

El nacionalismo jurídico alemán

Enrique Linde Paniagua
28 junio, 2020



1. Introducción

El nacionalismo es una de las amenazas que se ciernen sobre el presente y futuro de la construcción europea y de los Estados-nación. Líderes europeístas de los grandes, medianos y pequeños Estados miembros de la Unión se han manifestado con rotundidad sobre la exigencia de combatirlo, pues son conscientes de las graves consecuencias que puede traer la pasividad frente a esta pandemia socio-política que suelen protagonizar en Europa, sobre todo, los partidos de extrema derecha y de extrema izquierda.

El fenómeno tiene una extraordinaria gravedad, en particular cuando se manifiesta en los Estados fundadores de la Unión como Francia y Alemania, en los que cobra cada vez más fuerza, aunque la alianza de conservadores y socialdemócratas haya impedido hasta la fecha, en ambos estados, que los partidos políticos que representan a los nacionalistas-antieuropeístas puedan acceder al poder. La reacción de Angela Merkel, cuando en uno de los Länder alemanes se produjo la alianza de su partido con un partido de extrema derecha, fue fulminante, obligando a que dimitiera el Gobierno formado fruto de dicha alianza (con el efecto colateral de la obligada dimisión de la sucesora de Merkel en la CDU). Aparentemente, la canciller tiene claro el peligro que se cierne sobre Alemania.

El nacionalismo que muestran, por lo general, los partidos de extrema derecha y de extrema izquierda suele ser burdo

El nacionalismo que muestran, por lo general, los partidos de extrema derecha y de extrema izquierda suele ser burdo; descalifican a las instituciones europeas a las que acusan de ineficiencia, denuestan el euro, sostienen que con las viejas monedas nacionales viviríamos mejor, consideran vulnerada la soberanía nacional y un sin fin de despropósitos. Generar una opinión llena de prejuicios y falsedades recuerda a la propaganda del independentismo catalanista que conocemos muy bien en España. Un relato contrario a la Unión Europea, por burdo que sea, patrocinado por partidos políticos que ocupan escaños en el Parlamento puede producir efectos devastadores considerables. No se puede hacer oídos sordos a la propaganda basada en la falsedad. Y resulta necesario recordar lo que consiguió la propaganda nazi en Alemania. Y no creo que el nacionalismo que se instala en las instituciones y en los poderes públicos de los Estados miembros de la Unión sea de menor gravedad. Y, cómo no, es de enorme gravedad el nacionalismo que se infiltra en los tribunales de justicia. España no está exenta de dicha penetración, con frecuencia se observa que la semilla nacionalista fructifica en los tribunales inferiores, en el Tribunal Supremo y en el Tribunal Constitucional. Afortunadamente, existen jueces españoles comprometidos con la defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas y con el respeto del Derecho de la Unión Europea, pero cabalgan cada vez más los jueces que ni se sienten comprometidos con la defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ni con la construcción europea. Nuestros tribunales incumplen cada vez más el Derecho de la Unión Europea por acción o por omisión del mismo. Es decir, en las sentencias de los tribunales antes citados o bien se inaplica sin más o se impide la aplicación del Derecho europeo. Sobre la omisión de la aplicación del Derecho de la Unión Europea puede verse mi libro *Tribunales de Justicia españoles contra el Estado democrático de Derecho*, Edifor, Madrid, 2020., si bien todavía no se ha producido un ataque directo de nuestros tribunales a las instituciones europeas como ha tenido lugar en Alemania.

En Alemania, como veremos, desde hace décadas, el Bundesverfassungsgericht, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania hace gala de su nacionalismo-jurídico que ha culminado con la sentencia de 5 de mayo de 2020, caso Weiss y otros, sobre una serie de Decisiones del BCE mediante las que se instrumenta un programa de compra de valores públicos en el mercado secundario (*Public Sector Purchase Program, PSPP*) al que nos referiremos también de manera informal como compra de deuda pública soberana en el mercado secundario.

Para alcanzar las conclusiones de las reflexiones que siguen es necesario llevar a cabo varias operaciones jurídicas y delimitar bien los pasos de la argumentación.

Así, debemos examinar: cuáles son los compromisos suscritos por los Estados miembros en relación con la Unión Europea; las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE); las competencias del Banco Central Europeo (BCE); cuáles son los remedios que se ponen a disposición de los Estados frente a actos y normas dictadas por las instituciones europeas que presuntamente vulneren el Derecho de la Unión; y las acciones que debieran emprender los Estados miembros, la Comisión, el BCE y el Banco Federal de Alemania (Bundesbank) en relación con la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania (Bundesverfassungsgericht, que citaré como TCFA).

2. Los compromisos de los Estados miembros con la Unión Europea

No es novedad que los Estados miembros de una organización internacional, sea intergubernamental

o supranacional, suscriban compromisos con dichas organizaciones internacionales. En el caso de la Unión Europea, los Estados miembros han suscrito varios compromisos importantes que no tienen parangón ni siquiera refiriéndonos a la práctica totalidad de los tratados internacionales convencionales. En primer lugar, el párrafo segundo del artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE) establece: *Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.* El mencionado precepto no se limita a establecer los compromisos de los Estados miembros con los Tratados de la Unión, sino que extiende la obligación de los Estados miembros a los actos de las instituciones de la Unión, entre las que se encuentra el Banco Central Europeo. En la actualidad las Instituciones de la Unión Europea son siete: el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas.

El párrafo 3º del artículo 4.3 del TUE vuelve sobre ideas que están implícitas en el párrafo 2º, antes transcrito, estableciendo que: *Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.* Es decir, el artículo 4 en sus apartados 2 y 3 formula una obligación positiva y otra negativa para los Estados miembros de la Unión: la obligación positiva de cooperación con la Unión en el cumplimiento de sus misiones, y la obligación negativa de no establecer medida alguna que pueda poner en peligro los objetivos de la Unión. Los preceptos transcritos son fundamentales para entender el Derecho de la Unión Europea. Por virtud del mismo, los Estados miembros no solo están obligados a cumplir los Tratados, sino que se deben dictar las leyes, normas, actos o adoptar acciones de naturaleza política, económica y social para que el cumplimiento de las obligaciones que derivan de los Tratados de la Unión sean efectivas.

Disposiciones como las contenidas en el artículo 4.3 del TUE no tienen parangón en ningún otro tratado internacional conocido. Por lo general, como es sabido, el que se conoce como Derecho internacional convencional se caracteriza por su eficacia relativa en unos casos y su rotunda ineficacia en otros. Los preceptos de los mismos suelen ser ambiguos y, sobre todo, la inmensa mayoría de Tratados internacionales convencionales y las organizaciones que crean no disponen de tribunales ad hoc que interpreten dichos tratados y cuyas resoluciones sean de obligado cumplimiento para sus destinatarios. De manera que la Unión Europea se aleja del Derecho internacional, su Derecho, como expresó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE, ahora Tribunal de Justicia de la Unión Europea) hace más de medio siglo en su sentencia de 15 de julio de 1964. Sentencia del TJCE de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, caso Flaminio Costa contra ENEL (Ente Nazionale Energia Elettrica):... *la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña, por tanto, una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad.* Esta argumentación, entre otras igualmente fundamentales, se producía bajo el rótulo “Argumento basado en la obligación del juez de aplicar la ley interna”, argumento que desmonta el TJCE. El Gobierno italiano adujo en el curso del procedimiento que el juez italiano estaba obligado a aplicar el derecho interno y esta pretensión sirvió para que el TJCE formulara por primera vez el principio de primacía del Derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados miembros.

Como es sabido, el que se conoce como Derecho internacional convencional se caracteriza por su eficacia relativa en unos casos y su rotunda ineficacia en otros

La sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1969STJCE de 13 de febrero de 1969, asunto 14/68, caso *Walt Wilhelm y otros contra Bundeskartellamt.*, que trae causa de una cuestión prejudicial planteada por el Kammergericht (Kartellsenat) de Berlín, y que culmina la naturaleza del Derecho de la Unión, dice así en su apartado 6º: *Que el Tratado CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que vincula a sus órganos jurisdiccionales.* Esta sentencia, como la *Costa/ENEL*, y otras tantas, dejaron claro hace ya más de 50 años que *el Derecho de la Unión Europea no es derecho internacional, es derecho de los Estados miembros.* Me anticipo a decir que en las sentencias citadas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea están todas las respuestas a las pretensiones del TCFA. Y debo decir desde ahora que si los magistrados del TCFA hubieran leído y comprendido lo que dice en esa sentencia el Tribunal europeo, no hubieran dictado la sentencia de 5 de mayo de 2020 que acredita un nivel de ignorancia o, si se prefiere, de desprecio al Derecho que es incomprensible en un tribunal de uno de los Estados miembros fundadores.

