

CAPÍTULO SÉPTIMO

NUEVOS RETOS DEL ARREGLO JUDICIAL DE LAS CONTROVERSIAS EN LA UNIÓN EUROPEA (A PROPÓSITO DE LA DECISIÓN DEL PROGRAMA DE COMPRAS DEL SECTOR PÚBLICO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN)

Francisco TORTOLERO CERVANTES

I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de dialogar entre jueces emana de la flexibilidad del orden jurídico europeo, necesario para acomodar las normas comunes a realidades tan disímolas en todo aquel territorio. Pero flexibilidad no significa que cada tribunal nacional termine dando preferencia (de manera aleatoria), en ocasiones al derecho comunitario, y en otras, al derecho doméstico. Sometidos a principios interpretativos, como el efecto útil de los tratados, la primacía del derecho común y el pluralismo constitucional, los jueces constitucionales alemanes han ido dando pasos decididos contra la zozobra de la integración europea, que ahora en particular, ofrece retos sin precedentes en plena crisis económica y sanitaria derivada de la pandemia del Covid-19 en 2020, proyectando con ello los lineamientos de nuevos retos interpretativos en dirección de Luxemburgo, concretamente, por el previsible aumento en las tensiones entre tribunales constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), como guardián de los tratados comunitarios.

Con la sentencia PSPP dictada el 5 de mayo de 2020 sobre la política monetaria del Banco Central Europeo (BCE) para la zona euro, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante, TCF)¹ parece redirigir la

¹ “Programa de Compras del Sector Público”, resolución del Segundo Senado, 5 de mayo de 2020, disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.html.

noción de *diálogo jurisprudencial* hacia una decidida novación del derecho europeo.

Partiendo de esta resolución, nos preguntaremos si es este el momento de reformular de tajo la manera como los jueces nacionales interiorizan las normas comunitarias, en un planteamiento que se dirige hacia una orientación de inspiración federal para los países de la Unión.

Para rastrear en el tiempo los primeros antecedentes de esta práctica dialógica entre jurisdicciones europeas, también habremos de incluir, si bien de manera tangencial, a la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH),² que garantiza el sistema de protección de la Convención Europea de Derechos Humanos. Uno de sus anteriores presidentes refiere que la expresión *dialogue des juges* fue acuñada dentro de las conclusiones de la decisión *Cohn-Bendit*, donde el consejero de Estado francés, Bruno Genevois, manifestaba en sus consideraciones que “a la escala de la Comunidad europea, no debe haber ni gobierno de los jueces ni guerra entre jurisdicciones; debe en cambio darse lugar al establecimiento de un diálogo entre jueces”.³

Esta modalidad de diálogo se inscribe en la inminente internacionalización del derecho, que ya aparecía como elemento inherente a la unidad del orden comunitario, como cemento para la construcción de la entonces CEE, incluso dentro de los países más reacios a abandonar la invocación del derecho doméstico. Ha quedado atrás la interpretación de los civilistas franceses, quienes todavía hacia los años ochenta advertían un aparente carácter “destructor de órdenes normativos venidos de fuera”,⁴ desconociendo toda posibilidad de relaciones horizontales (como dije, de inspiración federalista), que propiciaran el entendimiento entre el centro y las periferias de la Unión.

Para operar el cambio de cultura constitucional proclive al diálogo, como se produjo de una época a la otra, los países con percepciones inflexibles de su soberanía, como Francia o el Reino Unido, empezaron utilizando criterios jurisprudenciales conocidos en el fuero interno, especialmente extraídos del derecho administrativo,⁵ para flexibilizar las formas de protección del derecho comunitario. Los criterios se llevaron del plano doméstico

² Para una revisión de conjunto sobre este enfoque, véase en Szymczak, D., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le juge constitutionnel national*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 847.

³ Énfasis añadido, en *Ministère de l'Intérieur vs. Cohn-Bendit*, resolución del 22 de diciembre de 1978, cit. por Costa, Jean-Paul, “Le dialogue du juge avec lui-même”, *Le dialogue des juges: Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 198.

⁴ Carbonnier, J., *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, p. 44.

⁵ Un análisis de la evolución del derecho de la Unión, como derecho de los estados miembros, en Denizeau, C., *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris,

a describir las decisiones subsecuentes de la entonces Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (CJCE). Fue así como el foro francés logró que los jueces nacionales empezaran a tomar criterios de ida y de vuelta.⁶

Durante las décadas posteriores, con un mundo global en expansión, donde las fronteras lingüísticas, territoriales o sociales reculaban, cada vez, al dialogar a partir de puntos de vista en tensión, propició un enriquecimiento constante. El viejo dualismo del derecho internacional (que durante los años de su fundación abrazó al comunitario) dio paso a una decidida relectura del pluralismo jurídico.⁷ Parecía así que se implantaba una percepción de que en ningún escenario se pugnaría por la cancelación recíproca de criterios aplicables.

En este tenor, debo aclarar que no sólo se trató de una predisposición al diálogo o a evitar “choques de trenes”, como se expresa atinadamente en Colombia.⁸ Otro de los factores que jugó a favor del intercambio de criterios y de la construcción de nuevas soluciones, que podríamos caracterizar como parte de las relaciones verticales entre las autoridades de la Unión y los Estados, implicó la normalización del derecho internacional en sede interna. Aquello se hizo manifiesto, incluso entre los países con percepciones estrictas de la soberanía, como condición fundamental para continuar las fases subsecuentes de la construcción europea, como se puede leer de voces premonitorias en las postrimerías de este pacto continental.⁹ Así, la cooperación abierta entre jurisdicciones regionales y domésticas se empezó a asimilar hasta el punto que los países (incluyendo los más reacios) dejaron de

LGDJ, 2004, p. 684 y Mabaka, P., *Problèmes et perspectives constitutionnels du processus de l'intégration européenne. Aspects nationaux et européens*, Bruylant-Sakkoulas, 2006, p. 631.

⁶ Nabli, B., *L'exercice des fonctions d'Etat membre de la Communauté européenne. Etude de la participation des organes étatiques à la production et à l'exécution du droit communautaire. Le cas français*, Paris, Dalloz, 2007, p. 669.

