconoce el derecho de sufragio, si bien

(3) BVerfG, 2 BvR 2728/13, 14 de enero de 2014. El programa de *outright monetary transactions* de acuerdo con la información dada por el BCE, poseería los siguientes elementos: es ilimitado en la cuantía, opera sobre el mercado secundario, es paritario al estatus de otros acreedores, debe evitar la inflación y está sujeto a una estricta condicionalidad ligada al Mecanismo Europeo de Estabilidad (Press realese, 6 september 2012, Technical features of Outright Monetary Transactions, http://www.ecb.int/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html). No deja de ser llamativo que la decisión nunca haya tomado forma más allá de la declaración de prensa.

(4) BVerfG, 2 BvR 1390/12, 18 de marzo de 2014. Antes ya se había rechazado una tutela cautelar en la que se pedía la suspensión de la autorización de ratificación de los Tratados MEDE y Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, BVerfG, de 12 de septiembre de 2012.

(5) BVerfG, 2 BvR 1390/12, 12 de octubre de 1993.

para el Tribunal posee también un significado material que garantiza la autodefinición del ciudadano alemán, articulada a través de su participación libre e igual en el poder público, razón que lo conecta con el expreso reconocimiento del principio democrático en los artículos 20 y 79 (17, BVerfG de 14 de enero; 159, BVerfG de 18 de marzo). Así las cosas, la Ley Fundamental reserva al ciudadano un espacio de intervención democrática sobre el proceso de integración. Paralelamente, la legitimidad de la Unión deriva del artículo 23 de la Constitución y toma cuerpo en el programa desarrollado por los Tratados, singularmente en el principio de atribución de competencias. De este modo, es esencial que la pertenencia de la República Federal, sus obligaciones y derechos, sean previsibles para el legislador a través de los Tratados y que una misma ley de atribución no cubra posteriores cambios (20 y 21, BVerfG de 18 de marzo).

Además, la proyección del principio democrático sobre el proceso de integración otorga a cualquier ciudadano una acción para reivindicar el control del Tribunal Constitucional Federal frente a los actos del Parlamento que autorizan la celebración de Tratados (6). Se ha de evitar, en concreto, que tales transferencias entreguen la competencia sobre la competencia, conlleven habilitaciones en blanco o dispongan atribuciones ilimitadas en el tiempo (160, BVerfG de 18 de marzo). Pero la acción procesal y el examen consiguiente también se extienden, una vez en vigor los Tratados, contra los actos de la Unión que de modo manifiesto se han extralimitado en sus competencias. Ha de ser éste, según el Tribunal Constitucional Federal, un juicio moderado, respetuoso con la integración, en la medida que, de un lado, la Unión se reconoce como una comunidad de derecho limitada por el principio de atribución, sometida a los derechos fundamentales y respetuosa con la identidad constitucional de los Estados miembros, mientras que, de otro lado, el ordenamiento de la República Federal garantiza la primacía del Derecho de la Unión, lo cual supone entre otras cosas que las decisiones del Tribunal de Justicia sobre cuestiones competenciales se considerarán vinculantes. Por tanto, el examen del Tribunal Constitucional Federal sólo se activará en caso de que los actos de la Unión incurriesen en una

(6) Es un lugar común señalar, habitualmente de modo crítico, la amplitud en la legitimación activa que ha traído consigo la conexión entre el principio democrático y el derecho al sufragio a la hora de enjuiciar el proceso de integración. Se habla sin tapujos de una acción popular. Además, se ha señalado que esta generosa interpretación sólo se da cuando se trata del control del Derecho de la Unión, pero no cuando se juzga la actuación *ultra vires* de los órganos constitucionales, por no hablar de la estricta comprensión de la acción en el contencioso-administrativo, GÄRDITZ, Klaus F. (2014): «Beyond Symbolism: Towards a Constitutional Actio Popularis in EU Affairs? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court», *German Law Journal*, núm. 2, vol. 15, págs. 183-202, pág. 192.

extralimitación específicamente lesiva, suficientemente cualificada o de un peso considerable (24, BVerfG de 14 de enero) (7). Circunstancia que se da cuando la autoatribución de competencias se extiende a un ámbito material que afecta a la identidad constitucional del Estado miembro o que depende especialmente del proceso democrático discursivo (25, BVerfG de 14 de enero). Frontera donde la labor del Tribunal Constitucional Federal es irrenunciable por mandato del artículo 20.1 de la Ley Fundamental, pues, de lo contrario, los Tratados perderían previsibilidad y las instituciones de la Unión quedarían habilitadas para modificar el derecho originario sin intervención de los Estados (26, BVerfG de 14 de enero).

Un segundo tipo de control que ha de efectuar el Tribunal Constitucional Federal en virtud del principio democrático supone enjuiciar si el Derecho de la Unión afecta a la identidad constitucional garantizada en el artículo 79 (27, BVerfG de 14 de enero). El Tribunal se esfuerza aquí en subrayar la diferencia entre esta evaluación y la que pueda realizar el Tribunal de Justicia en virtud del mandato de respeto «a la identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales» de los Estados miembros, previsto en el artículo 4 del Tratado de la Unión (TUE). El límite de la Ley Fundamental es una «barrera absoluta», que no admite ponderación, técnica que ha sido la utilizada por el Tribunal de Justicia. Habría así una distinción de grado entre el precepto europeo y la Constitución alemana, que justificaría un control del Tribunal Constitucional Federal incluso si el de Justicia concluye que la cláusula de identidad nacional no ha sido vulnerada (29, BVerfG de 14 de enero).

El Tribunal Constitucional Federal explica que el control de la identidad constitucional se despliega especialmente en la garantía de la potestad presupuestaria del Parlamento. Mantiene el Tribunal que la decisión sobre ingresos y gastos es una parte esencial de la autodeterminación democrática, de ahí que el legislador presupuestario deba conservar un espacio de libertad sobre este ámbito (28, BVerfG de 14 de enero; 161 y 162, BVerfG de 18 de marzo). Tal principio impide que el Parlamento transfiera potestades presupuestarias que al momento de su autorización sean indeterminadas; y, por ello, cuanto mayor sea la autorización en términos cuantitativos, más intensos han de ser los controles (163, BVerfG de 18 de marzo). Igualmente, quedan vedadas las autorizaciones que den lugar a automatismos, convirtiendo al Parlamento en mero ejecutor

(7) Se ha señalado que esta doctrina podría estar fundada en una jurisprudencia del Tribunal de Justicia que junto al control de validez, que se reserva en monopolio, habría un control de la «inexistencia de normas», que sí podrían ejercer los tribunales nacionales, BAST, Jürgen (2014): «Don't Act Beyond Your Powers: The Perils and Pitfalls of the German Constitutional Court's Ultra Vires Review», *German Law Journal*, núm. 2, vol. 15, págs. 167-182, pág. 172.

formal de las decisiones de otras instituciones (164, BVerfG de 18 de marzo). En este sentido, sería contraria a la Constitución la instauración de instrumentos de solidaridad entre Estados, por los cuales Alemania de forma mecánica tuviese que asumir las responsabilidades de otros. La Ley Fundamental exige que la solidaridad para con otros Estados sea aprobada una a una y en detalle (165, BVerfG de 14 de marzo). Límites que en conjunto requieren siempre de la debida información del Parlamento antes de la toma de decisiones (166, BVerfG de 18 de marzo).

Todas estas barreras no suponen, sin embargo, que la identidad constitucional garantizada en el artículo 79 impida a la República Federal asumir obligaciones financieras de naturaleza internacional o transferir decisiones presupuestarias esenciales. Según el Tribunal Constitucional Federal, la reciente reforma constitucional relativa al déficit y a la deuda pública ha puesto de manifiesto cómo una autovinculación del Parlamento sirve para preservar su futura capacidad de decisión. Por ello, en qué medida deba Alemania comprometerse es una cuestión que ha de decidir el legislador con un amplio margen, aunque debe existir una frontera cuantitativa, cifrada en un volumen que *de facto* hiciese inoperante en el futuro la libre actuación de la Cámara (173 y 174, BVerfG de 18 de marzo).

La identidad constitucional, tal y como fue destacada en la sentencia Maasricht, también delimita la posición del BCE. Según el Tribunal Constitucional Federal, la capacidad de influencia del Parlamento, y con ella de los electores, no está constitucionalmente afectada en tanto que el BCE se rija por la independencia y tenga como objetivo prioritario la estabilidad de precios. La propia experiencia constitucional alemana (art. 88.2 Ley Fundamental), corroborando a la doctrina mayoritaria, denota la importancia de la independencia en cuanto que evita poner la política monetaria a disposición de intereses espurios (32, BVerfG de 14 de marzo).

Finalmente, recordando la sentencia Lisboa(8), el Tribunal Constitucional Federal señala que su control, además de examinar el Derecho de la Unión, también enjuicia las actuaciones de los órganos estatales, cuando éstos no hayan tomado las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del programa de integración. Del principio democrático se deriva una prohibición de cualquier institución pública para cooperar con aquellos actos de la Unión que provoquen una usurpación clara y estructural de poderes soberanos (30, 31 y 47-49, BVerfG de 14 de enero).

(8) BVerfG, 2 BvE 2/08, 30 de junio de 2009.

b) Las razones para admitir el control sobre la decisión del BCE (9)

a') *Las razones de la mayoría*

Las páginas dedicadas a motivar la existencia de una duda interpretativa o de validez muestran a primera vista que tal juicio de relevancia a la vez conlleva una valoración sobre la pertinencia de juzgar la decisión del BCE. Ambas evaluaciones son indisociables, pues resulta obvio que sólo cuando un acto o disposición es susceptible de control de constitucionalidad puede entonces tener sentido la aplicación del Derecho de la Unión. En aras a la claridad y siguiendo la propia lógica del Tribunal Constitucional Federal, conviene empezar exponiendo las razones que le llevan a admitir un examen preventivo sobre una actuación del BCE que no ha sido aplicada, o que por lo menos no afecta a las situaciones jurídicas de los recurrentes (todos ellos parlamentarios). Antes de nada, el Tribunal Constitucional Federal se esfuerza por distinguir su ámbito de control del que corresponde al Tribunal de Justicia, de suerte que para aquél no merece atención especial el hecho de que este segundo requiera que la medida tenga efectos jurídicos (10).

(9) La existencia de riesgos incalculables y la pérdida de responsabilidad efectiva del Parlamento sobre su potestad presupuestaria van a ser las líneas centrales del control deducido en la decisión de 18 de marzo. Antes, sin embargo, el Tribunal desbroza el camino inadmitiendo de forma sumaria otra serie de pretensiones. Así, se considera insuficientemente argumentado que la inmunidad de los miembros del MEDE pueda vulnerar el principio de igualdad o la tutela judicial (130, BVerfG de 18 de marzo). Del mismo modo, sostiene el Tribunal que sólo una evidente disminución del valor del dinero activaría el control en virtud del derecho de propiedad (131, BVerfG de 18 de marzo). Rechaza de plano que el sistema de saldos recíprocos creado por el *Target 2* tenga un significado similar a un sistema de responsabilidad mutua y, por tanto, carece de incidencia sobre las competencias del Parlamento (137-141, BVerfG de 18 de marzo). Y considera que las referencias generales sobre la conversión de la Unión en un Estado federal, dado el nuevo régimen jurídico introducido por el *Six Pack*, son demasiado vagas para motivar un control de constitucionalidad (146-148, BVerfG de 18 de marzo).

La inadmisión más incisiva es aquella que rechaza la posibilidad de controlar los vicios formales de la Ley de financiación que autoriza el Tratado MEDE. Entiende el Tribunal Constitucional Federal que el principio democrático garantizado a través de los artículos 38 y 79 frente al proceso de integración asegura una reserva de intervención parlamentaria, pero no se extiende hasta proteger una división funcional de la Cámara (125-127, BVerfG de 18 de marzo). Y tampoco el artículo 79 daría un derecho a que determinados actos parlamentarios se adopten por ciertas mayorías si éstas no están expresamente previstas en la Ley Fundamental (129, BVerfG de 18 de marzo). En definitiva, el principio democrático no habilita un control sobre la distribución de competencias entre pleno y comisiones parlamentarias, ni impone reglas internas de decisión.