3. Las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La Unión Europea, a diferencia de la inmensa mayoría de organizaciones internacionales, dispone de un tribunal ad hoc, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que de acuerdo con el artículo 19 del TUE: *Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados.* Y, por su parte, el artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece: *Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos.* Y los procedimientos a que se refiere el artículo 344 del TFUE son los regulados en los artículos 251 y siguientes del TFUE. Este solo precepto (el 344 del TFUE) nos indica de nuevo, *prima facie*, que la Unión Europea no es una organización internacional convencional, **ya que dicho precepto configura al TJUE como una jurisdicción a la que compete de manera exclusiva la interpretación de los Tratados de la Unión (TUE, TFUE y TCEEA) y de los actos derivados de los mismos.** Es decir, ningún tribunal de los Estados miembros, incluidos los correspondientes tribunales constitucionales, tiene jurisdicción sobre los Tratados o sobre los actos dictados en aplicación de los mismos. Los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros culminan en el TJUEDejo al margen en este lugar las competencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya que en nada afectan al caso que nos ocupa.. El TJUE forma parte del sistema de garantías de que en última instancia disponen los Estados y los ciudadanos de la Unión Europea.



En los artículos 251 y siguientes del TFUE se construye todo un sistema de garantías que pueden ejercerse ante él. Para el conjunto del sistema de garantías ver por todos M. Bacigalupo Saggese, “El sistema jurisdiccional de la Unión Europea” en (Cord. E. Linde), *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Ed. Colex, Madrid, 2012, págs.. 465 y sigs., que pueden ser utilizadas por las instituciones de la Unión, por los Estados miembros, por los órganos judiciales de los Estados miembros, e incluso por los particulares (personas físicas y jurídicas) para que los tratados se interpreten correctamente, para que los actos de las instituciones se interpreten correctamente y para que puedan anularse las normas y actos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea que vulneren lo establecido en los Tratados de la Unión.

Así, el sistema jurídico de la Unión Europea es un sistema cerrado, en el sentido de que lo dispuesto en sus Tratados y demás normas y actos de sus Instituciones, órganos y organismos dictados en aplicación de los Tratados de la Unión son susceptibles de un número considerable de recursos, cuestiones o quejas que pueden interponerse ante el TJUE, y solo ante este tribunal, que garantiza que los Tratados de la Unión y los actos derivados de los mismos se interpreten de modo uniforme en todos los Estados miembros de la Unión, así como por las propias instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea.

De los compromisos suscritos por los Estados miembros con la Unión Europea, de la que forman parte, se deduce con claridad que los Estados miembros deben cumplir los Tratados de la Unión y los actos. Debe recordarse que en el Derecho de la Unión Europea se denominan actos, tanto a los actos administrativos o ejecutivos propiamente dichos como a cualquier tipo de norma emanada de las

Instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea. de sus instituciones, acatar las resoluciones del TJUE sobre la interpretación de los Tratados de la Unión o sobre la validez e interpretación de los actos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión. Y, asimismo, los Estados miembros están obligados a dictar las normas o actos necesarios para que las resoluciones del TJUE sean eficaces, y que las controversias que puedan tener lugar en relación con la interpretación de los Tratados y actos de las instituciones solo puedan ser planteadas y resueltas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *La sentencia del TCFA de 5 de mayo de 2020 ha incumplido dichas obligaciones y de dicho incumplimiento es únicamente responsable la República Federal de Alemania*, representada ante la Unión Europea por su Gobierno Federal, como tendremos oportunidad de acreditar.

Los poderes públicos de los Estados miembros de la Unión Europea, incluidos sus tribunales ordinarios y constitucionales, deben aplicar el Derecho de la Unión como si fuera derecho interno (recordemos la sentencia antes mencionada de 13 de febrero de 1969) , con la particularidad de que cuando el Derecho de la Unión colisione, a juicio de un poder público nacional, con el derecho interno de un Estado miembro, procede aplicar el Derecho de la Unión Europea, por virtud del *principio de primacía*. Un entendimiento mucho más afinado del principio de primacía se puede ver en mi trabajo “Naturaleza y caracteres de la Unión Europea” en (Cord. E. Linde), *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Ed. Colex, Madrid, 2012, págs.. 83 y sigs. de éste sobre el derecho interno de los Estados miembros. Y en el caso de que dicha colisión se produzca en el marco de un procedimiento judicial, el juez o tribunal que considere que el acto dictado por una institución de la Unión es contrario a los Tratados de la Unión tiene limitados sus poderes a presentar una cuestión prejudicial de validez o interpretación ante el TJUE, a cuya resolución de dicha cuestión prejudicial queda sometido el juez o tribunal que la planteó.

Uno de los recursos que proporciona el Derecho de la Unión Europea a Estados miembros, instituciones de la Unión y particulares con la finalidad de que las instituciones, órganos y organismos de la Unión respeten los Tratados de la Unión (no el Derecho interno) es el recurso de nulidad o anulación, regulado en el artículo 263 del TFUE que atribuye al TJUE el control de la legalidad de los actos del Banco Central Europeo, que no sean recomendaciones o dictámenes. Dicho recurso lo puede interponer un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión, incluso las personas físicas y jurídicas cuando los actos de dichas instituciones les tengan por destinatarios directa o individualmente según los casos. Y el Banco Central Europeo, por su parte (también el Tribunal de Cuentas y el Comité de las Regiones), puede interponer el recurso del artículo 263 del TFUE con el fin de salvaguardar sus prerrogativas. Es decir, se ha creado un sistema que podíamos denominar “de garantías cruzadas”, en el sentido de que los que pueden dictar actos presuntamente contrarios a la legalidad europea pueden, a su vez, recurrir los actos presuntamente ilegales de las demás instituciones, con las matizaciones señaladas en lo relativo al Banco Central Europeo, al Tribunal de Cuentas, al Comité de las Regiones y a los particulares a que antes me he referido. Y el TJUE puede al resolver un recurso de nulidad, en su caso, declarando nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado. De manera que los actos adoptados por el BCE en el tema que nos ocupa, o en otros, a salvo de las recomendaciones y los dictámenes, pueden ser impugnados ante el TJUE. Pero dichos actos solo pueden impugnarse ante dicho Tribunal europeo, ya sea por las instituciones mencionadas o por los particulares cuando en los mismos concurren los requisitos antes señalados.

Cualquier otro tribunal ante el que se plantee la presunta ilegalidad cometida por cualquier institución de la Unión Europea deberá inadmitir de oficio, *ad limine*, el recurso por falta de jurisdicción.

La mera admisión por el Tribunal Constitucional de Alemania de un recurso que tenga por objeto un acto del BCE supone una vulneración de la jurisdicción exclusiva del TJUE en el enjuiciamiento de los actos del BCE. Pues dicha admisión supone incurrir en falta de jurisdicción que debe ser apreciada de oficio por el TCFA, de la misma manera que el TJUE debe y ha declarado en numerosas ocasiones su falta de jurisdicción cuando se le han sometido a su enjuiciamiento materias ajenas al Derecho de la Unión Europea. La jurisdicción de cada tribunal de justicia no es en ningún caso “prorrogable” (dicen las leyes procesales, es decir, “ampliable” o “expandible”) en el entero sistema de garantías de los Estados miembros de la Unión Europea. Es decir, cada juez o tribunal tiene una determinada jurisdicción y no la puede ampliar o extender invadiendo la jurisdicción de los demás jueces y tribunales de justicia. Y, a todas luces, el TCFA ha prorrogado su ámbito jurisdiccional invadiendo el del TJUE, al enjuiciar un acto de una institución de la Unión Europea.