⁷ A grado que los añejos antagonismos entre monismo y dualismo debieran considerarse hoy como “zombies jurídicos” de otros tiempos, en Bogdandy, A. V., *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigación Jurídicas, 2011, p. 288.

⁸ Salinas Alvarado, C. E., “El choque de trenes entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Los juegos jurídicos metanormativos en Colombia”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2017, núm. 14, pp. 175-191.

⁹ “Si los parlamentos nacionales son llamados a pronunciarse a cada nueva norma de derecho internacional, aquello solo puede derivar en el caos jurídico; una enfermedad que atacaría la construcción europea, como un peligro que podía seguir poniendo en riesgo la consolidación del proyecto comunitario”, Dehousse, F., “Rapport sur la primauté du droit communautaire sur le droit des Etats membres”, *Parlement Européen, documents de séance*, núm. 43, 25 mai 1965, pp. 1-3.

ser indiferentes a las condenas que órganos supranacionales les empezaron a infligir.

A quienes denuncian que la normalización del orden europeo en sede interna promueve una perniciosa judicialización de la política, tratando de adaptar la tesis del *gobierno de los jueces*¹⁰ y su inherente atentado a los principios representativos, habrá que aclararles que para dialogar, los jueces europeos tienen que ser solicitados por las partes de una controversia, que una petición de justicia formulada por una entidad exterior a la rama judicial es condición para poder actuar, y que esta condición conforma el elemento esencial que legitima los actos de toda autoridad jurisdiccional, pues en el esquema de separación de poderes son las ramas políticas, y no los tribunales, las que impulsan la agenda de las cuestiones políticas y constitucionales por controlar.¹¹

En estas páginas voy a revisar algunas de las líneas generales del llamado *diálogo entre jueces*, que fundan la coexistencia y potencian los criterios interpretativos del constitucionalismo europeo del pasado medio siglo.

La decisión *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) del TCF alemán que aquí vamos a analizar, se perfila para ser una de las grandes decisiones de las jurisdicciones nacionales europeas que prometen orientar los debates sobre las tensiones entre jueces comunitarios y jueces domésticos para las próximas décadas.

Derivado de la supremacía inherente a cada Constitución, el juez nacional no es un mero receptor ni un aplicador mecánico de jurisprudencia europea, sino un sujeto que dialoga con las jurisdicciones supranacionales. Se impone así un “derecho consolidado” que no genera ninguna obligación concreta para el juez nacional, mientras estén pendientes pronunciamientos de las jurisdicciones regionales sin una dirección clara, que no encarnen una jurisprudencia arraigada.¹² Sin embargo, en el extremo contrario, veremos que la reciente resolución alemana también podría aportar fortalezas a la apuesta Merkel-Macron, que denota un proceso mutualizado de integración; incluso, de revisar un replanteamiento de los intentos (hasta hoy

¹⁰ Lambert, E., *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Boston, Harvard University Press, 1977, p. 475.

¹¹ Favoreu, L., “La légitimité du juge constitutionnel”, *Révue Internationale de Droit Comparé*, 1994, núm. 2, pp. 562-565.

¹² Este criterio que determina los modos de relación entre jueces nacionales y regionales, emana de una sentencia de la CEDH del 20 de enero de 2009, caso *Soc. Sud Fondi c. Italia*, seguida por la sentencia de la Corte constitucional del 24 de julio de 2009, núm. 239. Véase en Romboli, R., “Nota a sentenza”, *Il Foro Italiano*, 2016, núm. 5, pp. 1623-1637.

truncos) por construir una identidad federal de la Unión¹³ frente al principio fundamental que hace coincidir al orden comunitario frente a las normas nacionales, sobre la base del artículo 4o., párrafo 2, del TUE, en términos de *identidad constitucional*.

Por último, podríamos considerar que la forma de entender esta sentencia PSPP conduce a órganos administrativos de la UE, como el BCE, a buscar en la política monetaria de la eurozona una razón (también federalista) para no romper este diálogo judicial. Y aunque no parezca la consecuencia más evidente, tampoco se puede descartar que el posible carácter disruptivo de la decisión PSPP ofrezca nuevas vías de integración a las instituciones europeas, amenazadas hoy por el regreso del soberanismo.

II. LOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DEL PROGRAMA DE COMPRAS DEL SECTOR PÚBLICO: LOS REPAROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

El Programa de Compras del Sector Público (PSPP) fue ideado por los países de la eurozona, para permitir al BCE comprar títulos en el mercado secundario con el propósito estabilizador de propiciar la neutralidad del mercado, de suerte que se pudiera fomentar un rescate posterior a la entonces inminente crisis económica. Veremos que dicho programa fue impugnado por un grupo de justiciables alemanes, que se basaron en la distinción entre política económica y monetaria de la UE. Según su argumento, al implementar el PSPP, el BCE invadía las competencias nacionales de coordinar las políticas económicas; léase, los poderes expresos (*conferred powers*) del artículo 5o., TUE. Así, en un primer movimiento, el TCF alemán planteó ante el TJUE una cuestión prejudicial cuestionando la validez de estas medidas (que parecían fundir la política monetaria del euro a las políticas económicas de cada país), exigiendo explicaciones respecto del reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros.

¹³ En un extremo halagüeño, Henrik Enderlein, director del centro Jacques Delors en Berlín, apuntaba que la proposición franco-alemana de formar un fondo común de 750 mil millones de euros para combatir la pandemia que referiré más adelante, podía otorgar a la dupla franco-alemana un “momento hamiltoniano”, en referencia a uno de los hitos fundacionales del federalismo estadounidense. Tras la grave crisis de los bancos que dejó la guerra de independencia, Alexander Hamilton, secretario de finanzas, lograba hacer firmar en 1790 un compromiso a los Estados; la federación asumía sus deudas, y adquiría a cambio una autoridad considerable en materia de política financiera de la Unión. Traducido este razonamiento a la actualidad europea, ¿se puede pensar que una deuda común de estas dimensiones puede implicar, por fin, el ajuste a los tratados? A manera de refundación de las estructuras financieras y presupuestales de la UE, en Mussler, W., “Ein neues Kapitel für Europa”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 19 de mayo de 2020.