(10) No debe olvidarse que el Tribunal Constitucional Federal negó la admisión de un recurso de amparo contra la compra de deuda por parte del BCE (16, BVerfG, 2 BvR 987/10, 7 de

Entiende el Tribunal Constitucional Federal, marcando voluntariamente una ostensible distinción con el de Justicia, que le basta con que el objeto esté suficientemente determinado y necesite tan sólo medidas de ejecución en un breve período de tiempo. Bajo estas circunstancias, la decisión del BCE conllevaría el riesgo de producir consecuencias que una vez aplicadas serían incorregibles, razón que franquea el control preventivo (34-35, BVerfG de 14 de enero).

Resuelta esta primera dificultad, el Tribunal Constitucional Federal entra de lleno en la necesidad de conocer la interpretación adecuada del Derecho de la Unión. Juicio de relevancia que ha de leerse inevitablemente como un avance de la inconstitucionalidad que padecerá el acto del BCE si no es anulado o interpretado de una determinada manera (11). En este sentido, es importante destacar que la pertinencia de elevar la cuestión prejudicial se sustenta sobre dos argumentos que operan de manera yuxtapuesta, con la intención evidente de cerrar el paso a una sentencia del Tribunal de Justicia que declinase su competencia.

El Tribunal Constitucional Federal entiende en primer lugar que la decisión a juicio, de no ser anulada por el Tribunal de Justicia, contradiría el mandato de independencia del BCE, orientado a la estabilidad de precios, al mismo tiempo que incumpliría la prohibición de ayudar financieramente a los Estados. Esta doble infracción del Derecho de la Unión supondría una ruptura clara y estructural del principio de atribución competencial, dándose así las condiciones que sostienen el control del Tribunal Constitucional y, por tanto, justificando la relevancia de la cuestión prejudicial. La claridad derivaría de la literalidad de los Tratados que atribuyen la base jurídica en política económica a los Estados, de manera que el BCE sólo puede apoyarla, pero no intervenir sobre ella; además, el derecho originario proscribía sin margen de duda la asistencia a los presupuestos estatales. Vulneraciones que a su vez serían estructurales, puesto que el BCE se inmiscuiría en las políticas de rescate definidas por los Estados, circunstancia

septiembre de 2011). Entonces el argumento utilizado fue que, a expensas de su hipotética aplicación en la República Federal, no se trataba de una potestad pública alemana susceptible de ser controlada en amparo.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el Tribunal General ha inadmitido una demanda (suscrita por más de cinco mil personas) contra la decisión del BCE —Auto von Storch y otros/BCE, T-491/12, ECLI:EU:T:2013:702, pendiente de casación—. En la sentencia se considera que la decisión del BCE no afecta directamente a los demandantes y está necesitada de una ulterior ejecución. Primero, afirma que la decisión del BCE sólo establece el marco de condiciones (ap. 35) de manera que habrá de esperarse a la ejecución para valorar si, tal y como alegan los demandantes, se perjudica su estado financiero (ap. 40) o se devalúa su patrimonio (ap. 42).

(11) Con razón se ha señalado que esta forma de exponer la cuestión prejudicial se aleja de un modelo cooperativo, BAST, *op. cit.*, pág. 180.

que vaciaría de sentido la potestad decisoria de los Parlamentos (40, BVerfG de 14 de enero). Y, al mismo tiempo, la dimensión estructural se haría patente en cuanto que la intervención del BCE a través de la compra de deuda rompería con el principio de autonomía presupuestaria de los Estados (43, BVerfG de 14 de enero), introduciendo el criterio de la compensación o redistribución financiera (*Finanzausgleich* 41, BVerfG de 14 de enero).

El Tribunal Constitucional Federal es bien consciente de que todo su esfuerzo argumentativo podría verse desbaratado si el Tribunal de Justicia determina que la decisión del BCE carece de efectos jurídicos y, por tanto, de la trascendencia que motivaría una cuestión prejudicial. Por ello arma un segundo motivo, referido a la responsabilidad constitucional de los órganos estatales para garantizar el respeto del programa de integración. El Tribunal vuelve a recordar que el Parlamento, el Gobierno, el Banco Central alemán, o cualquier otra institución estatal tienen constitucionalmente prohibido cooperar con actuaciones de la Unión que supongan una extralimitación competencial clara y estructural (49, BVerfG de 14 de enero). Y como ya hemos visto, el control del Tribunal Constitucional Federal debe activarse ante estos riesgos, puesto que el principio democrático garantiza al ciudadano alemán que las potestades soberanas se transferirán exclusivamente por el procedimiento previsto al efecto en el artículo 23 de la Ley Fundamental. Se escamotea el principio democrático cuando las instituciones de la Unión se atribuyen a sí mismas competencias o el Parlamento renuncia a ejercer los derechos y deberes que le reconoce el artículo 23 (52-54, BVerfG de 14 de enero).

b') *Los votos particulares*

La jueza Lübbe-Wolff y el juez Gerhardt centran su disidencia en la misma discrepancia: ¿puede un tribunal, a partir del derecho de sufragio, imponer deberes de actuación al Gobierno y al Parlamento en el desarrollo y ejecución de la normativa de la Unión? Ésta es, para ambos, la gran novedad de la decisión a la que formulan voto particular (16-18, Lübbe-Wolff; 5, Gerhart).

Lübbe-Wolff construye su crítica subrayando la inexistencia de una densidad normativa suficiente para deducir de la Ley Fundamental preceptos que determinen con precisión los deberes de actuación de los órganos constitucionales ante una medida de la Unión que cualificadamente rompa el marco competencial. La jueza entiende que el principio democrático, el Estado de Derecho y la división de poderes dan algunas piezas para fijar límites al control jurisdiccional. Las decisiones judiciales se justifican por la normatividad en la que se apoyan, cre-

ciendo la necesidad de determinar el parámetro cuando las consecuencias jurídicas y fácticas del fallo son irreversibles. Del mismo modo, el órgano jurisdiccional debe valorar las potestades de las que dispone para ejecutar su decisión y ha de proyectar su autocontrol antes sobre las causas de admisión que sobre la aplicación del parámetro de control. Finalmente, tiene que ser consciente de que los límites no pueden ser iguales para los tribunales nacionales e internacionales, pues sus presupuestos de legitimidad y competencias de ejecución son diferentes (5-10, Lübbe-Wolff). La jueza, desde estas premisas, concluye que el nuevo parámetro utilizado por la mayoría no se deduce ni del texto constitucional ni de la jurisprudencia (13, Lübbe-Wolff). Es más, considera que se aparta de una doctrina asentada del Tribunal, que inadmite recursos de amparo frente a inacciones, siempre que el reclamante no se apoye expresamente en un mandato constitucional que regule el contenido y la dimensión de la actuación debida (18, Lübbe-Wolff).

La posibilidad de determinar un deber a partir de la Ley Fundamental no se da en el supuesto sometido a juicio (20, Lübbe-Wolff). La paleta de medidas elegibles por los órganos constitucionales para reaccionar frente a los actos de la Unión es tan amplia, que la jueza duda de que se pueda formular un recurso judicial frente a una omisión cuyo resultado es necesariamente abierto (21, Lübbe-Wolff), tanto en las actuaciones posibles —¿salida de la Unión, reforma de los tratados, limitar los efectos de las medidas, recurso ante el Tribunal de Justicia? (26, Lübbe-Wolff)— como en la relación de rango entre ellas —¿se superponen, se yuxtaponen, son alternativas? (23, Lübbe-Wolff)—. Esta dificultad para encontrar un parámetro de juicio estable se traslada sobre las posibilidades de ejecución de la decisión, dado que el objeto de los deberes que supuestamente habrían de cubrir Gobierno y Parlamento sería complejo y de detalles difícilmente concretables en sede judicial (25, Lübbe-Wolff). Finalmente, la jueza señala que el Tribunal Constitucional Federal ha de tener en cuenta el hecho de que sus decisiones provoquen consecuencias más allá de Alemania. Se pregunta si para este tipo de asuntos basta la perspectiva de la democracia nacional y afirma que la mera posibilidad de que un juez alemán mediante la interpretación alemana del principio democrático pueda causar consecuencias incalculables es una anomalía de dudosa calidad democrática que debería provocar un cierto autocontrol (28, Lübbe-Wolff).

El juez Gerhart comienza recordando que la minusvaloración de las condiciones de admisión de una demanda arriesga la seguridad jurídica y abre la puerta a un control jurisdiccional general (2, Gerhart). A partir de aquí, considera que el artículo 38 de la Ley Fundamental impide un juicio sobre la ejecución *ultra vires* del Derecho de la Unión. Circunstancia que no cambia ante el

esfuerzo de la mayoría de exigir que el vicio competencial sea claro, de gravedad considerable o de significado estructural, pues todos ellos son conceptos abstractos que podrán situar al Tribunal Constitucional Federal en el ejercicio de un examen subrepticio y de escasa legitimidad democrática (6, Gerhart).

Así las cosas, según el juez Gerhart, la pregunta que la mayoría deja sin responder es por qué no basta con la construcción de la voluntad popular dentro y fuera del Parlamento para mantener las competencias o para tolerar un exceso competencial (8, Gerhart) y se hace preciso, por el contrario, conceder a cada ciudadano el derecho a reaccionar jurisdiccionalmente. A este respecto, Gerhart entiende que tanto la determinación de la existencia de un acto *ultra vires* cualificado (15, Gerhart), así como la elección de medios para afrontar una vulneración de soberanía, encajan dentro de la valoración política que corresponde al Gobierno y el Parlamento (11, Gerhart), que debe tener un margen de valoración amplio, puesto que este tipo de conclusiones no son evidentes y requieren tiempo para su clarificación (16, Gerhart). Un buen ejemplo al respecto es el supuesto sometido a examen, donde se hace patente la dificultad para distinguir la política monetaria de la económica, los fines y tareas del BCE, el sentido del carácter selectivo de sus medidas, o el valor de la decisión en el conjunto de las actuaciones de este órgano (17, Gerhart). Y a la misma conclusión llega el juez respecto a las decisiones que se han de adoptar para poner coto a un acto *ultra vires*, cuya efectividad dependerá de muchas circunstancias, entre otras, de una acción política inteligente (18). Finalmente, no discute Gerhart que el pleno del Parlamento ha de ocuparse de las cuestiones esenciales relativas a la integración europea, pero considera que es inviable deducir de esta premisa el derecho subjetivo a una determinada actuación parlamentaria (21, Gerhart).

2. El fallo de las decisiones

- a) La desestimación de las impugnaciones frente al Tratado MEDE, la Ley de Financiación y la Reforma del artículo 136.3 TFUE (12)

El principal reproche de inconstitucional de los recurrentes se centró en el Tratado MEDE y en la Ley de Financiación que lo acompañaba. Se planteó si de este conjunto normativo se derivan obligaciones de pago indeterminadas, va-

(12) A la impugnación del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, el Tribunal le dedica dos párrafos (243 y 244) para señalar simplemente que el Parlamento alemán no se ve afectado por las nuevas competencias de la Comisión.

ciando las competencias del Parlamento y vulnerando la identidad constitucional de Alemania. Entiende el Tribunal Constitucional Federal, sin embargo, que estas infracciones no se han producido. Valorar el nivel de responsabilidad pecuniaria asumible compete prioritariamente al legislador, mientras que la intervención del Tribunal sólo se justificará si la cantidad supone un riesgo evidente que obstaculice en el futuro el ejercicio real de las competencias parlamentarias (184 y 185, BVerfG de 18 de marzo). Tampoco estima la alegación que ponía en duda el principio de responsabilidad limitada, previsto en el artículo 8.5 del Tratado MEDE, puesto que el sentido de este precepto, incluso ante ampliaciones de capital, ha quedado reforzado por las declaraciones interpretativas de las partes contratantes y del Gobierno federal alemán, que subrayan la necesidad del consentimiento de los Estados para introducir nuevas obligaciones (187, BVerfG de 18 de marzo). El Tribunal Constitucional Federal remacha que está en manos de la propia República Federal cumplir los requerimientos de pago y evitar de este modo la suspensión de su voto. Así lo ha hecho hasta hora y en casos futuros entiende el Tribunal que las dificultades para atender los plazos de pago se solventarán en último extremo mediante la competencia presupuestaria extraordinaria que el artículo 112 de la Ley Fundamental reconoce al Ministro de Finanzas (204, BVerfG de 18 de marzo). Ciertamente, el Tribunal admite la posibilidad de que el MEDE incurra en pérdidas que motivarían requerimientos adicionales de capital, pero entiende que ese riesgo compete valorarlo al Parlamento. Además, la Cámara puede controlar y condicionar los riesgos del MEDE, sea influyendo sobre los MoU, que a fin de cuentas condicionan las ayudas, o sea terciando sobre los criterios generales de la política de inversión (217 y 218, BVerfG de 18 de marzo).