4. Naturaleza y competencias del Banco Central Europeo



El Banco Central Europeo (BCE) es una institución de la Unión Europea, y como todas las instituciones de la Unión tiene una serie de características singulares que es necesario resaltar. No se trata aquí de señalar el régimen jurídico de esta institución, sino de destacar la que posiblemente sea su característica diferencial de las demás instituciones. Para la naturaleza y competencias del Banco Central Europeo puede verse mi trabajo “El Banco Central Europeo: Notas sobre su naturaleza, organización y funcionamiento”, en *El eurogrupo y su proceso de institucionalización* (coord. A. Calonge Velazquez), ed. Comares, Granada, 2008, pág. 63 y sigs.: su independencia de las demás instituciones de la Unión y de los Estados miembros. Y dicha independencia, dicho estatus, se concreta en la obligación de los Estados miembros y de las demás instituciones de la Unión de no dirigirse al BCE mediante órdenes, recomendaciones o sugerencias. Es lo que se ha calificado como independencia negativa del BCE. Y a la independencia negativa hay que añadir la independencia positiva del BCE, que se concreta en que no puede pedir a ningún Estado miembro ni a ninguna otra institución de la Unión Europea o a organismos internacionales ningún tipo de consejo, sugerencia o

instrucción en lo que atañe al ejercicio de sus competencias tal y como se formulan en los Tratados. El grueso de las competencias del BCE se regula en los artículos 127 y siguientes del TFUE, así como en el Protocolo sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (SEBC y del BCE). Así dice el artículo 130 del TFUE: *“En el ejercicio de las facultades y en el desempeño de las obligaciones que les asignan los Tratados y los Estatutos del SEBC y del BCE, ni el Banco Central Europeo, ni los bancos centrales nacionales, ni ninguno de los miembros de sus órganos rectores podrán solicitar o aceptar instrucciones de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, ni de los Gobiernos de los estados miembros, ni de ningún otro órgano. Las instituciones, órganos u organismos de la Unión, así como los Gobiernos de los Estados miembros, se comprometen a respetar este principio y a no tratar de influir en los miembros de los órganos rectores del Banco Central Europeo y de los bancos centrales nacionales en el ejercicio de sus funciones”*.

La independencia del BCE y de los bancos centrales de los Estados miembros es un carácter fundamental del sistema jurídico europeo, y en particular del Eurosistema, que hace que esta institución no sea controlable por el Parlamento Europeo, con independencia de que el presidente del BCE tenga que acudir al Parlamento Europeo a informar con periodicidad anual, lo que no debe confundirse con que el Parlamento Europeo ejerza un control político sobre el BCE. No han faltado quienes han denostado esta característica del régimen jurídico del BCE, acreditando con ello que desconocen los efectos tan perniciosos que ha tenido en el pasado la dependencia de los bancos centrales de los estados miembros de los gobiernos de dichos estados. La independencia del BCE no debe entenderse como un privilegio sino como una condición necesaria para cumplir los objetivos que le encomiendan los Tratados de la Unión.

Lo dicho no quiere decir que el BCE no esté sujeto al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este tribunal se pronunció con claridad sobre los límites de la independencia del BCE, el cual pretendía que su independencia alcanzara la posibilidad de excluir que las instituciones legislativas de la Unión pudieran regular algunos aspectos de su funcionamiento. El TJUE circunscribió la independencia del BCE al marco de sus competencias en materia de política monetaria tal y como se definen en el TFUE. Los límites de la independencia del BCE han sido establecidos con claridad por la sentencia del TJUE de 10 de julio de 2003, asunto C-11/00, caso Comisión contra Banco Central Europeo en que el TJUE anulaba la Decisión del BCE 1999/726/CE de 7 de octubre de 1999, obre prevención del fraude..

Pues bien, el artículo 127.1 del TFUE establece dos tipos de objetivos, que configuran la competencia del BCE: el de mantener la estabilidad de precios, y el de apoyar (apoyará) *las políticas económicas generales de la Unión con el fin de contribuir a la realización de los objetivos de la Unión establecidos en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea. El SEBC actuará con arreglo al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, fomentando una eficiente asignación de recursos de conformidad con los principios expuestos en el artículo 119.*

Este precepto, aunque esté situado en el capítulo dedicado a la política monetaria, abre la puerta al BCE para que pueda adoptar medidas de política económica que deben orientarse al cumplimiento de la primera misión de BCE, sin que pueda a priori excluirse que vaya más allá. La interpretación del artículo 127.1 debe hacerse teniendo en cuenta el artículo 3 del TUE, que supone una síntesis de los objetivos que se propone la Unión Europea, de una amplitud extraordinaria, pues incluye, entre

otros, el mercado interior, el combate de la exclusión social, el fomento de la cohesión económica, social y territorial, la solidaridad entre los Estados miembros, etc., objetivos que la Unión y sus instituciones perseguirán por los medios adecuados, dice el mencionado precepto, *“de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados”*. El otro vector para la interpretación del artículo 127 lo suministra el artículo 119.2 del TFUE que se refiere tanto a la política económica como a la política monetaria al configurar como objetivo: *una moneda única, el euro, la definición y la aplicación de una política monetaria y de tipos de cambio única cuyo objetivo primordial sea mantener la estabilidad de precios y, sin perjuicio de dicho objetivo, el apoyo a la política económica general de la Unión, de conformidad con los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia*.

5. La vulneración por el Tribunal Constitucional Federal Alemán del ámbito jurisdiccional exclusivo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Llegados a este punto, hay que plantear ya la cuestión de si la adquisición por el BCE de deuda soberana en el mercado secundario (Decisión del BCE (UE) 2015/774 y otras que la complementan), que puede calificarse como una medida tanto de política monetaria -por su impacto en los tipos de interés y en la inflación-, terreno en el que el que la independencia del BCE es elemento fundamental de la unión monetaria, como de apoyo a la política económica de la Unión Europea para el cumplimiento de los fines establecidos en el artículo 3 del TUE, está permitida o excluida de las competencias del BCE, pues es evidente que los Tratados de la Unión pueden establecer límites al BCE en el ejercicio de sus competencias. En el caso que nos ocupa, habida cuenta de la competencia abierta que se atribuye al BCE para apoyar las políticas económicas de la Unión y de su competencia exclusiva, no compartida con ninguna otra institución de la UE y estrictamente independiente en materia de política monetaria, no se trata de encontrar un precepto de los Tratados que permita de manera expresa y explícita dicha acción (esta sería la posición de partida del TJUE), sino si los Tratados interpretados por el TJUE han prohibido dicha acción. Con el corolario de que si el TJUE se pronuncia al respecto, los Estados miembros y todos sus tribunales deben atenerse a la interpretación que haya realizado el TJUE en relación con las Decisiones que haya adoptado el BCE.

El artículo 123.1 del TFUE dice así: *Queda prohibida la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de créditos por el Banco Central Europeo y por los bancos centrales de los Estados miembros, denominados en lo sucesivo “bancos centrales nacionales”, a favor de instituciones, órganos u organismos de la Unión, Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros, así como la adquisición directa a los mismos de instrumentos de deuda por el Banco Central Europeo o los bancos centrales nacionales*. El precepto no puede ser más claro en lo relativo al tema que nos ocupa. El TFUE prohíbe la adquisición directa de deuda pública soberana, eso significa que, teniendo en cuenta lo dicho en los artículos 127.1, 119 del TFUE y 3 del TUE, antes mencionados, el BCE puede comprar deuda soberana de los Estados miembros en el mercado secundario. Y esto es lo que ha hecho el BCE mediante una serie de Decisiones que son el objeto de la sentencia del TCFA de 5 de mayo de 2020 y en otras posteriores.