A juzgar por las medidas monetarias emprendidas (incluso con antelación a la pandemia del SARS CoV-2), las bancas centrales de cada país integrante de la eurozona enfrentaron las consecuencias de la ralentización de la economía a través de estrategias contra efectos como la deflación y la recesión, que se intensificaron desde la crisis griega en 2015, y continuaron durante el largo proceso del *Brexit*. Pero tales medidas se intensificaron aún más, y se fueron implementando en tiempos récord, catapultadas a partir de la declaración de la OMS del 11 de marzo de 2020 (en vez de tardar semanas o meses, como ocurrió, por ejemplo, tras la crisis global de los *hedge-funds* en 2008). La experiencia indicaba que construir la confianza recíproca entre los países miembros de la Unión no sería producto de la inmediatez, pero que la pandemia bien valía apurar en su fase de implementación.

Este proceso se remonta sin embargo cuatro décadas atrás, con la sentencia *Cassis de Dijon*,¹⁴ donde la CJCE estableció el principio de *reconocimiento mutuo*, al determinar que los Estados miembros pueden imponer obstáculos legales a la circulación de mercancías, aunque aquello sólo se pudiera referir a aspectos específicos de interés público (a saber: controles fiscales, de salud pública o protección al consumidor). En el resto de los casos, los Estados se debían obligar a confiar en los contenidos de la legislación de sus contrapartes, por lo que los productos autorizados a circular en un Estado debían desde entonces estarlo en los mercados de los demás Estados miembros.¹⁵

En el contexto de la pandemia de 2020, esta sentencia de 1979 fue retomada en sus principios por el BCE en su intento por lanzar un plan de reconstrucción basado en la mutualización de la deuda postpandemia, que debió intervenir con medidas económicas audaces de coordinación monetaria para evitar que la falta de liquidez imperante en los países se convirtiera en crisis de solvencia que erosionara el tejido productivo, propiciando ade-

¹⁴ Sentencia “Cassis de Dijon”, CJCE del 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, en Majone, G., “Mutual trust: credible commitments and the evolution of rules for a single european market”, *EUI RSC Working Papers*, 1995, núm. 1.

¹⁵ Respecto de un trámite iniciado por un exportador de licor de Cassis de Francia, la Administración Federal del Monopolio de Alcoholes de Alemania se encargaba de aplicar una norma federal que prohibía la importación de productos alcohólicos de menos de 25° GL. El TJUE determinó en esta sentencia que sólo puede haber medidas restrictivas en el plano interno mientras no exista una normativa común sobre producción y comercialización de bienes; y siempre que estas medidas se justifiquen frente al principio de libre circulación de mercancías. Siempre que estas bebidas de frutas se produzcan y comercialicen en un Estado miembro, están autorizadas a circular en los demás. No se requiere entonces que se hayan armonizado las legislaciones nacionales frente a las comunitarias, por virtud del principio de reconocimiento mutuo precitado, en Karpenschif, M. y Nourissat, C., *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union Européenne*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, pp. 90-93.

más una pérdida permanente de empleos,¹⁶ pudiendo incluso generalizar los efectos de un país a otro. Todo esto fue posible por la *confianza mutua* que desde hace décadas funge como piedra angular de la cooperación en la UE.

Las preguntas planteadas en este caso por el TCF sirvieron al TJUE para elaborar también este 2020 una interpretación que los comentaristas han etiquetado como del “centro de gravedad” de los tratados, que dibuja una alineación de medidas emprendidas por el BCE frente a los objetivos centrales de la estabilización de las políticas monetarias, no obstante, los efectos indirectos que las medidas pudieran causar a nivel de cada país. Cabe señalar además que en su sentencia preliminar, los jueces europeos dieron la razón a los justiciables alemanes, al admitir que existen diferencias esenciales entre las políticas económicas y las políticas monetarias. “Una medida de política monetaria no puede ser tratada como equivalente frente a una medida de política económica por la simple razón de que pueda causar efectos indirectos que también se pueden analizar en el contexto de la economía política”.¹⁷ Siguiendo los precedentes de los casos *Pringle*¹⁸ y *Gauweiler*,¹⁹ que mencionaré más adelante, el tribunal europeo terminaba con una conclusión de Perogrullo: que los efectos económicos eran inevitables. Con lo cual, separar tajantemente lo económico de lo monetario traería como consecuencia que el BCE quedaría impedido de emprender cualquier política. Parecía a todas luces que esta lectura del *effet utile* servía de muy poco para tratar de delimitar los dos ámbitos de actuación.²⁰

En reacción a la crisis del Covid-19, esta capacidad de respuesta conjunta (que idealmente podía sumar lo monetario a lo económico, coordinando instancias que debieran ocuparse en dos ámbitos competenciales: nacionales y comunitarios) si no exorcizó, al menos aplazó el fantasma de una gran depresión que asolaba a varios países de la región, en un continente con bancas centrales nacionales eficientes.²¹ Aunque también ocurrió que la premura de medidas excepcionales similares hiciera necesaria la inter-

¹⁶ Le Point, *La BCE renforce son arsenal de mesures économiques*, 2020, disponible en: https://www.lepoint.fr/politique/coronavirus-la-bce-renforce-son-arsenal-de-mesures-economiques-04-06-2020-2378496_20.php#.

¹⁷ Caso C-493/17 *Weiss and others* EU:C:2018:1000, párr. 61.

¹⁸ Caso C-370/12 *Thomas Pringle v Government of Ireland* EU:C:2012:756. 24 Case C-62/14.

¹⁹ Caso C-62/14 *Gauweiler and Others* EU:C:2015:400.

²⁰ Craig, Paul, “Pringle: Legal Reasoning, Purpose and Teleology”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, vol. 20, núm. 1, p. 5.

²¹ Badré, B. y Lemoine, M., “Europe’s Covid Crossroads”, *Project Syndicate*, 2020, disponible en: www.project-syndicate.org.

vención de jueces nacionales encargados de controlarlas,²² pues a casi nadie escapa que durante esta pandemia la concentración de poderes en los ejecutivos también incentivó numerosos excesos por parte de sus administraciones. Veremos en seguida cuál fue la intervención, que también podría leerse de un alto grado de responsabilidad frente a sus obligaciones constitucionales domésticas, tal como ha sido consistente en el TCF alemán, dentro de la complejidad que ofrecía la mezcla entre crisis sanitaria y crisis económica.