El Tribunal responde a las impugnaciones que ponen en tela de juicio la participación del Parlamento en las decisiones tomadas por el MEDE, concluyendo que la Cámara conserva un grado suficiente de incidencia a través del Gobierno federal. Primero, porque los artículos 4 y 5 de la Ley de Financiación han previsto la sujeción a las directrices parlamentarias del representante alemán en el Consejo de Gobernadores y en el Consejo de Administración (225, BVerfG de 18 de marzo). En segundo lugar, porque la posibilidad de que se amplíen los mecanismos de ayuda, de acuerdo con el artículo 19 del Tratado MEDE, ha de entenderse sometida a una autorización parlamentaria en virtud de los preceptos 2 y 4 de la citada Ley de Financiación. Regla general de autorización la de este último precepto, que sirve al Tribunal Constitucional Federal para salvar también la constitucionalidad de la solicitud de capital dispuesta en el artículo 8.4 del Tratado MEDE y que, por tanto, antes de atenderse necesitarían igualmente el consentimiento parlamentario (226-230, BVerfG de 18 de marzo).

El Tribunal Constitucional Federal igualmente desestima las dudas que se habían arrojado sobre los representantes alemanes en el Consejo de Gobernadores y en el de Administración. Comienza recordando que, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley Fundamental, toda autoridad decisoria está necesitada de legitimidad, la cual se logra de ordinario reconstruyendo la cadena que va desde la Administración dirigida por el Gobierno hasta el Parlamento que controla al Ejecutivo (234 y 235, BVerfG de 18 de marzo). Esta línea no debe romperse en la actividad exterior y de integración, aunque aquí ha de ser necesariamente menor si se quiere dotar de eficacia a la acción del Gobierno, menoscabo que se compensa asegurándose que los representantes dependen del Ejecutivo y, por tanto, subsumiendo su responsabilidad en la de éste (236, BVerfG de 18 de marzo). Con tal parámetro no hay ilicitud en la organización del MEDE, puesto que en el Consejo de Gobernadores se sentará el Ministro de Finanzas, nombrado por la Canciller; y al Consejo de Administración acudirá el Secretario de Estado, obligado en virtud del artículo 33.4 de la Constitución a realizar un leal desempeño de sus funciones (239-242, BVerfG de 18 de marzo).

El Tribunal Constitucional se detiene también en el juicio de constitucional de la reforma operada sobre el artículo 136 TFUE y desestima los reproches, en la medida que el precepto no establece mecanismos financieros ni habilitaciones presupuestarias en favor de otros actores. Trata tan sólo de prever un mecanismo de estabilidad mediante ayudas financieras con fundamento de Derecho internacional, que confirma el dominio duradero de los Estados sobre los Tratados (179, BVerfG de 18 de marzo). Con todo, el Tribunal Constitucional admite que el nuevo apartado tercero del artículo 136 TFUE y el MEDE significan una transformación fundamental de la originaria unión económica y monetaria, pues se separa, aunque sea con intensidad limitada, del principio de autonomía de los presupuestos nacionales. Sin embargo, no se abandona la dirección estabilizadora, dado que se mantienen los elementos esenciales de la unión monetaria: la independencia del BCE, su objetivo prioritario dirigido a la estabilidad de precios y la prohibición de ayudas financieras (180, BVerfG de 18 de marzo). En definitiva, el nuevo precepto posee carácter excepcional y no libera de la disciplina presupuestaria. Acatado este margen, la decisión de extender la unión monetaria a las medidas de estabilización pertenece al ámbito de valoración de los órganos constitucionales correspondientes, que el TCFA ha de respetar (181, BVerfG de 18 de marzo).

- b) El planteamiento de una cuestión prejudicial respecto a la decisión del BCE de comprar en los mercados secundarios deuda pública de ciertos Estados miembros (13)
- a') *La decisión del BCE de comprar deuda pública es una actuación de la Unión que rebasa sus competencias de manera clara y estructural*

La argumentación del Tribunal Constitucional se construye delimitando la política monetaria, que corresponde al Sistema de Bancos Centrales (SBC), y la económica, reservada a los Estados miembros. En relación a la primera, el Tribunal se esfuerza en destacar la especial importancia del principio de atribución en la actuación del SBC, pues es el único modo de salvar la contradicción que estas instituciones presentan a la luz del criterio democrático, en cuanto que su independencia supone una limitación de la participación política (59, BVerfG de 14 de enero). Por todo ello, sometidas al principio de atribución, medidas como la compra de deuda, que tienen influencia sobre la estabilidad de la zona euro, no pueden ser subsumidas bajo la política monetaria (64, BVerfG de 14 de enero). Y, con igual fundamento, cualquier ayuda financiera es extraña a los instrumentos típicos de este ámbito, a saber, la fijación de intereses y la emisión de dinero (65, BVerfG de 14 de enero).

Establecido este contraste, el Tribunal Constitucional Federal concluye que la decisión del BCE invade la competencia de los Estados, sin encontrar habilitación suficiente, sea en la política monetaria, sea en el reducido apoyo a la política económica que se reconoce al BCE. Las razones se construyen sobre la interpretación que el Tribunal hace de la decisión objeto de control. Señala que, de acuerdo con las alegaciones realizadas por el BCE, el objetivo inmediato de

(13) En las páginas que siguen anotaré a pie de página las réplicas que se han planteado a la argumentación del Tribunal Constitucional Federal. Pero éste no se mueve en la soledad y sus argumentaciones encuentran respaldo en una serie de trabajos que la precedieron. En mi opinión influye significativamente la argumentación del profesor Murswiek, letrado de uno de los recurrentes y cuyas alegaciones contienen los argumentos esenciales que luego seguirá el Tribunal, MURSWIEK, Dietrich (2012): *Erweiterung der Verfassungsbeschwerde wegen OMT-Programm der EZB und Target-Salden*, disponible en <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/oeffr3/forschung/gutachten>. También se reflejan, aunque en aspectos puntuales, los argumentos de SEIDEL, Martin (2010): «Der Ankauf nicht markt—und börsengängiger Staatsanleihen, namentlich Griechenlands, durch die Europäische Zentralbank und durch nationale Zentralbanken— nur rechtlich fragwürdig oder Rechtsverstoß?», *EuZW*, págs. 521-522, y SIEKMANN, Helmut (2012): «Missachtung rechtlicher Vorgaben des AEUV durch die Mitgliedstaaten und die EZB in der Schuldenkrise», *Working Paper Series*, núm. 65, Institute for Monetary and Financial Stability, Goethe University Frankfurt am Main.

la compra de deuda es neutralizar la prima de riesgo y facilitar la refinanciación ante una escalada irracional de intereses (70, BVerfG de 14 de enero). Pero si lo que se pretende es salvar la zona euro, entonces habrá que concluir, según el Tribunal Constitucional Federal, que se trata de una intervención en la política económica de los Estados (72, BVerfG, de 14 de enero). Además, el Tribunal subraya el carácter selectivo de la medida, que sólo compra deuda de ciertos Estados en detrimento de los restantes (14), apartándose también de las actuaciones habilitadas en política monetaria, que consisten en una influencia indirecta a través del tipo de interés básico y la determinación de las reservas bancarias (15) (73, BVerfG de 14 de enero). Asimismo, el hecho de que la adquisición de deuda esté condicionada, al quedar engarzada a la solicitud por parte de un Estado de un programa de ayuda del MEDE (16), muestra cómo va más allá de la política monetaria. Ese paralelismo puede desembocar en una circunvalación de la propia regulación del MEDE, puesto que la adquisición de deuda por el BCE dejaría sin sentido las estrictas condiciones que el artículo 18 del Tratado

(14) Esta posición se critica alegando que si el mercado de deuda es fragmentario (en tanto que no existan eurobonos) la adquisición sólo puede ser selectiva, HEUN, Werner (2014): «Eine verfassungswidrige Verfassungsgerichtsentscheidung – der Vorlagebeschluss des BVerfG vom 14. 1. 2014», *Juristenzeitung*, núm. 7, págs. 331-337, en especial pág. 335. La intervención del BCE ha de entenderse como un esfuerzo por superar esa fragmentación, THIELE, Alexander (2013): *Das Mandat der EZB und die Krise des Euro*, Mohr Siebeck, pág. 69. El BCE señala que en los Tratados no existe ningún principio de no discriminación por motivos de nacionalidad en la política monetaria y que esto es así porque tal política no se despliega en razón de nacionalidades sino en atención a toda la zona monetaria, aunque pueda optarse por un fraccionamiento (compra selectiva de deuda) para reparar los mecanismos de transmisión allí donde no funcionan adecuadamente. Además, señala cómo la prohibición de compras selectivas funciona en aquellos Estados federales, por ejemplo, los EE.UU., donde junto a las deudas de los Estados, existe una deuda común que es la única que puede comprar la Reserva federal, EUROPÄISCHE ZENTRALBANK (2013): *Stellungnahme Europäische Zentralbank – Prof. Schorkopf*, págs. 42 y sigs., disponible en <http://www.handelsblatt.com/downloads/8135244/3/EZB%20Gutachten>.

(15) Sin embargo, tanto la doctrina como la práctica de los bancos centrales consideran la compra de deuda un instrumento ordinario de política monetaria. La disputa reside en determinar la cantidad adecuada y su utilidad en crisis asimétricas —decisiones claramente de oportunidad—, en referencia al debate, THIELE, *op. cit.*, pág. 60. No obstante, el *OMT Programm*, respecto a otras compras realizadas por el BCE, tendría la particularidad de ser ilimitado en la cantidad (rasgo que lo diferenciaría del programa que lo precedió, el *Securities Markets Programm*), condicionado al MEDE y adquiridas por el BCE con el régimen de un inversor privado. Es la condicionalidad la que ha permitido al BCE reformular su relación con los Estados, BEUKERS, Thomas (2013): «The new ECB and its relationship with the Eurozone», *Common Market Law Review*, vol. 50, págs. 1579-1620, en especial 1598 y sigs.

(16) Creo que lleva razón HEUN, *op. cit.*, 335, cuando señala que si el BCE no actúa en paralelo al MEDE estaría socavando la política económica de los Estados miembros. En definitiva, o actúa en paralelo o incurre en ilegalidad.

MEDE estipula para la toma de títulos públicos en los mercados secundarios (75-77, BVerfG de 14 de enero). Finalmente, la decisión del BCE podría tener una doble consecuencia ilícita. De un lado, convertiría en ilimitadas las ayudas del MEDE, pues en nada convence al Tribunal Constitucional Federal la alegación del BCE de que su programa tiene una barrera fáctica en su voluntad de que no dure más de tres años y sólo se adquirirá deuda ya emitida. Y, por otro, el BCE pone en riesgo su independencia al implicarse en los programas MEDE, ya que el grueso de estas ayudas las debe ejecutar la Comisión (17) (81-83, BVerfG de 14 de enero).

b') *La decisión del BCE de comprar deuda pública en los mercados secundarios vulnera la prohibición de ayuda financiera a los presupuestos estatales*

La segunda duda de validez de la decisión del BCE gira en torno a su conformidad con la prohibición prevista en el artículo 123 TFUE que, como es sabido, impide al BCE cubrir deudas de las instituciones públicas estatales. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal se apoya en la interpretación teleológica que el Tribunal de Justicia, en el asunto *Pringle*, realizó del artículo 125 TFUE, y con la misma metodología se esfuerza en argumentar que el 123 TFUE incorpora una proscripción general de ayuda financiera a los presupuestos, de suerte que incurrirían en desviación de poder aquellas medidas que usando técnicas distintas a la intervención en el mercado primario (expresamente prohibida), en el fondo buscasen el sostenimiento de las finanzas públicas (85 y 86, BVerfG de 14 de enero).