La independencia del BCE y de los bancos centrales de los Estados miembros es un carácter fundamental del sistema jurídico europeo

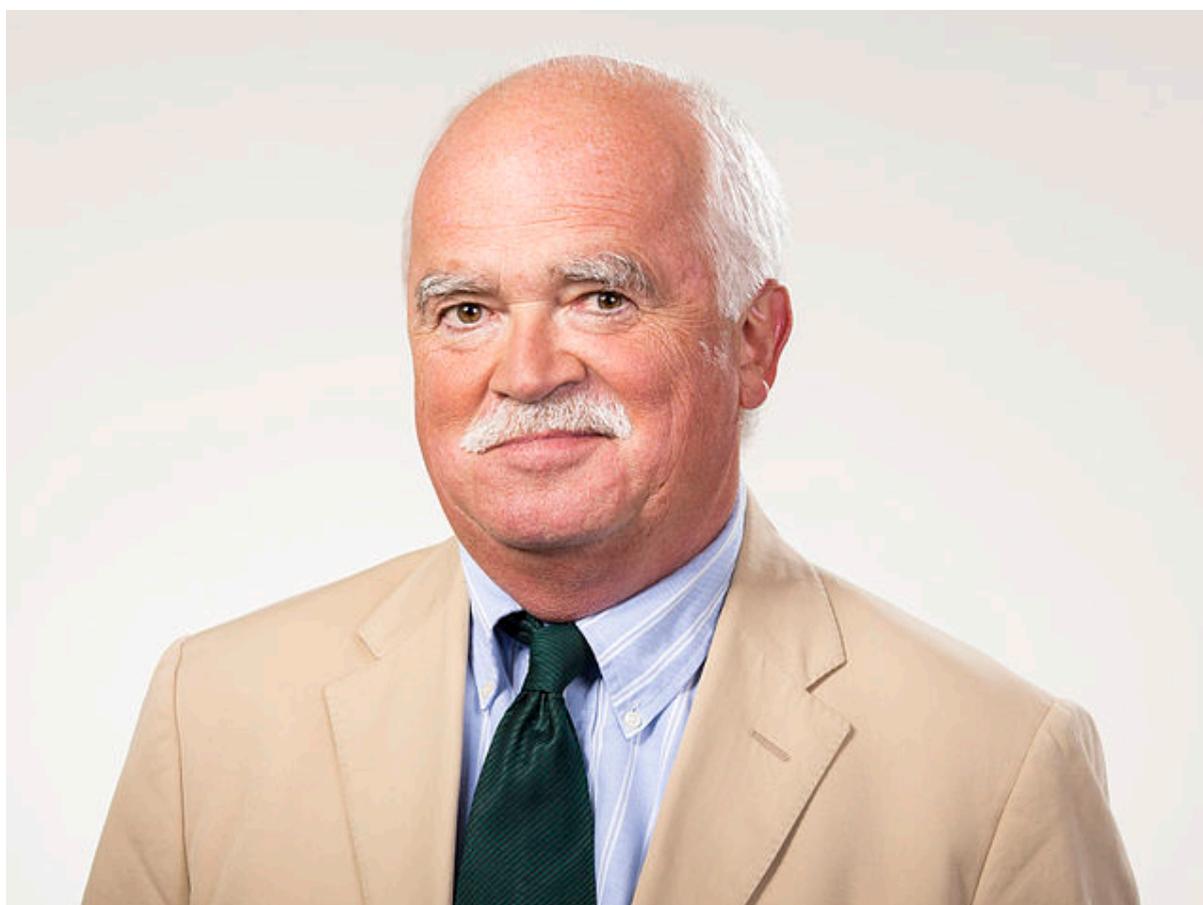
El TJUE, antes de que se dictara la sentencia de 5 de mayo por el TCFA, se había pronunciado con claridad sobre este tema en dos ocasiones. Por una parte, en la sentencia de 16 de junio de 2015, caso GauweilerAsunto C 62/14., pronunciada como consecuencia de la cuestión prejudicial planteada por el TCFA contra la Decisión del Banco Central Europeo de 12 de septiembre de 2012 sobre operaciones monetarias directas (OMT), y, por otra, en la sentencia de 11 de diciembre de 2018, caso Weiss, pronunciada como consecuencia de la cuestión prejudicial planteada por el TCFA, sobre la Decisión (UE) 2015/774 del Banco Central Europeo, modificada por la Decisión (UE) 2017/100 del mismo banco.

El caso Gauweiler del TJUE trae causa de diversos recursos de inconstitucionalidad y de un procedimiento de conflicto entre órganos constitucionales en relación con la colaboración prestada por el Deutsche Bundesbank (Banco Federal de Alemania) a la aplicación de esas decisiones y con la pretendida omisión en que incurrieron el Bundesregierung (Gobierno Federal) y el Deutscher Bundestag (Cámara Baja del Parlamento Federal alemán) al no oponerse a la Decisión del BCE. Este va a ser el camino indirecto que van a utilizar los recurrentes contra actos del BCE. Esto es, en vez de presentar el correspondiente recurso de nulidad ante el TJUE, justificando la concurrencia de los requisitos que exige el TFUE (artículo 263 párrafo 4º), que es el procedimiento establecido para impugnar un acto del BCE (o de cualquier otra institución de la Unión) del que un particular (persona física o jurídica) sea destinatario, o que le afecte directa o individualmente, utilizan un procedimiento que es, sin duda, improcedente, que vulnera el Derecho de la Unión y que debiera haber merecido la inadmisión de oficio *ad limine* por parte del TCFA. Pero, claro, resulta que el TCFA, como puso de manifiesto el Gobierno italiano en el curso del procedimiento, en la propia presentación de la cuestión prejudicial, no reconoce un valor interpretativo definitivo y vinculante a la respuesta del TJUE a la cuestión presentada. Por eso, el Gobierno italiano solicitó expresamente la inadmisión de la cuestión prejudicial presentada por el TCFA. Sin embargo, el TJUE admitió la cuestión prejudicial de validez sobre la Decisión del BCE de 12 de septiembre de 2012 y de interpretación de una serie de preceptos del TFUE y del protocolo del SEBC y del BCE.

El TJUE dictó una sentencia que podría calificarse de diplomática o pacificadora, apoyada en la argumentación del Abogado General, admitiendo la cuestión prejudicial, dando explicaciones consistentes sobre la legalidad del anuncio de 6 de septiembre de 2012 y la posterior Decisión del BCE de 12 de septiembre de 2012, así como sobre la compatibilidad de dicha decisión con el TFUE y el Protocolo del SEBC y del BCE. Algunas voces autorizadas se congratularon de que el TCFA por primera vez presentara una cuestión prejudicial (el Tribunal Constitucional español todavía no ha presentado ninguna y el Tribunal Supremo lo ha hecho en casos excepcionales), lo que, de alguna manera, se podía interpretar como un cambio de rumbo hacia, digamos, “más europeísmo”. Pero lo cierto es que el TJUE se equivocó pues, teniendo en cuenta los antecedentes, debería haberse pronunciado con rotundidad, recordándole al TCFA su posición en el sistema de garantías de la Unión Europea, integrado por las garantías del Derecho interno y del Derecho de la Unión Europea, en que cada tribunal tiene un determinado ámbito jurisdiccional que no es, de ningún modo, ampliable o expandible, y que, por tanto, el TCFA nada tenía que decir sobre la Decisión del BCE.

Los recurrentes originarios en el caso Gauweiler ante el TCFA, dicho vulgarmente, “juegan con dos barajas” para alcanzar su pretensión de que se declare la ilegalidad de las operaciones que pudieran

realizarse al amparo de la facilidad OMT (del anuncio y de la Decisión): una primera, mediante la cuestión prejudicial que planteó el TCFA ante el TJUE; y, si este camino no daba resultado, sabían que el TCFA no reconocería un valor interpretativo definitivo y vinculante a la resolución por el TJUE, pues considerándose el TCFA el último responsable analizará la Decisión del BCE desde su derecho interno, en particular, desde la Ley Fundamental de Bonn, otorgando a la Cámara Baja del Parlamento Federal de Alemania (Bundestag) y al Gobierno Federal de Alemania (Bundesregierung) el estatus de convidados de piedra. Así, el 21 de junio de 2016 el TCFA dictó una sentencia en que considera que tanto el Bundestag como el Bundesregierung han incumplido sus obligaciones constitucionales, incumplimiento por inacción, que le permitirá imponer una serie de obligaciones al Banco Federal de Alemania (Bundesbank) e, indirectamente, al BCE. Ante esta vulneración flagrante del derecho de la Unión Europea por el TCFA no reaccionaron ni el Gobierno Federal de Alemania, ni la Cámara Baja del Parlamento Federal de Alemania, ni las instituciones de la Unión Europea, como deberían haber hecho mediante la interposición de un recurso por incumplimiento contra la sentencia del TCFA. Algún autor ha sostenido que, de hecho, el BCE acató las obligaciones que el TCFA impuso directamente al Bundesbank e indirectamente al BCE.