Pero este contexto también facilita entender que los jueces alemanes han mostrado una relación tirante con el principio de primacía de las normas comunitarias. Como uno de los tribunales nacionales más reacios a aceptar la supremacía del derecho europeo, el TCF alemán no ha dejado de conservar su derecho de revisión de las normas europeas, pasadas por el prisma de las normas alemanas tanto bajo la perspectiva de la protección a los derechos fundamentales como de controles *ultra vires* y de filtros de identidad (constitucional), tal como los veremos identificados como componentes del derecho interno.

Finalmente, hay que advertir que los jueces de Karlsruhe siempre fueron cuidadosos, al operar una serie de medidas tácticas con avances y retrocesos apegados a la LF para evitar una confrontación directa con las jurisdicciones regionales europeas.

¿Se puede decir entonces que la sentencia PSPP encarnaría una primera ruptura frontal frente al orden comunitario? Ciertamente que el lenguaje empleado por los jueces alemanes era más áspero que en decisiones anteriores.²³ Sin embargo, diré que como primera impresión, el TCF no rehuyó al problema. ¿Significa esto que rechazó la competencia del TJUE y su calidad de última palabra? Para abordar estas cuestiones complejas, sería difícil responder con un sí o un no. Empecemos por repasar los aspectos que considero relevantes para entender la sentencia PSPP.

Mil setecientos cuarenta y siete justiciables alemanes sometieron demandas ante el TCF por la posible inconstitucionalidad del Programa [europeo] de Compras del Sector Público (PSPP, por sus siglas en inglés), dado

²² La relación entre Estado de derecho y Estado de excepción genera múltiples oposiciones, que se encuentran en el centro de los intereses del derecho constitucional en tiempos de emergencia, como los de una pandemia. Confrontaciones como derecho-excepción; libertades-poderes; ambiciones-requisitos; fines-medios; autoridad-dominación; orden-desorden, en Basilien-Gainche, M. L., *Etat de droit et états d'exception*, París, PUF, 2013, p. 9.

²³ Al volver la consulta de Luxemburgo a Karlsruhe, el Tribunal Constitucional criticó duramente la metodología empleada por los jueces del TJUE, y se atrevió a definir el caso Weiss que veremos en seguida como un acto “incomprensible” del TJUE, párrafos 141 y 153 de la sentencia PSPP.

a conocer por el BCE en enero de 2015. Siendo uno de cinco programas de adquisiciones públicas para fomentar la estabilidad económica tras la pandemia, estos fondos representaban, por sí mismos, cerca de 2.7 trillones de euros, a saber el 80% de los 3.3 trillones euros totales destinados como fondos de estabilización que se empezaron a reunir desde 2008 (que en conjunto sumaban 15% del PIB de todos los países de la UE). Y, aunque se habían establecido reglas para la adquisición de títulos (como los niveles de riesgo de las empresas), ocurrió que 90% de lo adquirido por las veintisiete bancas centrales nacionales terminara en compras de acciones emanadas de sus respectivos países. Los montos erogados entre 2015 y 2017 fluctuaron desde sesenta y ochenta billones de euros cada mes, bajando hasta veinte y treinta billones de euros mensuales entre 2018 y 2019. Por otro lado, a estos cuantiosos fondos había que añadir 750 billones de euros dispuestos en marzo de 2020 por la UE para enfrentar la pandemia.

De regreso al litigio que nos ocupa, los quejosos controvertían la conformidad del programa del BCE sobre compras de activos del sector público, pero a partir de consideraciones de derecho alemán.²⁴ En los argumentos ofrecidos ante el TCF se indicaba una violación de las políticas del BCE frente al artículo 79.3 de la LF.²⁵ Acumulados en cuatro expedientes distintos, el argumento común de los quejosos invocaba la inacción tanto del gobierno federal alemán como del *Bundestag* y de la *Bundesbank* frente a tales programas comunitarios; pero sobre todo, invocaban el carácter *ultra vires* de las medidas del BCE frente a las normas del derecho interno alemán, al señalar que instancias nacionales no podían intervenir en la implementación de tales medidas comunitarias. La estimaban incompatible con la identidad constitucional al limitar la responsabilidad presupuestaria del *Bundestag*, permitiendo que las autoridades alemanas dejaran de hacer lo suficiente para prevenir los alcances negativos de este programa comunitario en Alemania.

En su defensa, el gobierno federal respondió que los quejosos no habían visto involucrado su derecho al voto del artículo 38, LF, por lo que no había

²⁴ TJUE, Gde Ch. (caso Weiss, C-493/17), sentencia del 11 de diciembre de 2018, en Dawson, M. y Bobic, A., “Quantitative Easing at the Court of Justice: Doing Whatever it Takes to Save the Euro”, case C-493/17, Weiss *et al.*, “Judgment of the Court (Grand Chamber) of 11 December 2018”, *Common Market Law Review*, 2019, vol. 56, núm. 4, pp. 1005-1040.

²⁵ Sobre las reformas a la LF, artículo 79.3, “Será ilícita toda modificación de la presente Ley [Fundamental] en virtud de la cual se afecte la división de la Federación en Estados, a los fundamentos de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa o a los principios establecidos en los Arts. 1 y 20”.

riesgo de excesos en el voto del presupuesto federal; el *Bundesbank* rechazó que el PSPP impactara en los mercados de deudas soberanas.

Como está establecido en el derecho alemán, el 18 de julio de 2017, el TCF suspendió el contencioso en sede interna para someter cuatro preguntas por vía consultiva ante el TJUE sobre las condiciones específicas de implementación de dicho programa frente a las normas comunitarias (en específico, respecto del TFUE), sobre las obligaciones del BCE, sobre la proporcionalidad de las medidas y el posible carácter solidario de las bancas centrales de cada país frente a las responsabilidades del BCE.