Sentada esta premisa, el Tribunal Constitucional Federal procede a determinar en qué medida la decisión del BCE circunvala la prohibición general de ayuda financiera a los Estados. Así, considera que la renuncia del BCE a ocupar una situación de acreedor privilegiado, le obligará en el futuro a aceptar descuentos en la deuda (18), vulnerando el artículo 123 TFUE (88, BVerfG de

(17) La réplica del BCE básicamente se concentra en señalar, primero, que la continuidad del programa de compra de deuda necesita siempre una valoración del BCE; segundo, que su posición institucional queda preservada pues no asume potestades decisorias y sus efectos vinculan únicamente al MEDE; y, tercero, que su terminación es automática si el Estado miembro no cumple las condiciones impuestas a través del MEDE o no tiene acceso a los mercados secundarios, EUROPÄISCHE ZENTRALBANK, *op. cit.*, págs. 30 y sigs.

(18) Este riesgo cierto, fruto no de una decisión unilateral del BCE sino de la decisión mayoritaria de los acreedores, en verdad refleja que el BCE estaría actuando como un actor más del

14 de enero). Igualmente, el BCE acomete operaciones con alto riesgo de pérdida en la medida que adquiere deuda de baja solvencia y limpia los balances de los bancos privados, convirtiéndose, en definitiva, en un «banco malo» que financia los presupuestos estatales (19) (89, BVerfG de 14 de enero). La posibilidad de que el BCE conserve la deuda pública hasta su vencimiento (20), sin deshacerse de ella anticipadamente, provocará una reducción de títulos en el mercado secundario y una elevación del valor del papel de ese Estado, causando así indirectamente una ayuda financiera contraria al 123 TFUE (90, BVerfG de 14 de enero). Y del mismo modo, el Tribunal Constitucional Federal señala cómo el BCE influye en la formación de los precios, bien adquiriendo en los mercados secundarios una gran cantidad de deuda pública en muy poco tiempo, bien animando a los inversores a comprar deuda al dar a entender que el BCE operará como pagador de última instancia (21) (92-94, BVerfG de 14 de enero). Hay, finalmente, una importante coda del Tribunal Constitucional Federal en la que refleja su confianza en el rigor del mercado frente a las perturbaciones que

mercado y debilitaría la tesis de que está interviniendo para ayudar expresamente a un Estado, HEUN, *op. cit.*, pág. 336. Que el artículo 123 TFUE prohíba la compra de deuda en los mercados primarios, se explica porque en ellos el BCE actúa como actor público; así, que el mismo precepto guarde silencio respecto a los mercados secundarios tiene relación con el hecho de que en ellos el BCE es formalmente un inversor privado más (aunque cuantitativamente tenga una capacidad de compra potencialmente ilimitada), THIELE, *op. cit.*, pág. 64.

(19) ¿Es una deuda pública desvalorizada un instrumento negociable y, por tanto, adquirible por el BCE, según el artículo 18.1 de su Estatuto? Parte de la doctrina trabaja con un concepto económico, por lo cual no sería negociable. Sin embargo, otro sector utiliza un concepto jurídico —cualquier título mercantil circulante en un mercado organizado—, por lo que la compra sería conforme a derecho, para la discusión THIELE, *op. cit.*, pág. 61. El BCE parece utilizar un concepto mixto, pues no le basta que circule en un mercado, sino que ha de tener precio de mercado, EUROPÄISCHE ZENTRALBANK, *op. cit.*, pág. 9.

(20) El artículo 18 de los Estatutos del Sistema de Bancos centrales ofrece, sin duda, una interesante duda conceptual. La versión inglesa dispone que el BCE puede operar en los mercados financieros «buying and selling outright (spot and forward) or under repurchase agreement and by lending or borrowing», refiriéndose a una forma de transmisión, aquella que se realiza con efectivo. Ésta sería también la idea que se deduce de la versión española «comprando y vendiendo directamente». Sin embargo, la versión alemana parece referirse a la posibilidad de compras hasta el vencimiento («börsengängige Wertpapiere sowie Edelmetalle endgültig (per Kasse oder Termin) oder im Rahmen von Rückkaufsvereinbarungen kaufen und verkaufen»). Que podría ser también el sentido del adjetivo «firme/ferme», utilizado en las versiones portuguesas y francesas, y el italiano «a titolo definitivo».

(21) Simple y llanamente no existe ningún instrumento del BCE que no incida en mayor o menor medida sobre los precios del mercado, HEUN, *op. cit.*, pág. 336. Por eso el BCE se esfuerza en señalar que su intención no es alterar los precios de mercado, sino precisamente restituirlos, acercándolos a los elementos fundamentales de las economías nacionales y evitando alzas debidas al temor de una quiebra del euro, EUROPÄISCHE ZENTRALBANK, *op. cit.*, pág. 32.

causa la mano pública. En sus alegaciones, el BCE intentó justificar el fundamento jurídico de la medida, indicando que sin ellas carecería de instrumentos para lograr la transmisión monetaria que le permite determinar el precio del dinero (22). El Tribunal rechaza este argumento con una contundente declaración en la que afirma que los tipos de interés son siempre consecuencia de las expectativas de los actores del mercado, de ahí que identificar causas concretas y querer neutralizarlas supone una intervención arbitraria (98, BVerfG de 14 de enero).

c') *La puerta abierta a una interpretación conforme*

La firmeza argumentativa del Tribunal Constitucional Federal, sin embargo, no se traduce en una conclusión definitiva. El Tribunal avanza expresamente la posibilidad de una interpretación conforme de la decisión del BCE. Para ello tiene por necesario que la compra de deuda no se lea vinculada y condicionada por el MEDE, y que a su vez, la ejecución suponga adquisiciones que no conlleven descuentos de deuda, vea la compra ilimitada, se formalice en tiempos regulares y no se mantenga hasta su vencimiento, impidiendo interferir en los precios del mercado (23) (100, BVerfG de 14 de enero). En pura lógica, el Tribunal Constitucional Federal termina declarando que sólo una vez recibida la sentencia del Tribunal de Justicia, podrá pronunciarse sobre la constitucionalidad de la decisión del BCE y de las omisiones de los órganos constitucionales para con el proyecto de integración (102, BVerfG de 14 de enero).

II. LOS CONFINES DE LA DEMOCRACIA Y LA SOLIDARIDAD

1. *El principio de democracia nacional y sus límites*

La intención primordial del Tribunal Constitucional Federal ha sido siempre la de definir y asentar la posición constitucional de los Estados miembros, o al

(22) EUROPÄISCHE ZENTRALBANK, *op. cit.*, pág. 20.

(23) En la doctrina se ha señalado que estas condiciones, salvo la referida al descuento, no pueden contrastarse, de ahí que difícilmente funcionen como verdaderos límites jurídicos, SCHNEIDER, Karsten (2014): «Questions and Answers: Karlsruhe's Referral for a Preliminary Ruling to the Court of Justice of the European Union», *German Law Journal*, núm. 2, vol. 15, 2014, págs. 217-240, pág. 233.

menos de Alemania, en el proceso de integración (24). Para ello, como queda bien claro en las decisiones que se han expuesto en las páginas anteriores, se utiliza una intachable apelación al origen popular del poder público. Sin embargo, ya desde la sentencia Maastricht, se hizo patente que el Tribunal leía el artículo 20 de la Ley Fundamental a la luz de una teoría política específica (25). Más de veinte años después, conviene volver a recordar el caudal subterráneo que nutre su jurisprudencia (26).

Arranca con el principio democrático y su proyección en el derecho de sufragio activo de los ciudadanos (alemanes), que, en aras a preservar la naturaleza popular de todo el poder público, han de conservar siempre a través del Parlamento un espacio de influencia. Sin embargo, el concepto de pueblo que sostiene la precomprensión del Tribunal Constitucional Federal se encierra en los contornos de una idea ontológica, por la cual el pueblo alemán existe gracias a una lengua, una cultura y una historia común (27). El pasado manda y no cabe la conformación espontánea, no basta la mera voluntad de querer estar juntos. En definitiva, el pueblo es un fenómeno empírico movido por fuerzas ajenas a las normas, antes que un elemento jurídico donde el ordenamiento define y conforma a la entidad popular. Dada esta realidad prejurídica, al Estado le corresponde proteger su existencia a través del monopolio de la fuerza. Y la ley constitucional, con su rango de norma suprema, ordena y racionaliza al Estado (28).

(24) El propio Tribunal Constitucional Federal señala el éxito de su doctrina en relación a su impacto en otros tribunales (30, BVerfG de 14 de enero). Un análisis completo en los diversos tribunales puede verse en VECCHIO, Fausto (2012): *Primacía del derecho europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales. Consecuencias asimétricas de la europeización de los contra-límites*, tesis doctoral defendida en la Universidad de Granada (dirs. F. Balaguer/V. Pereira).

(25) Se ha señalado expresamente su origen schmittiano, PERNICE, Ingolf (1995): «Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration», *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 120, págs. 100-120, y WEILER, Joseph W. W. (1995): «Der Staat "über alles". Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts», *Jean Monnet Working Paper*.

(26) El profesor Kirchhof, entonces juez constitucional, desgranó los presupuestos que enmarcaban la intensificación del control sobre el proceso de integración, superando la línea de equilibrio que se había alcanzado en la llamada doctrina *Solange*, tomada en su momento como un gesto deferente ante el Derecho de la Unión, en tanto que ésta tuviese garantías jurídicas comparables a las de la Ley Fundamental. Sus obras de referencia al respecto son «Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten» (vol. I, 2.ª ed., 1995), y «Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration» (vol. II, 2.ª ed., 1994), en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, coord. Isensee/Kirchhof, C. F. Müller.

(27) KIRCHHOF, *op. cit.* (1994), pág. 865 y *op. cit.* (1995), pág. 797.

(28) ISENSEE, Joseph (1995): «Staat und Verfassung», en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 2.ª ed., coord. Isensee/Kirchhof, C. F. Müller, en especial págs. 592 y 633.

La sentencia Maastricht proyectó sobre el proceso de integración esta teoría democrática. La clave consistía en determinar si el espacio europeo ofrecía indicios objetivos que permitiesen distinguir un pueblo europeo, pues sólo así ganaría pleno sentido dentro de la Unión el principio democrático. La respuesta es de sobra conocida: no existe un pueblo europeo, por tanto, la legitimidad democrática de la Unión sólo puede encontrarse en los pueblos nacionales (29). En el caso alemán, además, el acto de autorización encuentra límites específicos, manifestados con detalle en la primera parte de este trabajo y que abarcan la prohibición de autorizaciones en blanco o imprecisas, el vaciado de competencias del Parlamento o la identidad constitucional. Barreras que corresponden garantizar, de un lado, al Tribunal Constitucional Federal, valiéndose de una amplia concepción del recurso de amparo y, de otro, a los restantes órganos constitucionales, que deben reaccionar ante una crasa vulneración de las prescripciones constitucionales.

Así las cosas, el proceso de integración goza esencialmente de una legitimidad jurídica. Es por ello que se recurre habitualmente a la teoría de las normas para explicar que el ordenamiento de la Unión es derivado en tanto que debe su instauración al acto fundacional que propician los Parlamentos nacionales (30). Lo interesante es que tal relación subordinada se construye sobre la mecánica clásica de la delegación, en la que los poderes delegantes (los Estados) delimitan

(29) Por todos, KIRCHOFF, Paul (1994b): «Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts», en *Der Staatenverbund der Europäischen*, dir. Hommelhoff/Kirchhof, C. F. Müller, en especial págs. 11 y 14. Unión de Estados (*Staatenverbund*), antes que Estado federal, sería el concepto adecuado para describir el proceso de integración. Para un mayor detalle, en nuestra lengua sigue siendo fundamental el libro de LÓPEZ CASTILLO, Antonio (1996): *Constitución e integración*, CEC, en especial págs. 343-360 y 471-489.