No me cabe duda de que el éxito conseguido por el TCFA en el caso Gauweiler es la causa inmediata que el TCFA haya repetido el procedimiento en el caso Weiss. Así, el TCFA planteó ante el TJUE cinco cuestiones prejudiciales que tienen su origen en recursos de amparo acumulados, en relación con la validez de la Decisión del BCE (UE) 2015/774, de 4 de marzo de 2015 sobre un programa de compras

de valores públicos en mercados secundarios, modificada por la Decisión (UE) del BCE 2027/100, de 11 de enero de 2017. Dichas cuestiones prejudiciales fueron resueltas por el TJUE mediante la sentencia de 11 de diciembre de 2018 (C-493/17). El fallo de dicha sentencia dice así: ***El examen de las cuestiones prejudiciales primera a cuarta no ha puesto de manifiesto ninguna circunstancia que pueda afectar a la validez de la Decisión (UE) 2015/774 del Banco Central Europeo, de 4 de marzo de 2015, sobre un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios, en su versión modificada por la Decisión (UE) 2017/100 del Banco Central Europeo, de 11 de enero de 2017.***

Tras esta sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2018 el TCFA tendría que haber resuelto el recurso de amparo de Weiss de acuerdo con la misma, poniendo, así, fin a la controversia. Sin embargo, lejos de hacerlo, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha procedido de nuevo como un *Tribunal pirata*, es decir, un Tribunal que ha vulnerado de plano el Derecho de la Unión Europea mediante su sentencia de 5 de mayo de 2020 en la que ha sustraído la exclusiva competencia del TJUE sobre la interpretación y declaración de la validez de las Decisiones del Banco Central Europeo antes mencionadas 2015/774 y 2017/100 (y no solo estas sino también las demás Decisiones que modifican la primera: 2015/2101, 2015/2464, y 20167702, así como la Decisión de 12 de septiembre de 2019). Con la sentencia de 5 de mayo de 2020 el TCFA vulnera gravemente el Derecho de la Unión Europea, vulneración de la que es únicamente responsable ante la Unión Europea la República Federal de Alemania.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania no tiene jurisdicción sobre los actos del Banco Central Europeo y esa falta de jurisdicción debiera haber sido apreciada de oficio por el mencionado tribunal. Para los poderes públicos, para los tribunales ordinarios, para el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, rige el principio *iura novit curia*, es decir el TCFA está obligado a conocer el Derecho de la Unión Europea y la competencia exclusiva del TJUE, de naturaleza jurisdiccional y material, en el enjuiciamiento de los actos del Banco Central Europeo. Por el contrario, lo que ha hecho el TCFA es construir una entelequia jurídica (sin competencia alguna para hacerlo), según la cual sería competente para considerar que las Decisiones controvertidas del BCE habrían incurrido en *ultra vires*, es decir, habrían ido más allá de su competencia, aunque sea evidente que, de acuerdo con los Tratados de la Unión, solo el TJUE puede declarar que una Decisión del BCE ha trasgredido los límites de su competencia. Y a esta burda argumentación del TCFA se añade otra: al considerar que el BCE ha desbordado sus competencias al dictar las Decisiones controvertidas antes señaladas, el TCFA sostiene que puede suplantar la posición del TJUE, analizando con todo lujo de detalles las Decisiones en cuestión del BCE. Se convierte, así, el TCFA en un tribunal que se sitúa por encima del TJUE, decidiendo el Derecho de la Unión Europea que es válido y el que no lo es.

Toda la argumentación del TCFA cae desde la primera de las premisas que hemos repetido: no es competente para enjuiciar la validez del Derecho de la Unión Europea. Además, el TCFA vulnera también las competencias del Gobierno Federal de Alemania, pues de acuerdo con los Tratados de la Unión es el único competente en Alemania (al margen de una posible interposición del recurso de nulidad por particulares) para interponer ante el TJUE un recurso de nulidad contra las Decisiones del BCE.

En vista de los antecedentes, era presumible que el TCFA haría caso omiso del contenido de la

sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2018, que resolvió la cuestión prejudicial presentada por el TCFA en el caso Weiss. De aquellos vientos, esta tempestad. De manera que nos encontramos ante una persistente vulneración del Derecho de la Unión Europea por el TCFA y una utilización de la cuestión prejudicial en claro abuso de derecho. Como antes sucediera con el caso Gauweiler, los recurrentes en amparo ante el TCFA, adscritos salvo alguna excepción a partidos políticos de extrema derecha y de extrema izquierda, probaron de nuevo “suerte” solicitando al TCFA que presentara una cuestión prejudicial ante el TJUE con la pretensión de que éste declarara la ilegalidad de las Decisiones controvertidas del BCE, en la seguridad de que si dicha declaración por el TJUE no se producía, tendrían éxito mediante la resolución por el TCFA de los recursos de amparo ante el mismo presentados, a los que el TCFA no aplicaría la doctrina del TJUE.

La compra por el BCE de deuda soberana en los mercados secundarios ha sido controvertida. Cabe recordar que el jefe de los servicios jurídicos del BCE, por cierto, de nacionalidad alemana, dimitió de su cargo por su disconformidad con dicha medida. Y no cabe duda de que es posible interpretar los Tratados de acuerdo con el viejo principio, de origen alemán, de vinculación positiva de los poderes públicos a las normas, según el cual las competencias de los poderes públicos deben ser explícitas y expresas: solo les estaría permitido ejercer competencias expresamente otorgadas. Pero ni siquiera se puede aplicar dicho principio de la manera asistemática en que lo ha hecho el TCFA. La conclusión del TJUE de que la compra de deuda pública soberana es conforme con el Derecho de la Unión Europea no contradice el *principio de atribución* consagrado en el artículo 5 del TUE (que sería la versión actualizada del principio alemán mencionado).

Que se cumpla el principio de atribución por las instituciones de la Unión es fundamental para la seguridad jurídica; para limitar la incertidumbre que supondría permitir que la Unión Europea incrementara sus competencias por la puerta de atrás, con menoscabo de las competencias de los Estados miembros. Pero esa función de vigilancia del cumplimiento de los Tratados de la Unión corresponde en exclusiva al TJUE. Esa es la sencilla regla de reparto de ámbitos jurisdiccionales establecida en el Derecho de la UE que el TCFA no quiere aceptar o no quiere comprender.

Que se cumpla el principio de atribución por las instituciones de la Unión es fundamental para la seguridad jurídica

Son muchos los comentarios que ha suscitado la sentencia del TCFA de 5 de mayo de 2020 en el caso Weiss. La mayoría de los comentarios de autores, conocedores del Derecho de la Unión Europea, son de contundente rechazo. Llama la atención la reacción del presidente del Tribunal Supremo Federal de Alemania (Bundesgerichtshof), Peter Meier-Beck, que declaró el 12 de mayo de 2020 el “horror” que dicha sentencia le producía, manifestando en un blog de la Universidad Heinrich Heine de Düsseldorf: **“Es duro, pero hay que decirlo, la sentencia de la Sala segunda del Tribunal Federal Constitucional de 5 de mayo de 2020, aprobada por siete votos contra uno, es un ataque contra la Unión Europea como comunidad legalmente constituida de las democracias europeas”**. En otros casos, que considero minoritarios, se confunde a una Institución, como es el BCE, con una agencia, con el desconocimiento más elemental del Derecho de la Unión Europea, y se considera legítimo y cabal que el TCFA pueda declarar la incompetencia del TJUE para determinar la validez de una Decisión del BCE. En fin, en otros casos, con desconocimiento meridiano del Derecho de la Unión Europea, se ha llegado a afirmar que el TCFA es competente para decidir

cuándo una competencia es o no de una institución de la Unión Europea y, en consecuencia, para declarar su invalidez. Y no menos lamentable es la nota emitida por una asociación de magistrados europeos que celebran la sentencia del TCFA.