De las preguntas que resultaron atendibles dentro de la cuestión prejudicial, el TJUE determinó en su sentencia del 11 de diciembre de 2018 (caso *Weiss*, C-493/17), que el BCE no había excedido el mandato de los tratados respecto de su política monetaria, y, por lo demás, ni excesos en la proporcionalidad ni en la oportunidad de las medidas tomadas. Todas ellas correspondían con el objetivo de mantener los niveles de inflación, por lo que los efectos correspondían a las normas ordenadoras. Aclaró además que no podía contestar a la cuestión planteada (sobre la mutualización de las eventuales pérdidas entre las bancas centrales de la zona euro por la emisión de bonos efectuada por el BCE), debido a que no existía una regla comunitaria aplicable al caso.²⁶ Fue entonces contra la indefinición de estos aspectos de la sentencia (cs. 162 y 163) que los jueces del TCF recibieron de nuevo el expediente, para pronunciarse en definitiva el 5 de mayo de 2020 contra las políticas monetarias del BCE.

Entre los puntos relevantes de esta sentencia,²⁷ el TCF desestimó que se estuviera en presencia de una inacción del gobierno y de las instancias nacionales, y determinó infundada la petición de anular actuaciones al interior de instituciones de la UE, como el TJUE o el BCE. Pero consideró “insostenible” la decisión del tribunal de Luxemburgo por la invasión a los derechos soberanos, por el deslizamiento de competencias a favor de la UE,²⁸ y por el cambio estructural significativo en su forma de interpretarse en detrimento de los Estados miembros.²⁹ Con esta lectura, se le habría permitido al BCE ampliar sus propias atribuciones “de una manera que no es necesariamente perceptible desde el inicio”.³⁰

²⁶ Louis, J., “Gauweiler bis”, *Journal de droit européen*, núm. 257, marzo de 2019, pp. 99 y 100.

²⁷ Los casos acumulados, resueltos por el Segundo Senado del Tribunal, corresponden a los 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, y 2 BvR 980/16.

²⁸ BVerfG, Segundo Senado, decisión PSPP del 5 de mayo de 2020, 2 BvR 859/15, párr. 117.

²⁹ *Ibidem*, párr. 157.

³⁰ *Ibidem*, párr. 156.

Sin embargo, para entender la magnitud de la sentencia del PSPP se deben revisar sus razonamientos a partir de la resolución de los casos que sirvieron como antecedente inmediato.

III. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA DEL PROGRAMA DE COMPRAS DEL SECTOR PÚBLICO: ¿RESISTENCIAS TENDENCIALES A LA UNIÓN EUROPEA?

Habíamos dicho que se pueden citar al menos tres antecedentes jurisprudenciales que explican la sentencia alemana del 5 de mayo de 2020, en relación con actos del BCE: el primero, la resolución *Gauweiler*, dictada en Luxemburgo, en 2015.³¹ Ratificada en su contenido convencional por los jueces de Karlsruhe,³² contrasta con un segundo antecedente que acabamos de revisar (caso *Weiss*), resuelto, como vimos, por el TJUE ante la cuestión prejudicial planteada por el TCF.

El tercer antecedente, que tiende una liga entre el principio democrático y el reparto de competencias de la UE hacia los Estados, se empezó a construir dentro del tribunal federal de Karlsruhe en otras dos sentencias; por un lado, teniendo como parámetro las posibles transgresiones *ultra vires*, que podían ser indistintamente nacionales o comunitarias;³³ por otro lado, garantizando en sede interna la validez constitucional alemana sobre la autonomía presupuestal del *Bundestag* como un acto emanado de la representación de las asambleas legislativas alemanas.³⁴ Ambas decisiones fueron emitidas como axioma central, cuyo sentido encontraba su razón de ser de nuevo en las negociaciones del Tratado de Maastricht, sin olvidar que fueron los alemanes quienes impulsaron la independencia de los bancos centrales (tanto de los nacionales como del comunitario) como garantía para preparar la entrada en vigor de la moneda única.

Es así que además de las implicaciones políticas de todos estos criterios jurisprudenciales (*i. e.*, de intentar fusionar políticas monetarias a facultades

³¹ Tuominen, T., “Aspects of Constitutional Pluralism in Light of the Gauweiler Saga”, *European Law Review*, 2018, vol. 43, núm. 2, pp. 186-204.

³² BVerfGE del 16 de junio de 2015, Caso C-62/14 *Gauweiler y otros v Deutscher Bundestag*.

³³ BVerfGE 126, 286, Caso *Ultra-vires-Kontrolle Honeywell* (2010), véase en Zwingmann, B., “The Continuing myth of Euro-Scepticism? The German Constitutional Court two Years after Lisbon”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2012, vol. 61, núm. 3, pp. 665-669.

³⁴ Véase el caso sobre el Tratado del Mecanismo de Estabilidad Europea (ESM), en BVerfG, caso 2 BvR 1390/12 *et al.*, *ESM & TSCG* del 12 de septiembre 2012, BVerfGE 132, 195.

presupuestales y económicas) quedó claro a los jueces de Karlsruhe que un juez nacional no tiene competencia para corregir a otro juez comunitario,³⁵ desplegando sin embargo una lectura respetuosa de una norma de derecho interno. Y todo esto, por la flexibilidad imperante en la aplicación de los criterios comunitarios en sede interna.

Sin embargo, el hecho de que después de todo puedan existir motivos de desacato por parte de un tribunal nacional conduciría a cuestionar si decisiones de este tipo compiten o rompen con los principios de la UE. ¿No se supone que en derecho comunitario les estaría permitido nutrirlos y complementarlos?³⁶ De entrada, diré de nuevo que la respuesta está en el diálogo.

No obstante, la discontinuidad en la aplicación de los tratados resurge inevitablemente: en ocasiones por la proclividad de algunos tribunales nacionales, que sin mayores argumentos que apuesten a la antes mencionada armonización emiten sentencias opuestas a las instancias europeas. Pero una postura jurisdiccional, como la del TCF alemán, ha sido siempre cuidadosa de no confrontar el sentido de las normas de la UE, siempre y cuando el tribunal nacional aplique preferentemente sus disposiciones nacionales, pero con una justificación normativa suficiente (como el apego de las normas frente a su propia identidad constitucional,³⁷ o limitando las declaraciones *ultra vires* a casos muy específicos).³⁸ Y, sin embargo, este nuevo sentido de expansión de las interpretaciones producidas en sede interna contrasta con las etapas iniciales de la construcción europea, cuando los jueces nacionales

³⁵ Es esta suma de criterios la que a la postre conforma el núcleo argumentativo de la coalición “hanséica” o de los países frugales del norte, que rechazan los dispendios de países proclives a gastar más de lo que ingresa.