(30) La antítesis a la posición del Tribunal Constitucional Federal la compendrían aquellas posiciones que defienden una autonomía originaria del ordenamiento de la Unión, por ejemplo, EVERLING, Ulrich (1995): «Zur Stellung der Mitgliedstaaten der Europäische Union als Herren der Verträge», en *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für R. Bernhardt*, dir. Beyerlin/Bothe/Hofmann/Petersmann, Springer, y OPPERMAN, Thomas (1994): «Zur eigenart der Europäischen Union», en *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, dir. Hommelhoff/Kirchhof, C. F. Müller, Heidelberg. Actualmente, sin embargo, dominan las tesis del pluralismo constitucional, cuyos defensores, al margen de los matices, defienden una ordenación no jerárquica entre los ordenamientos, también a modo de ejemplo, WALKER, Neil (2002): «The Idea of Constitutional Pluralism» *Modern Law Review*, vol. 65, núm. 2, págs. 317-359, y MADURO, Miguel (2012): «Three Claims of Constitutional Pluralism», en *Constitutional Pluralism and Beyond*, Avbelj y Komárek (eds.), Oxford, Hart Publishing. No debe pasarse por alto, sin embargo, que la reciente crisis económica ha puesto de manifiesto las limitaciones explicativas de estas teorías normativas, útiles para resolver conflictos entre disposiciones jurídicas, especialmente entre preceptos que reconocen derechos fundamentales, pero débiles a la hora de responder a la pregunta sobre el ámbito de actuación necesario de la Unión y de los Estados.

el ámbito de actuación del poder delegado (la Unión) y, sobre todo, mantienen de forma permanente la potestad para revocar en todo o en parte esa delegación. Es decir, las partes, unilateralmente, pueden resolver en última instancia los conflictos frente al ente central. Aquí reside, en mi opinión, la consecuencia práctica de la doctrina Maastricht, que, obviamente, es radicalmente distinta a los modelos en los que las disputas de los entes periféricos con el central se solventan mediante una institución compartida (jurídica o política) a cuya decisión se le da un innegable carácter vinculante (31).

Pese a las zonas oscuras de la teoría democrática que alimenta la doctrina Maastricht, la verdad es que se ha mantenido firme y, a día de hoy, el principio de democracia nacional impregna los Tratados, estructurando el reparto de responsabilidades entre los Estados y la Unión (32). Pero también avanza un escalón más configurando el sistema de gobierno de la Unión, definido por la democracia representativa (art. 10). Es bien sabido, sin embargo, que la operatividad de la democracia nacional atraviesa prácticamente todo el proceso de toma de decisiones. Creo que merece la pena hacer un breve recordatorio de los tres modelos que se yuxtaponen dando forma al sistema de gobierno de la Unión —intergubernamental, democracia supranacional e independencia técnica— para enfocar con precisión hacia dónde se dirigen finalmente las resoluciones judiciales objeto de este análisis.

El modelo intergubernamental es la máxima garantía del principio de democracia nacional, pues reserva a todos los Estados una potestad de veto. Indiscutiblemente, ha ido perdiendo peso en los procesos ordinarios de toma de decisiones, pero conserva toda su importancia en la reforma de los Tratados y en las reservas que puntualmente hace el Tratado a los procedimientos legislativos especiales o a esa fuente tan particular que son las decisiones necesitadas de aprobación constitucional estatal. Debe además señalarse que la sentencia *Pringle* ha abierto la puerta a una potenciación del intergubernamentalismo, facilitando estructuras jurídico-políticas paralelas a la Unión, si bien distintas por cuanto que los elementos supranacionales se debilitan, tanto

(31) Ésta es, sin duda, la idea central de la doctrina Foto-Frost en su relectura de la cuestión prejudicial, Sentencia Foto-Frost, C-314/85, EU:C:1987:452.

(32) Ahí está el mandato de atribución competencial como eje del sistema, flanqueado, tras Lisboa, por un elenco competencial que lo dota de precisión; la reserva a favor de los Estados de las competencias no atribuidas a la Unión; la protección de la identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados; y el respeto a sus funciones esenciales. En el siguiente epígrafe intentaré mostrar la conexión entre el principio de democracia nacional y el de división funcional.

en lo referente a la toma de decisiones, como en lo relativo a la sujeción al Derecho (33).

La democracia supranacional o el equilibrio institucional no recibe una definición unívoca y seguramente su conceptualización se hace más precisa en negativo, cuando se estudia en contraposición al intergubernamentalismo. Sin duda, el proceso legislativo ordinario neutraliza la potestad de veto de los Estados; ahora bien, sería un error concluir que el principio de democracia nacional desaparece. En gran medida, los largos estadios preparatorios en el Coreper, las dinámicas de dobles lecturas y la ubicuidad de la Comisión están encaminados a propiciar el consenso y evitar a toda costa situar a uno o varios Estados miembros en el imaginario de la minoría política. No obstante, en el supuesto de que un Estado quede relegado, la democracia supranacional también le ofrece garantías jurídicas —el recurso de legalidad—, políticas —el principio de subsidiariedad— e incluso normativas —las reservas de directivas que trufan el TFUE y que le aseguran un espacio normativo propio—.

La independencia técnica, básica desde los inicios del proceso de integración, es el tercer modelo que organiza la toma de decisiones en la Unión. Huelga recordar la importancia de la Comisión y del Tribunal de Justicia, y basta con subrayar que el BCE se incardina perfectamente en este paradigma. Y, entonces, ¿qué lugar ocupa en este modelo el principio de democracia nacional? Cualitativamente menor en comparación con los otros dos. Se garantiza la presencia de un nacional de cada Estado miembro, pero el deber de independencia vacía cualquier tentación representativa. Queda, no obstante, la posibilidad del control jurisdiccional a instancias del Estado miembro que se considere perjudicado. Ahora bien, si este control es pleno respecto a los actos de la Comisión, ofrece serias dudas de admisibilidad en relación con algunas decisiones del BCE (34) y es imposible frente al Tribunal de Justicia —al menos hasta que no se ratifique el CEDH—. Es así fácil comprender, entonces, que la intervención del Tribunal Constitucional Federal esté básicamente destinada a reforzar el principio de democracia nacional en este tercer modelo.

(33) PEERS, Steve (2013): «Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework», *European Constitutional Law Review*, núm. 1, vol. 9, págs. 37-72, en concreto págs. 49 y sigs.; DAWSON, Mark, y DE WITTE, Floris (2013): «Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis», *Modern Law Review*, núm. 5, vol. 76, págs. 817-844, en especial pág. 830; CHITL, Edoardo, y TEXEIRA, Pedro G. (2014): «The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis», *Common Market Law Review*, vol. 50, págs. 683-708, págs. 685 y 695.

(34) Véase, por ejemplo, el Auto von Storch ya citado.

La comparación de las dos resoluciones expuestas en el epígrafe anterior muestra con claridad la distinta intensidad de control del Tribunal Constitucional Federal en atención al origen de la medida enjuiciada. Materialmente no parece haber diferencia sustancial entre el instrumento de apoyo del mercado secundario previsto en el artículo 18 del Tratado MEDE, que permite «la realización de operaciones en el mercado secundario en relación con los títulos de deuda soberana de un miembro [...]» y las adquisiciones de esa deuda en el mercado secundario por parte del BCE. La distinción relevante, según el Tribunal Constitucional Federal, es procedimental, puesto que las intervenciones del MEDE requerirán, con mayor o menor grado, decisiones parlamentarias, mientras que la actuación del BCE depende únicamente de esta institución (35).

Es por ello que el Tribunal Constitucional Federal termina diluyendo el control sobre el Tratado MEDE. Primero, admitiendo un amplio margen de valoración legislativa en la asunción de obligaciones presupuestarias. No puede ser de otro modo, pues de lo contrario se incurriría en la paradójica argumentación que hace del principio democrático —entendido como participación necesaria del Parlamento— parámetro de la propia decisión de la Cámara. Consciente del peligro de tautología, el Tribunal reduce este control, que se desplegará únicamente cuando exista el riesgo claro de que una decisión parlamentaria impida en el futuro el ejercicio de las competencias de la Cámara. Pero, en segundo lugar, también se difumina el examen al salvar la legitimidad de las medidas ejecutivas del MEDE a través de la conexión con el Gobierno Federal de los miembros alemanes de esta institución, de manera que su control parlamentario sería una intervención suficiente de la Cámara.

Esta laxitud final del parámetro de control, habitual en el Tribunal Constitucional Federal cuando enjuicia los Tratados, no se da, sin embargo, en la evaluación de la decisión del BCE. En nada sirve que esta institución pueda reclamar su reconocimiento directo por los Tratados fundacionales como razón que justificaría la excepción a la cadena de legitimidad clásica Administración-Gobierno-Parlamento-momento electoral. Tampoco basta que en sus decisiones intervenga el representante alemán del *Bundesbank*, cuya independencia —de nuevo, la ruptura de la cadena clásica— tiene anclaje directo en la Ley Fundamental. Ni es suficiente que el Parlamento Europeo pueda exigir la comparecencia de cualquier miembro del Comité Ejecutivo del BCE (art. 284.3 TFUE). Habría que concluir que para el Tribunal Constitucional Federal, fuera de la

(35) En el mismo sentido, MURSIWIK, Dietrich (2014): «ECB, ECJ, Democracy, and the Federal Constitutional Court: Notes on the Federal Constitutional Court's Referral Order from 14 January 2014», *German Law Journal*, núm. 2, vol. 15, págs. 147-167, en concreto 149.

democracia parlamentaria, no hay legitimidad posible, o ésta sólo es viable bajo la premisa de una delegación estricta, donde el órgano sin conexión parlamentaria desempeña tareas ejecutivas precisamente delimitadas. Evidentemente, el Tribunal intenta salvar el principio de democracia nacional allí donde titubeaba: en las instituciones técnicas independientes.

Al margen de la solidez argumentativa del Tribunal Constitucional Federal, me parece innegable que nos obliga a reflexionar sobre dos interrogantes constitucionales de máxima actualidad e importancia. Uno, referido al lugar constitucionalmente adecuado que corresponde a los órganos independientes de carácter técnico, en especial a los bancos centrales. Algo diré sobre ello en el epígrafe siguiente. Y, otro, que en mi opinión es la premisa previa del anterior, consiste en volver en torno al dilema clásico del constitucionalismo: qué características ha de tener un régimen constitucional para que la minoría acepte como vinculante (expresión de la voluntad popular, en nuestro caso, del interés comunitario) la decisión de la mayoría (36).

Las técnicas tradicionales —alternancia electoral y control de constitucionalidad— son insuficientes para resolver el problema en estructuras políticas descentralizadas donde la potencial minoría no es un bloque ideológico, sino un sujeto con identidad política y constitucional. Para resolver esta dificultad, existen garantías jurídicas y políticas. Dentro del primer orden, lo habitual es estipular un órgano jurisdiccional que aplica con valor de cosa juzgada la distribución de competencias fijadas en una norma diseñada por todas las partes. En la vía política se busca siempre la participación de las unidades territoriales en las decisiones del conjunto, sean ordinarias o constitucionales. En determinadas circunstancias excepcionales, además, se arbitra una potestad de bloqueo, con un derecho de veto, que impide la entrada en vigor de nuevas normas, o una facultad de descuelgue, que limita la eficacia territorial de algunas reglas. Como ya se ha visto al repasar los modos del sistema de gobierno, creo que el Derecho de la Unión ofrece suficientes garantías tanto jurídicas como políticas. Incluso configura un derecho de salida que asegura al ente periférico la desvinculación plena, pero, a la vez, le hace presente el carácter vinculante del Derecho central, pues muestra claramente a los disidentes que la única alternativa a la salida es el deber de cumplimiento (y no la obediencia selectiva).

Bajo la luz de este contexto, en mi opinión, lo llamativo de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal es la pretensión de construir la justificación de

(36) Por todos, HESSE, Konrad (1966): «Democracia», en su recapitulación *Escritos de Derecho Constitucional*, eds. P. Cruz Villalón/M. Azpitarte Sánchez, Fundación Coloquio Jurídico Europeo/CEPC, 2011, págs. 138 y sigs.

una garantía adicional: la facultad de los órganos constitucionales de un Estado miembro para apartarse de las normas de la Unión, incluidas las resoluciones del Tribunal de Justicia. Sin duda, tal potestad de no aplicación (37) amenaza la concepción de la Unión como una comunidad jurídica y pone en riesgo la propia posibilidad de una democracia supranacional.