Lo que resulta sorprendente y debiera resultar sorprendente a los que aplauden al TCFA es que dicho tribunal presentara una cuestión prejudicial sobre la validez de una serie de Decisiones del BCE y que, no obstante el fallo rotundo que contiene la sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2018, dicho Tribunal alemán no hiciera caso alguno a lo establecido en la misma. El TCFA solo está dispuesto a cumplir las sentencias del TJUE si le dan la razón, y con un descaro verdaderamente inaudito anuncia en sus cuestiones prejudiciales su propósito de incumplir las sentencias del TJUE si sus fallos no le dan plenamente la razón; porque el TCFA es el guardián último del cumplimiento de la Constitución de Alemania a la que debe someterse el Derecho de la Unión Europea. Increíble pero cierto.

La cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Constitucional de Alemania se puede considerar también como un ejemplo de abuso del derecho. Veamos. La cuestión prejudicial de interpretación está configurada en el TFUE como un mecanismo de cooperación judicial, y la cuestión prejudicial de validez como una técnica de control de la legalidad de los actos de las instituciones de la Unión. Ver por todos M. Bacigalupo Saggese, " El sistema jurisdiccional de la Unión Europea", en E. Linde y otros, *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Colex, 2012, págs. 493 y sigs.. En el caso que nos ocupa (caso Weiss) se trataba de una cuestión prejudicial sobre la validez de Decisiones del BCE. Pues bien, en este caso y teniendo en cuenta que la declaración de validez de los actos del BCE es una competencia exclusiva del TJUE, la resolución que se contenga en la sentencia del TJUE sobre la cuestión prejudicial sometida a su criterio vincula al Tribunal Constitucional de Alemania. Sin embargo, a la vista está que el Tribunal Constitucional de Alemania lejos de reconocer, de acatar, que la Decisión del BCE era válida, la consideró una mera opinión y no la aplicó, como estaba obligado, al resolver el recurso de amparo presentado por Weiss y otros.

Se trata de una versión paradigmática de abuso del derecho. Es decir, se utiliza una técnica, la de la cuestión prejudicial, para un fin diferente de aquél para el que se ha concebido. Es más, se aprecia un deliberado propósito de vulnerar el Derecho de la Unión en la medida en que el Tribunal Constitucional de Alemania debiera haber inadmitido el recurso de amparo presentado por Weiss y otros, ya que tenía por objeto que el Tribunal Constitucional de Alemania se pronunciara sobre la legalidad de la Decisión del BCE. Y el mencionado tribunal, obligado a saber (*iura novit curia*) que no tiene jurisdicción sobre los actos del BCE, ignoró su falta de jurisdicción, que debía apreciar de oficio.

Por lo demás, en el caso Weiss no era necesario que el TCFA presentara una cuestión prejudicial ante el TJUE, aplicando el principio del "acto aclarado", es decir, la resolución del TJUE en el caso Gauweiler, que ya se había pronunciado sobre la adquisición por el BCE de deuda soberana en el mercado secundario.

Los argumentos que utiliza el TCFA en la sentencia de 5 de mayo de 2020 son una mera repetición ampliada de los que se esgrimieron con motivo de la cuestión prejudicial en el caso Weiss y otros, resueltos por la sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2018. No cabe duda de que las decisiones adoptadas por el BCE pueden ser discutibles, pero la discusión solo puede producirse en el marco de una cuestión prejudicial o de un recurso de nulidad ante el TJUE. El TCFA solo tiene acceso al TJUE a

través de la presentación de cuestiones prejudiciales en las que recabe la opinión del TJUE para resolver un litigio en su propia jurisdicción. Es decir, el TCFA puede plantear cuestiones prejudiciales en que razone que, a su juicio, se han vulnerado preceptos de los Tratados, protocolos o actos de las instituciones de la Unión Europea, como puede ser el principio de atribución (art. 5.1 del TUE), el principio de proporcionalidad (art. 5.4 del TUE), los límites competenciales del BCE (arts. 127 y sigs.), u otros preceptos de los Tratados de la Unión o del Protocolo del SEBC y del BCE. Pero una vez dictada sentencia por el TJUE lo único que puede hacer el TCFA es acatar y aplicar lo resuelto por el TJUE al litigio o litigios pendientes en su propia jurisdicción. No hacerlo supone vulnerar el Derecho de la Unión Europea.

De manera que resulta estrambótico que el TCFA practique una suerte de *avocación*, en su favor, de competencias del TJUE sin que haya podido acreditar el menor fundamento en el Derecho de la Unión Europea que le permita asumir las competencias jurisdiccionales del TJUE.



Por muy evidente que fuera que el BCE se hubiera excedido en el ejercicio de sus competencias, aunque hubiera una opinión generalizada de la trasgresión del Derecho de la Unión Europea por el Banco Central Europeo (o por cualquiera otra institución de la Unión), habría que convivir con dicha trasgresión hasta que el TJUE anulara la Decisión o decisiones correspondientes. Esto es, por otra parte, lo que sucede en el orden interno de todos los Estados miembros. Las leyes son constitucionales hasta que el tribunal constitucional correspondiente declare su inconstitucionalidad. Y si un tribunal constitucional declara constitucional una determinada ley, precepto o preceptos de una ley, ningún tribunal en el orden interno de un Estado puede avocar la competencia jurisdiccional

del tribunal constitucional arguyendo que dicho tribunal interpretó incorrectamente la constitución.

No me cabe duda de que el TCFA habrá dictado sentencias contrarias a la Ley Fundamental de Bonn, en opinión de tribunales inferiores que le hayan presentado cuestiones de inconstitucionalidad. Pero esto no puede significar que tribunales inferiores desobedezcan las sentencias del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, incluso las que se puedan valorar como deficientes. A buen seguro el TCFA no tendrá dudas al respecto, sin embargo, aplica otras reglas en sus relaciones con el TJUE.

Si no se toman medidas que impidan que el TCFA adopte pronunciamientos como los que aparecen en la sentencia de 5 de mayo de 2020, estaremos a las puertas de un auténtico caos, pues cada tribunal constitucional (o tribunales ordinarios) de los Estados miembros pueden aplicar el principio *ultra vires* para incumplir las resoluciones del TJUE. Los tribunales constitucionales de los otros 26 Estados miembros de la Unión pueden aspirar a no ser menos y aludirán, como hace el TCFA, al principio democrático, a la identidad constitucional, al principio de autorización individual limitada o a otros preceptos o principios de conveniencia para considerar que un reglamento, una directiva o una decisión de la Unión han traspasado los límites competenciales de la Unión y que, por tanto, no son aplicables en sus respectivos países. Lo que produce estupor es que el TCFA, al dictar la sentencia de 5 de mayo de 2020, haya exhibido una ignorancia y desprecio memorables del Derecho de la Unión Europea. Y me llena de estupor, no obstante ser consciente de que el nacionalismo jurídico se extiende por Europa y tiene en España exponentes claros en los Tribunales Superiores de Justicia, en el Tribunal Supremo y en el Tribunal Constitucional, los cuales están procediendo como el TCFA, aunque acudiendo a técnicas diferentes, más taimadas, como son las de omitir la existencia del Derecho de la Unión Europea, o como la de no plantear cuestiones prejudiciales cuando están obligados a hacerlo.

6. Los Estados miembros son los únicos responsables de la vulneración por sus instituciones, órganos u organismos públicos del Derecho de la Unión Europea

La conclusión principal de lo dicho hasta ahora es que el Tribunal Constitucional de Alemania ha vulnerado los Tratados de la Unión al no respetar la jurisdicción del TJUE. Y que, de acuerdo con el Derecho de la UE, en cualquier incumplimiento del Derecho de la Unión por los poderes públicos de un Estado miembro (lo que incluye a los tribunales de cada Estado, y por tanto al Tribunal Constitucional de Alemania), el único responsable frente a la Unión Europea es el Estado y no sus partes, poderes o instituciones. Y los Estados, a estos efectos, son representados por los gobiernos centrales (gobierno federal en este caso) de los mismos.