³⁶ Arnold, R., “La UE en la jurisprudencia del TCF alemán en período de crisis financiera”, en Martínez Cuadrado, M. (ed.), *De la crisis a la Unión Federal*, Salamanca, Mayo Editores, 2016, pp. 193-197.

³⁷ Tal como ocurrió en la sentencia sobre el Tratado de Lisboa, donde el TCF determinó que el derecho nacional no puede ser excedido por disposiciones de la UE, poniendo en cuestión la identidad constitucional de las normas controvertidas, en *BVerfGG* 123, 267 del 30 de junio de 2009, en Khusal Murkens, E., “Identity Trumps Integration: the Lisbon Treaty in the German Federal Constitutional Court”, *Der Staat*, 2009, vol. 48, núm. 4, pp. 517-534.

³⁸ En la sentencia Magold (de 2010), donde el TCF se atribuye la facultad de declarar *ultra vires* una norma internacional o comunitaria, si bien condiciona tal declaración a un planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE, y a que se trate de violaciones aparentes que sobrepasen las competencias nacionales de manera manifiesta y seria; el caso se originó desde una declaración del TJUE de 2005 que declaraba la inconformidad de una norma nacional alemana, en Wiesbrock, A., “The Implications of Mangold for Domestic Legal Systems: the Honeywell Case”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 18, pp. 201-218.

se escudaban tras la defensa de sus propias Constituciones para hacer a un lado normas comunitarias con base en criterios formales, pero obligatorios.

Hoy, los jueces nacionales de los países con menos resistencias al proyecto comunitario (como Holanda o Bélgica) han entendido la conveniencia de alejarse de lecturas soberanistas de sus propias normas domésticas. Las anteriores resistencias tenían que ceder partiendo de argumentos (acaso irracionales) que siempre han flotado en el ambiente, con dimensiones diversas y evolutivas, atizando con frecuencia el fantasma del rechazo hacia la Unión.³⁹ Sin embargo, ésta no era la única vertiente de consideraciones desfavorables que podríamos encuadrar en una suerte de *soberanismo judicial*.

Una ola de resistencias se generó a partir de la intención de interpretar e integrar los tratados a la luz de principios constitucionales domésticos, desarrollados por cortes constitucionales nacionales.

Tales reservas tocaban aspectos constituciones; por ejemplo, los derechos fundamentales en Alemania, o las condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía en Francia. Las normas comunitarias en estas materias tenían que someterse a controles previos de constitucionalidad para poder considerarse asimiladas al orden jurídico de la Unión. Por esta razón, la ratificación del Tratado de Maastricht tuvo como precondition la reforma a sus Constituciones, como ocurrió en Francia o Alemania, pero también en España o Portugal.

Y, sin embargo, aquellas reformas no implicaron meros controles normativos formales, y menos la cancelación del diálogo entre tribunales. Se trataba de permitir, a las cortes constitucionales nacionales, analizar que las condiciones normativas habían cambiado, semejante a la progresión que explica cómo la sentencia *Solange I* dio paso a la *Solange II* en Alemania.⁴⁰

Al interpretar el artículo 24, LF (que permite la asignación de competencias a instituciones con carácter intergubernamental), los tribunales alemanes se habían mostrado bastante obsecuentes del derecho comunitario desde los años de la CEE. Sin embargo, vino primero un caso donde las normas comunitarias podían entenderse como sobrepuestas a ciertos derechos fundamentales consagrados por el orden constitucional interno. Encontrándose una etapa en que el Parlamento Europeo no era elegido por voto directo, el Tribunal Constitucional determinó en un primer momento que el derecho común no podía ser prioritario frente al derecho doméstico. Así,

³⁹ Maduro, M. P., “L'équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l'Union Européenne”, en Alston, P. (coord.), *L'Union Européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 466 y 467.

⁴⁰ Dord, O., “Systèmes juridiques nationaux et cours européennes: de l'affrontement à la complémentarité?” *Pouvoirs*, 2001, núm. 96, pp. 10 y 11.

en *Solange I*, el TCF alemán determinó que, en tanto el orden comunitario fuera creado por órganos sin representación electoral directa, no se dejaba de correr el riesgo de ser creado sin escuchar al electorado alemán. El orden normativo europeo podía establecer sus catálogos de derechos fundamentales sin tomar en cuenta la voluntad soberana nacional. Fue así como durante aquel periodo el TCF aceptaría reexaminar internamente las excepciones de inconstitucionalidad que se le presentaran contra normas comunitarias concretas.⁴¹ Después, sus jueces dieron un viraje años más tarde luego de las primeras elecciones al Parlamento Europeo en 1979, reconociendo por fin la primacía comunitaria al resolver el caso *Wünsche Handelsgesellschaft*, que por su contraste con el anterior terminó referido como *Solange II*. En esta sentencia, los jueces de Karlsruhe dejaron claro que la primacía del orden común podía ser reconocida mientras la jurisdicción de la CJCE siguiera ejerciendo un control adecuado de los derechos fundamentales consagrados en las convenciones, y mientras la producción de normas comunitarias no implicara retrocesos frente a los contenidos constitucionales domésticos.⁴² Con lo anterior, el tribunal federal ha sido consistente en determinar que la aceptación de la primacía del derecho comunitario no puede asumir un carácter absoluto. De ahí que la solución del derecho europeo opte por esquemas de flexibilidad de los principios, que abordaré en otro trabajo.

La dificultad para apreciar los potenciales conflictos entre jurisdicciones se redujo considerablemente cuando la entonces CJCE determinó el principio de “autonomía institucional y procesal” de los Estados miembros. Según este principio, corresponde a las autoridades nacionales garantizar la primacía del orden comunitario en sede interna. Aquello ha sido producto de un largo proceso: algunas cortes constitucionales nacionales, como la italiana, llegaron a este punto apenas hace poco tiempo,⁴³ mientras los alemanes parecen seguir buscando una respuesta satisfactoria ante esta delicada cuestión.