La apelación del Tribunal Constitucional Federal al deber constitucional de reacción frente a los actos de la Unión que de forma clara y estructural están quebrando la división competencial, reivindica *de facto* una potestad para seleccionar el Derecho aplicable. La consecuencia obvia de este postulado es la disolución de las condiciones que hacen posible la existencia de un ordenamiento. Cuando la voluntad del destinatario se convierte en la razón que justifica o niega la vinculatoriedad de una disposición, entonces resulta imposible hablar con propiedad de sistema jurídico objetivo (38). En definitiva, el principio de democracia nacional sostenido por el Tribunal Constitucional Federal acaba poniendo en crisis la condición de la Unión como comunidad de Derecho. Y a nadie se le escapa que esta quiebra es la puerta de entrada a la vieja razón de Estado, antítesis de cualquier patrón de regularidad y certeza (39). Una razón de Estado

(37) Distinta en grado a la tradicional amenaza de un control de constitucionalidad sobre el derecho derivado. Riesgo que casi siempre ha girado en torno a los derechos fundamentales, lo cual, creo, da un amplio margen para el diálogo entre jurisdicciones y para, en su caso, arbitrar soluciones con declaraciones de vulneración de un derecho sin nulidad de la norma europea. No obstante, ya en Chequia se había vivido un supuesto control *ultra vires* véase KOMÁREK, Jean (2012) «Playing with matches: The Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU *Ultra Vires*»; Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, *Slovak Pensions XVII*, *European Constitutional Law Review*, núm. 8, págs. 323-337; ZBÍRAL, Robert (2012): «A legal revolution or negligible episode? Court of Justice decision proclaimed *ultra vires*», *Common Market Law Review*, vol. 49, págs. 1475-1492; RODRÍGUEZ-ÍZQUIERDO SERRANO, Miriam (2013): «Diálogo entre jurisdicciones, *ultra vires* y rabetas: comentario a la Sentencia de 31 de enero de 2012 del Tribunal Constitucional Checo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, págs. 371-398, lo cual, creo, da un amplio margen para el diálogo entre jurisdicciones y para, en su caso, arbitrar soluciones de declaraciones de vulneración de un derecho sin nulidad de la norma europea.

(38) Sobre la incoherencia entre unanimidad y sistema jurídico, por todos, KELSEN, Hans (1929): *De la esencia y el valor de la democracia*, trad. J. L. Requejo Pagés, KRK, 2009, pág. 46.

(39) Cabría, no obstante, leer esta resistencia del TCFA como parte de una estrategia «democrática radical» encaminada al «salvamento nacional de la Unión» a partir de las «Constituciones nacionales democráticas», MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Agustín J. (2013): «The Existential Crisis of the European Union», *German Law Journal*, núm. 5, vol. 14, 2013, págs. 453-526, en especial págs. 525 y sigs. Una tesis que en cierta medida el autor ya avanzó en el estudio expreso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, del mismo autor «Defensa (moderada) de la Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Alemán», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 17, 2011, págs. 32-45, pág. 33.

que, como intentaré explicar en el epígrafe siguiente, reconduce las relaciones jurídicas al espíritu acreedor-deudor.

Además, este debilitamiento de la juridicidad de la Unión resulta de una aporía previa, bien destacada por la jueza Lübe-Wolf, tal y como se ha mostrado en las páginas anteriores: ¿puede defenderse plausiblemente desde una teoría de la democracia el hecho de que el órgano judicial de un solo Estado miembro ponga en tela de juicio elementos sustanciales —algunos pensarán que incluso su propia existencia— de la unión monetaria? El Tribunal Constitucional Federal resuelve esta contradicción circunscribiendo la operatividad de la democracia a los lindes del Estado, de manera que cuando éste se abre a las relaciones con otros Estados, debe siempre conservar una potestad mínima para revocar su desarrollo. Pero esta tesis, en verdad, supone la negación del interés supranacional, esto es, rechaza la idea constitucional de que ciertos problemas son inalcanzables unilateralmente y reclaman una acción cooperativa (40).

2. El principio de división funcional y sus límites

El principio de división funcional explica el proceso de integración a partir de un reparto compensatorio de tareas, donde el espacio de la política corresponde a los Estados (derechos fundamentales, reconstrucción de la unidad a partir del pluralismo y políticas de solidaridad), mientras que la Unión asume la racionalización de la economía (básicamente la construcción de un mercado interior competitivo con exclusión de toda práctica proteccionista) (41). Este

(40) Sobre la dimensión constitucional del Estado cooperativo, por todos, HÄBERLE, Peter (1998), «Der kooperative Verfassungsstaat», en su libro *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker&Humblot, 1998.

(41) Sobre el elemento compensatorio, JOERGES, Christian, y RÖDL, Florian (2009): «Informal politics, Formalised Law and the “Social Deficit” of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking and Laval*», *European Law Journal*, vol. 15, núm. 1, págs. 1-19, pág. 8; SCHMIDT, Vivien A. (2009): «Re-Envisioning the European Union: Identity, Democracy, Economy», *Journal of Common Market Studies*, núm. 47, págs. 17-42, pág. 21; PETERS, Anne (2010): «Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales», en *La constitucionalización de la comunidad internacional*, ed. A. Peters, M. Aznar e I. Gutiérrez, Tirant.

Esta idea es evidente en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Recordemos que en el apartado 249 de la Sentencia Lisboa (BVerfG, 2 BvE 2/08, 30 de junio de 2009), tras subrayar la necesidad estructural de reservar a los Estados ciertos ámbitos materiales ligados al espacio personal protegido por los derechos fundamentales, las decisiones vinculadas a las condiciones prepóliticas de naturaleza cultural, histórica y lingüística, y un espacio público discursivo, realizó un elenco no cerrado de materias que incluía la ciudadanía, el monopolio de la fuerza civil

juego de contrapesos se proyecta con precisión en la integración económica y monetaria. La Unión gestiona la moneda, haciendo imposibles reacciones nacionales como, por ejemplo, la devaluación. Además, articula medidas presupuestarias de cohesión destinadas a paliar los desequilibrios propios de un mercado interior. En cambio, el Estado, aunque sea supervisado por la Unión, conserva la dirección de la política económica, en especial la presupuestaria y tributaria, bastiones de cualquier actividad pública de redistribución. La viga estructural de esta división funcional es la autonomía presupuestaria de los Estados miembros. Autonomía presupuestaria que se presenta como potestad estatal, limitando así la intervención coordinadora de la Unión, y, a la vez, como deber de esos mismos Estados, que han de arrostrar con las consecuencias de su gestión, sin recibir ayudas (arts. 123, 124 y 125 —si bien, el tipo de ayudas prohibidas, como veremos más adelante, se ha convertido en el problema central).

Enlazan así con suavidad los dos principios a estudio, construyendo una teoría constitucional del proceso de integración. La democracia nacional señala la necesidad de una unidad prepolítica, el pueblo, para la articulación de decisiones. En pura lógica, el destino de los ingresos públicos, esto es, la riqueza derivada de la actividad económica de una determinada nación, es uno de los asuntos indisponibles para instituciones carentes de un pueblo que las legitime. En definitiva, la democracia nacional acaba siendo un límite a las posibilidades de la redistribución interterritorial. Al primigenio axioma constitucional «*no taxation without representation*» habría que añadirle ahora, a la luz del proceso de integración, la coda «*no spending without national representation*».

La crisis económica, sin embargo, ha puesto bajo escrutinio la fortaleza de la teoría constitucional que sostiene la ligazón entre el principio de democracia nacional y la autonomía presupuestaria de los Estados miembros. Además, ha llevado al primer plano una pregunta político-constitucional que siempre ha rondado al proceso de integración: ¿en qué medida y forma es posible la redistribución interterritorial dentro de la Unión? En mi opinión, lo interesante de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal es cómo afrontan cuatro hipotéticas respuestas: reconocer a la Unión una amplia potestad de gasto no finalista, ordenar la redistribución de recursos exclusivamente a través del mercado, las transferencias condicionadas de unos Estados miembros a otros y la gestión de la política monetaria.

y militar, las decisiones de ingresos y gastos, incluida la emisión de deuda, las intervenciones más significativas sobre los derechos fundamentales (limitaciones de libertad, la reclusión penitenciaria) la lengua, la familia, la educación, la libertad de información y expresión, la libertad de reunión o la libertad ideológica.

En uno de los extremos de la gama, es habitual encontrar propuestas que subrayan la necesidad de completar la integración económica y monetaria reconociendo a favor de la Unión una potestad de gasto amplia y no finalista (42), que implica necesariamente la intensificación de su potestad para recabar tributos y la emisión de deuda común. Con estos instrumentos, se considera que la Unión ejercería una significativa dirección política en la economía, incluyendo el mando para redistribuir territorialmente los ingresos. Sin duda, un desarrollo de la Unión en esta línea requeriría una profunda reforma de los Tratados (43). Pero las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal comentadas en este trabajo, indirectamente van más allá e interrogan sobre la propia posibilidad de una modificación de este tipo, bajo el parámetro de la Constitución (41, BVerfG de 14 de enero). No en vano, al impugnar la reforma articulada por el nuevo apartado tres del artículo 136 TFUE, los recurrentes consideraron que suponía una transformación estructural, constitucionalmente vedada en cuanto que conllevaría «una Unión de estabilidad y garantía general» (35, BVerfGE de 18 de marzo), «un Estado federal que acabaría con la soberanía y estatalidad de Alemania» (51, BVerfG de 18 de marzo), o «una comunidad de transferencia y garantía sin legitimidad democrática» (57, BVerfG de 18 de marzo).

Los reproches recibidos por el artículo 136 TFUE, que establece una potestad de gasto controlada por cada uno de los Estados, hacen pensar que la atribución de esa misma potestad a la Unión generaría censuras mayores, al

(42) Se trata más bien de propuestas académicas antes que políticas. En este punto la bibliografía es inmensa. Me gustaría, no obstante, remitir a DE MIGUEL BÁRCENA, Josu (2011): *El gobierno de la economía en la Constitución europea. Crisis e indeterminación institucional*, Bosch, en especial págs. 91 y sigs.; HINAREJOS, Alicia (2013): «Fiscal Federalism in the European Union: Evolution and Future Choices for EMU», *Common Market Law Review*, núm. 50, págs. 1621-1641, págs. 1635 y sigs.; BELLOFIORE, Riccardo (2013): «Two or three things I know about her: Europe in the global crisis and heterodox economics», *Cambridge Journal of Economics*, núm. 37, págs. 497-512, págs. 509 y sigs. Y no faltan las estimulantes comparaciones con el ejemplo de los Estados Unidos, LOUBERT, Aart (2012): «Sovereign Debt Threatens the Union: The Genesis of a Federation», *European Constitutional Law Review*, núm. 3, vol. 8, págs. 442-455.

Sin embargo, desde el punto de vista político no deben dejar de señalarse las siguientes propuestas de la Comisión Europea: *El libro verde sobre la viabilidad de la introducción de bonos de estabilidad*, 23.11.2011, COM(2011) 818 final; Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un sistema común del impuesto sobre las transacciones financieras y por la que se modifica la Directiva 2008/7/CE, 28.9.2011, COM(2011) 594 final.

(43) No obstante, ya existe una propuesta que plantea la licitud de integrar el MEDE en los Tratados originarios a través de una cooperación reforzada, SCHWARZ, Michael (2014): «A Memorandum of Misunderstanding—The Doomed Road of the European Stability Mechanism and a Possible Way out: Enhanced Cooperation», *Common Market Law Review*, vol. 51, págs. 389-424, en concreto págs. 405 y sigs.

menos en el orbe constitucional alemán (44). No obstante, es preciso recordar que la Unión ya cuenta con un presupuesto y con una habilitación específica para establecer tributos (45). Por tanto, en principio ha de concluirse que ambos institutos no son por sí mismos contrarios a la Constitución alemana. La duda surgiría ante un acrecimiento de su intensidad. En este sentido se ha de tener en cuenta que para el Tribunal Constitucional Federal el principio democrático impide que se otorgue la competencia sobre la competencia, prevea habilitaciones en blanco, o dispongan atribuciones ilimitadas en el tiempo (160, BVerfG de 18 de marzo). A su vez, la identidad constitucional garantizada en el artículo 79, según el Tribunal Constitucional Federal, exige que el legislador presupuestario estatal conserve un espacio de libertad, lo cual veda la transferencia de potestades presupuestarias indeterminadas o automatismos que impidan una valoración del Parlamento (163-164, BVerfG de 18 de marzo).