La conclusión principal de lo dicho hasta ahora es que el Tribunal Constitucional de Alemania ha vulnerado los Tratados de la Unión al no respetar la jurisdicción del TJUE

El Gobierno de la RFA, en la medida en que conoce la doctrina de su Tribunal Constitucional, tenía tres opciones. Una primera, haber aprovechado las numerosas reformas de los Tratados de la Unión para promover una reforma de los mismos que incluyera el extravagante modo de proceder de su Tribunal Constitucional. Si bien en el caso de que los Tratados de la Unión pusieran fin a la jurisdicción

exclusiva del TJUE para interpretar y pronunciarse sobre la validez del Derecho de la Unión, se podría considerar liquidada la Unión Europea. Una segunda posibilidad era, y sigue siendo, la de que el Gobierno Federal impugnara ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las Decisiones del Banco Central Europeo, lo que sin embargo no ha hecho. En tercer lugar el Gobierno Federal de Alemania y su Cámara baja, a la vista de la línea jurisprudencial de su Tribunal Constitucional, debieran haber promovido una reforma de su Constitución, de la Ley Fundamental de Bonn, que modifican con frecuencia, estableciendo una cláusula expresa que se excluyera de la jurisdicción del TCFA (y demás tribunales de Alemania) la interpretación de los Tratados de la Unión y de los actos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como la declaración de validez de los actos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión. Estableciendo expresamente que los tribunales nacionales, incluido su Tribunal Constitucional, deben acatar las resoluciones del TJUE.

7. Las acciones que debieran emprender los Estados miembros e Instituciones de la Unión Europea frente a la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán

La sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania de 5 de mayo de 2020 supone un caso claro de incumplimiento por el Estado alemán de los compromisos a los que hicimos referencia en el apartado 2 de este artículo. Y, en este caso, de acuerdo con los artículos 258 a 260 del TFUE, que regulan el recurso por incumplimiento en que pueden incurrir los Estados miembros, procedería que la Comisión activara dicho procedimiento. Como es sabido, la Comisión antes de interponer este tipo de recurso, si considera que se ha producido un incumplimiento de los Tratados, debe elaborar un dictamen motivado que dirigirá al Estado miembro en cuestión para que pueda presentar sus observaciones. Y en caso de que, con posterioridad a la recepción del dictamen motivado, el Estado miembro persista en el incumplimiento de los Tratados, la Comisión podrá recurrir al TJUE. La presidenta de la Comisión von Leyden declaró de manera inmediata al conocimiento de la sentencia de 5 de mayo de 2020 que estudiaría la iniciación de un procedimiento por incumplimiento.

También pueden interponer el recurso por incumplimiento de Alemania los demás Estados miembros, solo que en este caso el Estado que pretenda recurrir debe someter la cuestión a la Comisión, que emitirá el correspondiente dictamen a los Estados concernidos para que formulen observaciones. Pero se emita o no, y sea cual sea el contenido del dictamen por la Comisión, transcurridos tres meses desde que el Estado que pretende recurrir haya sometido el asunto a la Comisión, aquél podrá interponer el correspondiente recurso contra Alemania por incumplimiento ante el TJUE. En el caso de que el TJUE declare que se ha producido el incumplimiento alegado por la Comisión, o por un Estado miembro, el Estado miembro incumplidor estará obligado a adoptar las medidas necesarias para que se ejecute la sentencia. Es decir, el Estado incumplidor deberá adoptar las medidas que se entiendan necesarias para eliminar el incumplimiento. El TFUE deja a los Estados miembros la libertad para elegir las medidas que sean necesarias para cumplir la sentencia que declare el incumplimiento. Pero la Comisión está facultada para verificar el cumplimiento efectivo de la sentencia del TJUE, pudiendo recurrir de nuevo ante el TJUE si verifica que el incumplimiento persiste, en cuyo caso el TJUE podrá imponer al Estado incumplidor una multa a tanto alzado o coercitiva tantas veces como se pueda comprobar la reiteración del incumplimiento. ¿Se atreverá la Comisión Europea o algún o algunos Estados miembros a interponer ante el TJUE el correspondiente recurso contra Alemania por incumplimiento de los Tratados de la Unión? Si la respuesta es la pasividad todo el edificio de la Unión

Europea se verá amenazado.

8. Las repercusiones de la sentencia de 5 de mayo de 2020 del TCFA para el BCE

La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán ni produce, ni puede producir ningún efecto sobre las competencias del BCE. El BCE solo está sometido a los Tratados de la Unión y sus protocolos, interpretados por el TJUE. Decimos que no produce, ni puede producir ningún efecto sobre el BCE en el sentido de que la independencia del BCE de cualquiera institución, órgano, organismo o tribunal de cualquier Estado miembro de la Unión no le permite tener en cuenta las recomendaciones, directrices, leyes o sentencias que pretendan influir en sus actos. Actuar de otro modo supondría la vulneración por el BCE del Derecho de la Unión Europea.

En el caso que nos ocupa, además, concurre la circunstancia de que el TJUE ya se ha pronunciado sobre el asunto objeto de la sentencia de 5 de mayo de 2020 del Tribunal Constitucional Alemán, mediante la sentencia de 11 de diciembre de 2018, que considera compatible con los Tratados que el BCE compre deuda soberana de los Estados miembros en el mercado secundario. Y el BCE solo puede atenerse a lo resuelto por el TJUE. Muestra evidente de la independencia del BCE y de lo inane de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania es que el BCE se haya comprometido (antes de que se diera a conocer la mencionada sentencia de 5 de mayo) a la compra de deuda soberana en los mercados secundarios hasta la cifra de 750.000 millones de euros, y con posterioridad al conocimiento de dicha sentencia del TCFA ha incrementado su compromiso con otros 600.000 millones de euros. El BCE, como sucedió con la crisis económico-financiera iniciada en 2008, afortunadamente está cumpliendo con los objetivos que le asigna el artículo 3 del TUE, y se convertirá, de nuevo, en el salvavidas de la economía europea y, en particular española, mediante el ejercicio de las competencias que le otorgan el TUE y del TFUE.

La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán ni produce, ni puede producir ningún efecto sobre las competencias del BCE

Pero, el BCE podría y, quizá, debería ir más allá de, meramente, hacer caso omiso de la sentencia de 5 de mayo de 2020 del TCFA. Me refiero a la posibilidad de que el BCE, en la medida en que la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania afecta a una pieza del Sistema Monetario Europeo, del que forma parte el Bundesbank, debiera interponer un recurso por incumplimiento, para salvaguardar sus prerrogativas, contra la República Federal de Alemania (art. 263 párrafo 3º del TFUE), única responsable del incumplimiento perpetrado por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Pues, sin duda (tenga las repercusiones que tenga), la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán vulnera los Tratados de la Unión y afecta o puede afectar directamente a uno de los miembros del SEBC y del BCE.

En el caso que nos ocupa el fallo de la sentencia de 5 de mayo de 2020 del TCFA, aunque analiza una serie de Decisiones adoptadas por el BCE, no se dirige directamente al BCE, sino al Bundesbank, en un contexto en que reprocha al Gobierno Federal y a la Cámara Baja que no hayan cumplido con la presunta obligación de combatir las Decisiones del BCE. El reproche al Gobierno Federal y a la Cámara Baja es otra de las sorpresas que ofrece la mencionada sentencia del TCFA, asunto este que deberán resolver internamente los poderes alemanes implicados. La sentencia de 5 de mayo de 2020

prohíbe al Bundesbank que siga participando en el programa de compra de activos (PSPP), a menos que el Consejo de Gobierno del BCE explique, en una nueva Decisión, que los objetivos de la política monetaria contenidos en el PSPP no exceden el principio de proporcionalidad sobre los efectos económicos y fiscales asociados a dicho programa. Es evidente que, sin tener jurisdicción para hacerlo, el TCFA ha ignorado de plano la fundamentación extensa y convincente que se contiene en la sentencia de 11 de diciembre de 2018 del TJUE, sobre la concurrencia de motivación y de proporcionalidad en las Decisiones del BCE, objeto de una cuestión prejudicial.