Recordemos además que este debate no es nuevo en Alemania. Las diferencias interpretativas dentro del tribunal de Karlsruhe ante los criterios emitidos por el tribunal de Luxemburgo inician también con la sentencia sobre el Tratado de Maastricht, cuando los jueces alemanes plantearon la obligación de las instancias europeas de garantizar “una comunidad de estabilidad” (*Stabilitätsgemeinschaft*), sin la cual la voluntad del pueblo alemán a

⁴¹ Caso *Solange I* del 29 de mayo de 1974, 2BvL 52/71, en *BVerfGE* 37, 271.

⁴² Caso *Solange II* del 22 de octubre de 1986, 2BvR 197/83, en *BVerfGE* 73, 339.

⁴³ Véase la sentencia al caso *Taricco* del 8 de septiembre de 2015.

favor de la Unión podría terminar socavada.⁴⁴ Cabe añadir que este tratado significó, para la construcción europea, un parteaguas esencial al introducir una relación horizontal entre el derecho de la UE y los derechos nacionales. La antigua condición vertical, que parecía inobjetable, de la preeminencia de la Constitución sobre los tratados, terminó como una “fábula”⁴⁵ ante la noción que estuvo vigente en un segundo momento: la primacía (*primauté*) del orden comunitario, como noción de geometría variable. La UE sería desde entonces una asociación de Estados soberanos (*Staatenverbund*). Faltaba todavía una fase ulterior sobre el pluralismo constitucional, que excede los límites del presente estudio, que es en el que la UE se encuentra actualmente, si bien sujeta a una revisión para el futuro cercano.

En un ambiente marcado por la incertidumbre sobre el futuro de la UE, veremos en seguida que la sentencia alemana del 5 de mayo de 2020 causó revuelo desde su emisión. Expondremos primero la manera como esta controversia llegó hasta el tribunal de Karlsruhe. Pondremos el acento en el contexto, tratando de demostrar que los jueces alemanes actuaron sin ánimo de confrontación frente a los jueces comunitarios.

IV. ¿JUECES CONFRONTADOS DEBIDAMENTE?

Como adelantamos, al procedimiento prejudicial emprendido en 2017 por los jueces alemanes frente al PSPP le correspondió la sentencia del TJUE del 11 de diciembre de 2018, que declara la conformidad frente al derecho común.⁴⁶ Y aunque todo pudo haber terminado ahí,⁴⁷ esta vez el TCF efectuó

⁴⁴ Véase la sentencia sobre la ratificación del tratado, en Maastricht, decisión del 12 de octubre de 1993, BVerfGE 89, 155.

⁴⁵ Baquero Cruz, “The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement”, *European Law Journal*, 2008, núm. 2, p. 415.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) del 11 de diciembre de 2018. *Procedimiento iniciado por Heinrich Weiss y otros*, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:62017CJ0493>.

⁴⁷ Desde su creación, el TJUE fue concebido como instancia arbitral, que interviene ya que los gobiernos se mostraron incapaces de encontrar arreglos amistosos que concilien la aplicación más favorable de los tratados para las partes. La naturaleza del proceso prejudicial implica incluso que el TJUE se pronuncie sobre el derecho europeo, no sobre el fondo de la controversia en sede interna. La jurisdicción doméstica queda entonces libre de determinar si lo resuelto en Luxemburgo le vincula. Sin embargo, la práctica había colocado a la jurisdicción europea (al menos hasta antes de esta resolución alemana) como si fuera la jurisdicción constitucional de un orden federal *de facto*, en Stein, E., “Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution”, *American Journal of International Law*, 1981, vol. 75, núm. 1, pp. 1-27.

un segundo análisis para determinar internamente si esta sentencia del tribunal de Luxemburgo debía revestir efectos vinculantes en territorio alemán.

En esta nueva resolución (finalmente, la del 5 de mayo de 2020), si bien el TCF estimó que el TJUE había permitido la financiación de la moneda única a través de un tratado constitutivo de un mecanismo europeo de estabilidad dentro de sus límites competenciales (tal como ésta se encuentra acotada por el artículo 123, párrafo 1 del TFUE).⁴⁸ Sin embargo, contra esta primera declaración de licitud, los jueces constitucionales alemanes rechazaron que la determinación comunitaria haya respetado lo dispuesto en el artículo 127, párrafo 1, del TFUE.⁴⁹ Para los jueces de Karlsruhe, el BCE había actuado fuera de sus atribuciones de política monetaria; no había evaluado las medidas comunitarias a la luz del principio de proporcionalidad, y las había escindido con atribuciones presupuestales y de política económica, que debían corresponder a las autoridades políticas del ámbito nacional.⁵⁰

La prensa de toda Europa la identificó por su apariencia disruptiva, al ser la primera ocasión en que la sentencia de un tribunal nacional giraba instrucciones expresas a las autoridades de su país para no obedecer al TJUE. Y, aunque no ha sido la primera vez que el TCF exhortaba a preferir el cumplimiento de determinaciones de derecho doméstico, también sorprende que las más altas autoridades de la UE hayan reaccionado expresando públicamente que el tribunal alemán estaba comprometiendo las formas de gobernanza económica y financiera que se trazaron desde los tiempos de la Comunidad Económica Europea (CEE).

En este sentido, la primera reacción del TJUE consistió en reivindicar el texto de los tratados, representándolos como la única instancia facultada para pronunciarse sobre el derecho comunitario, porque así lo habían dis-

⁴⁸ El texto de este artículo relativo a la política económica y monetaria dentro de la Unión establece la prohibición de que la UE o un Estado miembro respondan o asuman los compromisos de otro.

⁴⁹ Para el tribunal de Karlsruhe, los derechos de los demandantes (los referidos ciudadanos alemanes que sometieron la cuestión ante el TCF) habían sido violentados, ya que ni el gobierno ni el parlamento alemanes habían tomado medidas para permitir aquellos excesos al BCE. En contravención a normas constitucionales nacionales, estas decisiones no habían respetado los límites de la política monetaria común, sino que habían vulnerado el derecho al voto de los alemanes (artículo 38 LF párr. 1), y el principio democrático de la estructura estatal (artículo 20 LF párr. 1 y 2), así como la “cláusula de eternidad” (artículo 79 LF párr. 3). Ortega, F., “¿La guerra de los jueces? Reflexiones sobre el «Fallo PSPP» del 5 de mayo de 2020 emitido por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania”, *Revista Derecho del Estado*, 8 de junio de 2020, disponible en: <https://revistaderechoestado.uexnado.edu.co/>.