A la luz de esta doctrina, no me parece que existan límites constitucionales a una intensificación de la potestad tributaria de la Unión, siempre que ésta no grave las mismas manifestaciones de riqueza que alimentan los presupuestos nacionales, condición que dejaría incólume, pienso, las competencias del Parlamento. Ahora bien, la definición de los tributos de la Unión, en sus elementos esenciales, seguramente habría de establecerse con suficiente precisión en los Tratados o en la decisión de recursos propios, para evitar que fuesen calificados como una habilitación en blanco o indeterminada que acabase incidiendo sobre la capacidad de generar ingresos por parte de la Cámara alemana. De otro lado, la emisión de deuda propia de la Unión no sería problemática constitucionalmente hablando siempre que su pago (o su impago) quedase desligado de las transferencias de los Estados miembros. Imputando la deuda a los tributos propios de la Unión, se salvaría el vicio de indeterminación o automatismo en las obligaciones financieras de los Estados miembros.

Al otro lado del espectro se ubica aquella concepción que hace del mercado la institución necesaria para ordenar la distribución de recursos (46). Esta

(44) Por ejemplo, respecto a los eurobonos RUFFERT, Matthias (2011): «Die europäische Schuldenkrise vor dem Bundesverfassungsgericht —Anmerkung zum Urteil vom 7. September 2011—», *Europarecht*, núm. 6, págs. 842-855, pág. 854.

(45) El artículo 311 TFUE ha previsto expresamente —y ésta es la novedad— la potestad para «establecer nuevas categorías de recursos propios». La Comisión ya ha explorado las posibilidades que ofrece esta habilitación, Propuesta de Decisión del Consejo sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea, 29.6.2011, COM(2011) 510 final.

(46) Hay, cómo no, una teoría constitucional del mercado: «La diferencia fundamental entre el derecho y el mercado en cuanto que métodos de asignación de recursos consiste en que el mercado es un mecanismo mucho más eficiente en la valoración de las pretensiones en conflicto», POSNER, Richard A.: (2003): *Economic Analysis of Law*, 6.ª ed., Aspen, pág. 531. Por eso la in-

posición presupone un mercado perfecto, de actores racionales, información transparente y sin asimetrías. Por tanto, intervenir sobre la demanda u oferta para alterar el correcto funcionamiento de los precios de deuda pública es una medida que vulneraría la igualdad, trasladando a la capacidad presupuestaria de los ciudadanos de un Estado, los compromisos en los que ha incurrido el pueblo de otro. Una vez más, acaban encajando perfectamente la democracia nacional y la división funcional, pues la responsabilidad del propio desempeño económico es el envés de la autonomía presupuestaria: si la democracia garantiza una reserva de gasto en favor del Parlamento nacional, debe ser éste quien asuma sus obligaciones.

En línea con esta tesis, el Tribunal Constitucional Federal, cuando responde al intento del BCE de justificar su necesaria intervención en un mercado que considera irracional, es contundente al afirmar que «los tipos de interés son siempre consecuencia de las expectativas de los actores del mercado [...] de ahí que pretender identificar causas concretas y querer neutralizarlas supone una intervención arbitraria» (98, BVerfG de 14 de enero). Merece la pena subrayar la cercanía del Tribunal de Justicia, que dando sentido al artículo 125 TFUE, declara «[e]n efecto, la prohibición enunciada en el artículo 125 TFUE garantiza que, cuando contraigan deudas, los Estados miembros permanezcan sujetos a la lógica del mercado, la cual debe incitarles a mantener una disciplina presupuestaria. El respeto de esa disciplina contribuye a escala de la Unión a la realización de un objetivo superior, a saber, el mantenimiento de la estabilidad financiera de la unión monetaria» (Pringle, ap. 135).

Es obvio que desde esta perspectiva la redistribución, entendida como el acto político que recoge recursos de un grupo para destinarlos a otro, es simplemente imposible. Pero seamos justos. Ni para el Tribunal Constitucional Federal ni para el Tribunal de Justicia —quiero seguir trabajando con este paralelismo— el mercado rige de manera absoluta y ambos reconocen la existencia de un margen para las decisiones que transfieran ingresos (47). El Tribunal de Justicia fue el primero en demarcar el escenario a través de Pringle, donde desentraña el significado del artículo 125 TFUE, concretando que no contiene una prohibición absoluta de asistencia financiera de la Unión o de los Estados miembros a otro Estado (ap. 130). Sólo quedan prohibidas aquellas ayudas «[...] cuyo efecto fuera debilitar la incitación del Estado miembro beneficiario de esa asistencia a

intervención sobre el mercado siempre necesita ser justificada, del mismo autor (1974): «Theories of Economic Regulation», *The Bell Journal of Economics and Management and Science*, núm. 2, vol. 5, págs. 335-358.

(47) La Abogada General Kokott utiliza expresamente la idea de solidaridad para explicar las ayudas a través del MEDE, Opinión de la Abogada General J. Kokott, Pringle, C-370/12, EU:C:2012:9689, ap. 142.

seguir una política presupuestaria sana», para añadir más adelante que la actuación de una ayuda financiera «[...] sólo es compatible si es indispensable para la salvaguardia de la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto y se supedita a condiciones estrictas» (ap. 136). Y, por tanto, en la otra cara de la moneda el «[...] artículo 125 TFUE no prohíbe la concesión de una asistencia financiera por uno o varios Estados miembros a un Estado miembro que siga siendo responsable de sus propios compromisos frente a sus acreedores, siempre que las condiciones asociadas a esa asistencia sean apropiadas para incitar a este último a poner en práctica una política presupuestaria sana» (ap. 137).

Es indudable que el Tribunal Constitucional Federal conoce bien el camino marcado por el Tribunal de Justicia, de ahí que cuando valora los problemas de constitucionalidad del nuevo artículo 136 TFUE señale que «sin duda» ese precepto y el mecanismo de estabilidad son «una transformación fundamental de la unión económica y monetaria originaria, porque con ellos, aunque en una dimensión limitada, se desliga del hasta ahora característico principio de autonomía de los presupuestos nacionales». Sin embargo, y aquí radica su licitud a la vez que su consonancia con el Tribunal de Justicia, «no se abandona la orientación hacia la estabilidad de la unión económica y monetaria, la independencia del BCE, su deber de atender primordialmente a la estabilidad de precios y la prohibición de asistencia financiera» (todas las citas en 180, BVerfG de 18 de marzo).

Excepcionalidad, condicionalidad, potestad de veto y objetivo de estabilidad son, finalmente, los mimbres jurídicos que habilitan la asistencia financiera a los Estados miembros. Pero no debemos caer en el error de comprender esta formulación como la irrupción de una lógica redistributiva que conmueve los cimientos del mercado. En verdad, la doctrina de ambos tribunales —igual que el MEDE— se construye bien lejos de los principios constitucionales que tradicionalmente ordenan la solidaridad interterritorial y, más bien, busca cobijo en otra estructura clásica, la relación acreedor-deudor. De ahí que las transferencias articuladas a través del MEDE sean finalistas, condicionadas y de obligada devolución. Así las cosas, el viaje que partió de los confines de la democracia nacional termina por arribar en las escolleras del Derecho privado.

Finalmente, quedaría por estudiar la redistribución a través de la gestión de política monetaria. En términos generales, resulta difícil presentar a los bancos centrales como vehículos que reasignan recursos. Con todo, algunos de sus instrumentos clásicos, por ejemplo, la compra de deuda soberana, desplegados en una unión monetaria sin tesoro común, cobran una función similar al facilitar

la financiación de aquellos Estados cuyos títulos son adquiridos (48). Los presupuestos constitucionales que asisten a la particular posición institucional de los bancos centrales gira, como es de sobra sabido, sobre su independencia y su competencia técnica (49). Una independencia necesaria para evitar los perjuicios del corto plazo electoral. Pero una independencia, imprescindible también para limar las ineficiencias del mercado, que obligan a una intervención pública restablecedora del equilibrio.

El juicio de la decisión del BCE ilumina a la perfección la tensión constitucional que encierra la actuación de todo banco central. Como hemos visto, el Tribunal Constitucional Federal entiende que el conflicto entre principio democrático e intervención pública correctora debe resolverse en favor del primero, de ahí que la actuación del BCE se conciba rigurosamente tasada tanto en sus fines como en sus medios. En cambio, el BCE considera que el grave riesgo que supone un mercado irracional, sea de deuda pública o privada, invita a jugar con un amplio abanico de medidas (50). ¿Cómo resolverá este dilema el Tribunal de Justicia? Para aventurar algunos escenarios, merece la pena leer la doctrina del Tribunal Constitucional Federal a la luz de las piezas que ofrece *Pringle*.

El Tribunal Constitucional Federal concibe la decisión del BCE como una ayuda financiera, pues su objetivo a corto plazo es reducir la prima de riesgo y a largo salvar la zona euro, fines distintos a la estabilidad de precios; además, la compra de deuda soberana no es una de las medidas típicas de la política monetaria. Es obvio que conoce bien la sentencia *Pringle* y se agarra con fuerza a la declaración expresa del Tribunal de Justicia donde afirma que «[...] eviden-

(48) Para la conexión entre solidaridad y BCE, BORGER, Vestert (2013): «How the Debt Crisis Exposes the Development of Solidarity in the Euro Area», *European Constitutional Law Review*, núm. 1, vol. 9, págs. 7-36, págs. 21 y sigs.

(49) La independencia de los bancos centrales se concibe hoy día como una necesidad, hasta el punto de que, por ejemplo, el BCE se limita a explicar la configuración de este elemento sin explicar su porqué, EUROPEAN CENTRAL BANK, *op. cit.*, pág. 15. Pero como constitucionalistas, no nos debe bastar el dato y hemos de buscar la teoría política subyacente. Ésta se encuentra, sin duda, en las tesis de las «rational expectations», por todos, respecto a los bancos centrales y la necesidad de que tenga objetivos a largo plazo (incluso miembros de mentalidad conservadora). ROGOFF, Kenneth (1985): «The optimal degree of commitment to an intermediate monetary target», *The Quarterly Journal of Economics*, 1985, págs. 1969-1189, en especial pág. 1187; y en relación a la «superior información de la autoridad monetaria», BARRO, Robert J. (1976): «Rational expectations and the role of monetary policy», *Journal of Monetary Economics*, núm. 2, págs. 1-32, en concreto pág. 25. Y ésta es la argumentación que utiliza el TCFA para exigir que el BCE se atenga estrictamente al principio de atribución (59, BVerfG de 14 de enero).

(50) El concepto de medidas estándar y no estándar lo usa el propio BCE, EUROPEAN CENTRAL BANK (2010): «The ECB's response to the financial crisis», *Monthly Bulletin*, October y «The ECB's non-standard measures —impact and phasing-out», *Monthly Bulletin*, July.

temente la concesión de una ayuda financiera a un Estado miembro no forma parte de la política monetaria» (ap. 57). Pero la sentencia del Tribunal de Justicia aporta otras apostillas relevantes. Primero, que «[...] el Tratado FUE, que no contiene ninguna definición de la política monetaria, se refiere en sus disposiciones sobre esa política a los objetivos de ésta antes que a sus instrumentos» (ap. 56), es decir, que deberíamos dar más relevancia a los objetivos del BCE que al tipo de medida en sí (51). Y, en segundo lugar, nos invita a tener en cuenta que «[...] una medida de política económica no puede equipararse a una medida de política monetaria por el solo hecho de que pueda tener efectos indirectos en la estabilidad del euro», de lo que podríamos deducir *a sensu contrario* que un instrumento de política monetaria no invadiría el espacio de la política económica si tuviese efectos indirectos sobre ésta (52). Y estos mimbres son los que podría utilizar el Tribunal de Justicia para resolver la cuestión definitiva: ¿qué sentido tiene el hecho de que el artículo 123 del TFUE no prohíba expresamente la adquisición de deuda soberana por parte del BCE en los mercados secundarios, más aún cuando en ese mismo precepto sí se veda la compra directa de deuda?

Sabemos que el Tribunal Constitucional Federal resuelve la omisión textual, deduciendo del 123 TFUE una prohibición absoluta de ayudas financieras, que abarcaría también, por tanto, a las compras de deuda en los mercados secundarios. Ciertamente, el Tribunal de Justicia podría seguir esta senda, pues en *Pringle* (53) sostiene que el artículo 123 TFUE «[...] está redactado en términos más estrictos que los de cláusula de no corresponsabilidad financiera enunciada en el artículo 125 TFUE» (ap. 132), afirmación un tanto genérica de la que, sin embargo, podría colegirse una proscripción de cualquier ayuda. Además, tal y como señala el Tribunal Constitucional Federal, el Tratado MEDE prevé la

(51) El mismo subrayado lo encontramos en EDITORIAL COMMENTS (2014): «An unintended side-effect of Draghi's bazooka: An opportunity to establish a more balanced relationship between the ECJ and Member States' highest courts», *Common Market Law Review*, vol. 51, págs. 375-388, pág. 378.