Sobre la utilización del principio de proporcionalidad por el TCFA para atribuirse la competencia de determinar la validez de las Decisiones objeto de controversia del BCE, se ha pronunciado con acierto y rotundidad el presidente del Tribunal Supremo de la Federación de Alemania, Peter Meier-Beck al expresar: “Hasta donde yo sé, nadie había oído hablar antes de una competencia (...) que acaba justamente donde falta la proporcionalidad de una medida o decisión individual y más allá de la cual acecha el abismo de la *ultra vires*”. Otro tanto se podría decir de cada uno de los argumentos que utiliza el TCFA para atribuirse el enjuiciamiento de las Decisiones objeto de controversia del BCE. Y, una vez más, hay que afirmar: la alusión a que el BCE, con las decisiones objeto de controversia, habría vulnerado el respeto a la identidad nacional de Alemania, es decir, la vulneración del artículo 4.2 del TUE (que regula con carácter general el respeto a la identidad nacional de los Estados miembros), corresponde en exclusiva al TJUE y en ningún caso al TCFA. No puede ser de otro modo, pues en el caso de que la vulneración de la identidad nacional correspondiera apreciarla al tribunal constitucional o similar de cada Estado miembro, la Unión Europea tendría sus días contados. Y lo mismo puede decirse de todos y cada uno de los argumentos que exhibe sin pudor el TCFA.

9. ¿Qué debe hacer el Banco Federal Alemán?

El ordenamiento jurídico de los Estados miembros de la Unión Europea se integra por el Derecho interno de cada Estado y por el Derecho de la Unión Europea, como estableciera con meridiana claridad la sentencia del TJUE (entonces TJCE) de 13 de febrero de 1969 a que me he referido al principio de este artículo. El Derecho de la Unión Europea se aplica directamente desde la publicación del mismo en su instrumento de publicidad, el Diario Oficial de la Unión Europea, sin que en caso alguno necesite, para ser aplicado en los Estados miembros, que sea convalidado por ninguna autoridad del Estado miembro correspondiente. Dejo aquí al margen las Directivas de la Unión Europea que tienen que trasponerse mediante instrumentos del Derecho interno de cada Estado miembro para que sean eficaces, salvo que puedan beneficiarse del llamado efecto directo de las Directivas de la Unión Europea. No obstante no debe confundirse la validez que es plena de las Directivas cuando se publican en el Diario Oficial de la Unión Europea de la eficacia de las mismas que es, en principio, diferida a su transposición al Derecho interno de los Estados miembros.. Además, a diferencia de la inmensa mayoría de los Tratados internacionales convencionales, cuya interpretación corresponde a los Tribunales del Derecho interno de cada país, en el caso del Derecho de la Unión Europea, integrado por los Tratados de la Unión Europea (TUE, TFUE y TCEEA) y los actos de instituciones, órganos y organismos de la Unión, la interpretación de los mismos se ha sustraído a los Tribunales internos de los Estados miembros y se ha encomendado con carácter exclusivo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Derecho de la Unión Europea, interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vincula a

las instituciones de la Unión Europea y a los Estados miembros en su totalidad, es decir, a los gobiernos, administraciones y jueces y tribunales. De manera que el Bundesbank, que integra el SEBC, está obligado a cumplir el Derecho de la Unión Europea interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y, en consecuencia, a no tener en consideración las normas, órdenes, recomendaciones y resoluciones que provengan de los Gobiernos, administraciones y tribunales de los Estados miembros. En definitiva, el Bundesbank debe hacer caso omiso de las resoluciones judiciales del TCFA que vulneren el Derecho de la Unión y, por tanto, debe hacer caso omiso a la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 5 de mayo de 2020, dictada en el caso Weiss y otros, por no tener dicho Tribunal jurisdicción alguna sobre las Decisiones del BCE.

El TCFA no puede dar órdenes al Bundesbank en contra de lo establecido en una sentencia del TJUE. El Bundesbank debe proceder como el BCE, es decir, afirmando su competencia y su exclusiva dependencia de lo que establezca el TJUE, que se ha pronunciado con claridad sobre la validez de las Decisiones del BCE. Pues no cabe duda de que la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, convertido en un “tribunal pirata”, no puede producir efecto alguno. Aunque subsista su responsabilidad y la del Gobierno Federal de Alemania por incumplir el Derecho de la Unión Europea.

Los bancos centrales nacionales están obligados a cumplir las obligaciones que se derivan de los Tratados y de los Estatutos del SEBC y del BCE, como recuerda el artículo 271 apartado d) del TFUE, que otorga al Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo los mismos poderes que otorga el TFUE a la Comisión en el artículo 258. Si el Bundesbank cumpliera la prohibición que pretende imponerle el TCFA (de participar en la compra de deuda soberana en los términos establecidos en las Decisiones controvertidas, salvo que el BCE cumpla una serie de condiciones) estaría vulnerando el Derecho de la Unión Europea. Si Consejo General del BCE estima que un banco central nacional incumple su estatuto de independencia por someterse al dictado del TCFA, podría ofrecer a la República Federal de Alemania representada por su Gobierno Federal la posibilidad de presentar observaciones y, posteriormente, elaborar un dictamen motivado dirigido al Estado miembro en cuestión. Y si Alemania no se atiene a este dictamen, el BCE podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la modalidad de recurso por incumplimiento regulado en los artículos 259 y 260 del TFUE. **Lo que sería de una gravedad considerable es que el BCE cumpliera la sentencia de 5 de mayo de 2020 ayudando al Bundesbank a dar las explicaciones que el TCFA exige, incumpliendo su estatuto de independencia.**

10. Conclusión: la inaceptable pretensión del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de erigirse en el controlador último del Derecho de la Unión Europea. El TCFA no es el “Rey del Universo”

Algunos hemos advertido desde hace años la deriva nacionalista del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Por mi parte, la última vez que me pronuncié sobre el nacionalismo jurídico que se apreciaba en algunos Estados miembros decía: “Y en el caso de Alemania, el Tribunal Constitucional se ha atribuido el control posterior del Derecho de la Unión, lo que tiene una enorme gravedad, probablemente la muestra más sutil y perniciosa de nacionalismo de nuevo cuño” Ver mi trabajo “Una Unión Europea a varias velocidades: ¿un eslabón más en la construcción europea, o el fin de la utopía?, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, en el núm. 32, primer semestre de 2017, págs. 113 y sigs, dedicado monográficamente a *La Unión Europea en la Encrucijada*..



Es obvio que los recurrentes en amparo, Weiss y otros, son diputados o economistas antieuropeístas. Son los llamados “halcones”, que están en contra de la existencia de la Unión Europea, de las políticas solidarias de la Unión, y que en su ataque a las Decisiones del Banco Central Europeo (en general, a la mayoría de acciones de la Unión Europea), lo que realmente parecen pretender, más allá de las alegaciones de vulneración de la identidad nacional, de la soberanía, la proporcionalidad y la autonomía presupuestaria del Parlamento de Alemania, es la liquidación de la Unión Europea.

El Gobierno de la República Federal de Alemania es responsable de la deriva que ha tomado su Tribunal Constitucional. En un Estado en que, con frecuencia, se modifica la Constitución (Ley Fundamental de Bonn), y que ha gozado de estabilidad durante más de una década con un Gobierno presidido por la señora Merkel, sorprende que se haya permitido que el mencionado Tribunal Constitucional haya incrementado su nacionalismo jurídico hasta límites que suponen un claro y extraordinario peligro para el proyecto de integración europea.

A nadie se le oculta que la irresponsabilidad de dicho Tribunal puede tener efectos secundarios de un calibre insospechado. Porque si no intervienen las instituciones europeas, el Gobierno y el Parlamento de la República Federal de Alemania, el Tribunal Constitucional de Alemania, animado por la inacción de los representantes de los alemanes y de las instituciones europeas, puede incrementar el incumplimiento de los Tratados de la Unión y seguir extendiendo el incumplimiento a los reglamentos, directivas y decisiones. La consecuencia más grave de la sentencia de 5 de mayo de 2020 del TCFA puede ser que los tribunales constitucionales (u otros tribunales) de los demás Estados miembros

procedan como el TCFA, es decir, comiencen a subvertir el sistema de garantías situándose por encima del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y poniendo fin a la construcción europea.

He dicho más arriba que el TCFA se ha comportado como un “tribunal pirata” porque ha sustraído ilegalmente una competencia jurisdiccional al TJUE. El presidente del TCFA, Andreas Vosskuhle, respondiendo a las críticas generalizadas a la sentencia de 5 de mayo de 2020, dijo que “el TJUE no tiene que considerarse el Rey del Universo”; pero, al hacer esta afirmación, lo que estaba queriendo decir era que consideraba que el “Rey del Universo” es el Tribunal que él preside. Un error que el propio TCFA debiera corregir situándose en el universo jurídico en el lugar que le corresponde.