(52) Creo que lleva razón BAST, *op. cit.*, pág. 175, cuando señala que esta incidencia indirecta es habitual en las competencias que se conceptualizan mediante fines en vez de con referencia a ámbitos materiales y que tal incidencia no debe llevar a considerar su ilicitud.

(53) Respecto a los comentarios a *Pringle* que tratan esta cuestión, DE WITTE, Bruno, y BEUKERS, Thomas (2013): «The Court of Justice Approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: *Pringle*», *Common Market Law Review*, vol. 50, págs. 805-843, en especial pág. 830; ORDÓÑEZ SOLÍS, David (2013): «De cómo enfrentarse a la crisis financiera superando obstáculos constitucionales europeos: la sentencia *Pringle*», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 29, págs. 1-23, pág. 14; AGUILAR CALAHORRO, Augusto (2014): «La decisión *Pringle* en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101.

posibilidad de que esa organización internacional adquiera deuda en los mercados secundarios, y no hay que olvidar que el Tribunal de Justicia ha calificado *grosso modo* al mecanismo de estabilidad previsto en el artículo 136 TFUE como una acción fuera de la política monetaria (asunto *Pringle*, ap. 60) (54).

Hay, sin embargo, elementos para tomar el camino opuesto y argumentar la conformidad con los Tratados de la decisión del BCE. El análisis del artículo 125 TFUE en el asunto *Pringle* demuestra la querencia del Tribunal de Justicia por la interpretación literal, sin forzar a los textos más allá de lo que una lectura evidente muestra (55). Así, donde no se ha redactado una prohibición absoluta, el Tribunal no está dispuesto a deducirla (ap. 147). Tomada esta perspectiva, cabría entonces concluir que si el artículo 123 TFUE evita vedar la compra de deuda en los mercados secundarios, tal omisión ha de tomarse en serio y dejar que el BCE, fuera de las medidas explícitamente prohibidas, goce de un amplio margen para definir las acciones oportunas.

Ahora bien, un BCE libre en la elección de medios corre el riesgo de ampliar sus fines hasta donde le lleve la gestión de la masa monetaria. Tal posibilidad parece chochar con la lectura estricta que suele hacerse respecto a sus objetivos, donde hay uno «principal», la estabilidad de precios. Evidentemente, que un fin sea principal no quiere decir que sea exclusivo, pero tampoco que puedan sumarse otros ilimitadamente. Todo esto apunta a una solución en la que el Tribunal de Justicia, admitiendo que el BCE recurra a medidas *non-standard*, como, por ejemplo, la compra de deuda soberana en los mercados secundarios, sin embargo, le exija el respeto a las competencias de otros órganos, las prohibiciones y los principios generales dispuestos en los Tratados (56). De

(54) Ahora bien, el Tribunal Constitucional Federal se olvida de matizar que el Tratado MEDE utiliza los términos «préstamo», «asistencia financiera» y «operaciones de empréstito» para definir una serie de actuaciones entre las que no se encuentra el «instrumento de apoyo del mercado secundario» (art. 17). Si los términos merecen algún valor, y en mi opinión lo deben tener, habrá que concluir que no todas las medidas previstas en el Tratado MEDE son, en sentido estricto, ayudas financieras y, por tanto, vedadas a cualquier institución de la Unión. No obstante, la Abogada General Kokott, considera también estos instrumentos como ayudas —«una forma especial de préstamo» (aunque lícito), Opinión de la Abogada General J. Kokott, *Pringle*, C-370/12, EU:C:2012:9689, ap. 155.

(55) Son especialmente interesantes en este punto la Opinión de la Abogada General Kokott a *Pringle*. Entre otras razones, utiliza el respeto a la soberanía de los Estados y al principio de solidaridad para rechazar que el artículo 125 TFUE contenga una prohibición absoluta de ayuda a los Estados, ap. 136-144.

(56) En una línea similar, KUMM, Mattias (2014): «Rebel Without a Good Cause: Karlsruhe's Misguided Attempt to Draw the CJEU into a Game of "Chicken" and What the CJEU Might do About It», *German Law Journal*, núm. 2, vol. 15, págs. 203-216, pág. 207, sugiere que el Tribunal de Justicia dará una respuesta abierta que, por un lado, siga el paso del Tribunal Constitucional Fe-

forma más concreta, habría de concluirse que, siendo abierta la tipología de actos adoptables por el BCE, su licitud debe valorarse de acuerdo, al menos, con los siguientes parámetros: (i) Determinar que la medida no se subsume bajo las expresamente prohibidas por el artículo 123 TFUE (57). (ii) Evaluar que no contradice el objetivo principal de la estabilidad de precios (58). (iii) Enjuiciar si socava la eficacia de acciones adoptadas bajo otras bases jurídicas. En especial, para la decisión del BCE, lo relevante no es tanto saber si tiene incidencia sobre la política económica que corresponde fijar a los Estados miembros, sino valorar si debilita o hace inviables esas decisiones de política económica, para lo que debe ser relevante la postura que hayan tomado los órganos que ejercen esa competencia, sobre todo si ha sido aquiescente. (iv) Y, finalmente, estudiar la contradicción con otros principios estipulados en los tratados, singularmente el de política presupuestaria sana, tal y como ha sido deducido por el Tribunal de Justicia del artículo 125 TFUE.

Quizá una propuesta de este tipo empuje al Tribunal Constitucional Federal a salvar la decisión del BCE. Pero la verdad es que cualquier solución que ofrezca el Tribunal de Justicia, en principio, no pasará por el estrecho margen que le ha dejado el Constitucional al precisar las condiciones necesarias que ha de cumplir la decisión del BCE para ser conforme a la Ley Fundamental. Sin duda, es factible pensar que simplemente se ha planteado un pulso y que el Tribunal de Justicia, en caso de que considere válida la compra de deuda en los mercados secundarios, habrá de subrayar su monopolio en el control de validez del derecho derivado y el carácter vinculante de sus decisiones.

deral en la medida que restringirá el campo de actuación del BCE, pero, por otro, sus condiciones serán menos estrictas que las del Constitucional.

(57) Antes que mi lectura del artículo 123 TFUE en términos de prohibiciones y habilitaciones, cabe una interpretación que deduciría del precepto tres objetivos (que ciertamente subsumirían otras condiciones dispuestas en los Tratados), BORGER, Vestert (2013): «How the Debt Crisis Exposes the Development of Solidarity in the Euro Area», *European Constitutional Law Review*, núm. 1, vol. 9, págs. 7-36, pág. 31: la disciplina presupuestaria, impidiendo el recurso de los Estados miembros al crédito directo del BCE; a través de la disciplina presupuestaria se contribuye a la estabilidad de precios; y fortalecería la independencia del BCE porque evita las perturbaciones que causaría la financiación directa de los Estados.

(58) En un sentido similar GOLDMANN, Matthias (2014): «Adjudicating Economics? Central Bank Independence and the Appropriate Standard of Judicial Review», *German Law Journal*, núm. 2, vol. 15, págs. 265-280, pág. 275, quien considera que no bastaría con que una medida se ubicara conceptualmente dentro de la política económica, sino que habría de determinarse si afecta a la estabilidad de precios en general. También HEUN, *op. cit.*, pág. 333, para quien la distinción entre política monetaria y económica es ilusoria. Y en esta misma línea, el BCE llama la atención sobre la precisión cuantitativa del objetivo de estabilidad de precios frente a la indeterminación de las otras competencias, EUROPÄISCHE ZENTRALBANK, *op. cit.*, pág. 8.

Con todo, sería viable que el Tribunal de Justicia, buscando puntos de encuentro, propusiera al Tribunal Constitucional Federal una relectura de las condiciones que según este último sostendrían la validez de la decisión del BCE. En principio, el Constitucional parece haber dado naturaleza categórica a ciertos requisitos, de manera que fuera de ellos no hay licitud posible. No obstante, el Tribunal de Justicia podría sugerir que, ciertamente, dadas las exigencias señaladas por el Tribunal Constitucional Federal, siempre estaríamos ante una decisión conforme a derecho, si bien, fuera de ellas (no cumpliéndose alguna o ninguna de ellas), también podríamos encontrar una compra de deuda válida si respetase criterios generales al modo de los esbozados anteriormente. Es decir, el Tribunal Constitucional Federal, mediante su interpretación conforme, en realidad habría identificado un supuesto (no el único) en el que indiscutiblemente la ejecución del programa OMT es válida, pero no cerraría la corrección jurídica de otros tipos de ejecución. Aproximación nada baladí si tenemos en cuenta que hasta hoy el Programa OMT no sólo no se ha aplicado, sino que ni se ha aprobado ni se ha publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (59). Es decir, las formas de desarrollo son amplias e inciertas, porque todavía no hay norma que ejecutar. Se entiende así que el BCE, en sus alegaciones ante el Tribunal Constitucional Federal haga un gran esfuerzo por destacar una serie de requisitos cumulativos que modularían su actuación: que se adopte para reponer los mecanismos de transmisión monetaria (de este modo, la incidencia sobre otras competencias sería indirecta), que el Estado cumpla con las condiciones previstas tanto en el Derecho de la Unión como en el MEDE (lo que garantizaría el respeto al sistema de presupuestos equilibrados) y que el Estado siempre tenga acceso a los mercados secundarios (por tanto, no se sustituiría en la adquisición de la deuda la lógica de la oferta y la demanda por otra que atendiese a razones políticas) (60). En definitiva, el BCE está simplemente proponiendo otro modo lícito de ejecución.

Si guiendo en esta línea, convendría además que el Tribunal de Justicia ofreciese límites tangibles a la compra de deuda, mostrando así su capacidad para dar una solución firme. En este sentido, es posible encontrar algunos ejemplos que claramente constituirían una ayuda financiera y, en consecuencia, vulnerarían el artículo 123 TFUE: (i) cuando se pacta la no devolución de los títulos (o *de facto* se dejan vencer sin exigir el pago) (61); (ii) la compra de deuda pública

(59) Es comprensible el esfuerzo que hace el BCE en subrayar este punto, EUROPÄISCHE ZENTRALBANK, *op. cit.*, pág. 19.

(60) EUROPÄISCHE ZENTRALBANK, *op. cit.*, págs. 20 y sigs.

(61) EUROPÄISCHE ZENTRALBANK, *op. cit.*, pág. 12.

con pacto de reventa al emisor o al MEDE a un precio menor del pagado en la adquisición (62); (iii) o cuando los títulos se adquieren a un precio ostensiblemente fuera de mercado (63).

(62) SESTER, Peter (2012): «The ECB's Controversial Securities Market Programme (SMP) and its role in relation to the modified EFSF and the future ESM», *European Company and Financial Law Review*, núm. 2, vol. 9, págs. 156-178, pág. 168, nota 43, recoge expresamente las declaraciones de Draghi en ese sentido. Este mismo autor (pág. 164), además señala que estaríamos ante una asistencia financiera si el vencimiento sin pago de la deuda soberana obligase a una recapitalización del BCE por los Estados miembros. Para que esta hipótesis pueda ser utilizada como parámetro jurídico, creo que habría de exigirse que el riesgo fuese palmario, en caso contrario, estaríamos de nuevo trabajando sobre juicios hipotéticos. Y no me parece que sea suficiente, como sugiere el autor, constatar un encarecimiento de los títulos a cinco años emitidos por los Estados cuyos bonos no han sido adquiridos por el BCE.

No obstante, el BCE reconoce este riesgo, pero entiende que existen tres elementos «inmanentes» para gestionarlo: las reglas jurídicas; las reglas de la racionalidad gestora (*kaufmännischer Rationalität*); y las garantías institucionales, referidas a la organización de la toma de decisiones del BCE y al reparto de la compra de deuda entre todos los bancos centrales, *EUROPÄISCHE ZENTRALBANK, op. cit.*, pág. 36.

(63) Tomo la idea de la Abogada General Kokott en su opinión a *Pringle*, cuando contrasta el artículo 125 TFUE con la adquisición por el MEDE de deuda soberana en el mercado secundario, ap. 158, si bien ella no incorpora el adverbio.