⁵⁰ TJUE (Gran Sala) sentencia del 11 de diciembre de 2018, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:62017CJ0493>.

puesto los países miembros desde el Tratado de Roma. Por ende, las divergencias de los tribunales nacionales frente a las autoridades europeas sólo podían comprometer la unidad de la UE;⁵¹ la presidente de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen (anterior ministra de defensa de la canciller Merkel), emitía a su vez un comunicado indicando el posible inicio de “procedimientos de infracción” (*infringement proceedings*) de los artículos 258 y 259, TFUE, contra el Estado alemán;⁵² en la misma dirección, tres semanas después, las declaraciones en la prensa del presidente del TJUE parecían enviar un mensaje de persuasión a los demás tribunales nacionales.⁵³

En un contexto alimentado por el aumento constante de votos a favor de partidos políticos antiliberales, en progresión electoral desde hace más de dos décadas, la litigiosidad entre actores públicos y privados se ha seguido traduciendo en tensiones partidistas y sociales, que aumentan en determinadas regiones de los países tensiones que los partidos extremos suelen atribuir al mal funcionamiento de las instituciones comunitarias, cuyas sensibilidades se han recrudecido desde 2009 en la conformación de una fracción euroescéptica dentro del Parlamento Europeo.⁵⁴

Por consiguiente, mientras la facción de los euroescépticos no deje de crecer —y enarbolar banderas con frecuencia extremas de la soberanía nacional—, y mientras progrese la litigiosidad de los tratados en distintos planos territoriales, la prensa de las semanas posteriores destacaba la que podría ser la implicación más grave de esta resolución alemana: llegar al extremo de cancelar definitivamente el *diálogo entre jueces*. Sin embargo, veremos que Europa está lejos de ese punto.

Siguiendo con la prensa, la invitación a una desbandada de otros tribunales (por sólo prever posibles reacciones soberanistas de los jueces nacionales en Polonia o Hungría) podría propiciar tensiones secesionistas como inercias del *Brexit* (*Nedxit*, *Frexit*, *Italeave*),⁵⁵ que incluso se acentuarían durante la difícil etapa de la postpandemia, donde los jueces nacionales se avocarían

⁵¹ *Presse Release 58/20 CJEU*, 8 de mayo de 2020, disponible en: www.curia.europa.eu.

⁵² Comisión Europea, *Statement by President von der Leyen*, 10 de mayo de 2020, disponible en: <https://ec.europa.eu>.

⁵³ Woude, M. van der, “Que resterait-il de l'égalité entre les justiciables européens si certaines règles devaient s'appliquer dans des Etats membres et pas dans d'autres?”, *Le Monde*, 6 de junio de 2020.

⁵⁴ Brack, Nathalie, *Opposing Europe in the European Parliament: Rebels and Radicals in the Chamber, Bruxelles*, Palgrave Studies in European Union Politics, 2018.

⁵⁵ Aunque también aparece que los efectos negativos (en el plano económico e institucional) derivados del *Brexit* pudieran acarrear efectos disuasivos contrarios a estas desbandadas, en Harlan, C., “Frexit? Italeave? After watching Brexit, other European countries say: No thanks”, *The Washington Post*, 29 de marzo de 2019.

a encontrar agravios para recuperar terreno frente a las jurisdicciones regionales europeas. El soberanismo podría recorrer el camino de regreso a 1957, para minar, por no decir poner un alto definitivo, a la construcción europea. Pero en sentido contrario, podría también significar un reagrupamiento federalista de las prioridades de la Unión.

Vista con estos otros lentes, como instrumento que se opone a los medios de inspiración federal para resolver conflictos entre esferas territoriales (nacional/comunitaria), esta decisión alemana pudiera significar una interrupción jurisprudencial de principios frente a otras resoluciones de cortes constitucionales que lograron esquivar confrontaciones normativas entre tribunales nacionales y europeos,⁵⁶ pues las competencias también se pueden leer, en sede judicial, atendiendo los lineamientos de la subsidiariedad y de las capacidades nacionales para proteger el orden constitucional a través de los mejores medios que cada tribunal tenga a su alcance.⁵⁷ No se debe olvidar que para la Corte Constitucional italiana los dos convenios europeos para la protección de derechos humanos son subconstitucionales, con lo cual existen órdenes constitucionales que permiten a sus jueces actuar sin parecer confrontados a las jurisdicciones europeas.

Adicionalmente, si asumimos que la UE se basa en un sustrato federalista, y que toda Federación implica un pacto basado en la confianza, la subsistencia de la Unión requiere que los integrantes decidan mantener el acuerdo (en este símil federal, tanto en el nivel federal como entre los Estados). Primero, con valores comunes y medios equivalentes de defensa, que se hagan valer de un Estado a otro; segundo, con un pacto que cuente con mecanismos para resolver diferencias y equilibrar vulneraciones a derechos, y tercero, con una válvula de seguridad que permita a cada Estado invocar los excesos de las políticas emprendidas por las otras entidades (empezando por la central), de suerte que vulnerar la confianza pueda implicar la ruptura de la Unión.⁵⁸ Vemos pues que a ningún tribunal nacional debiera

⁵⁶ Más adelante veremos cómo el Tribunal Constitucional italiano reaccionó de manera bastante más consensual que el alemán, en otra sentencia originada en el plano nacional, y que luego llegó por vía prejudicial al TJUE (*cf.* la decisión de este último, del 8 de septiembre de 2015, caso C-105/14), *Taricco*.

⁵⁷ Se ha dado en llamar la lectura de los “contra-límites”, que ha preocupado sobre todo a italianos y alemanes, si bien su análisis excede los propósitos de la presente contribución, véase en Romboli, S., “Los contra-límites en serio: el caso *Taricco*: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional italiana”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2017, núm. 28, pp. 145-184.

⁵⁸ Halberstam, D., “«It’s the Autonomy Stupid», a Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and the way Forward”, *University of Michigan Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, núm. 432, febrero de 2015.

interesarle pelearse con el cocinero, encarnado por los dos tribunales europeos. Vemos, en cambio, que sigue existiendo un patrón favorable a la cooperación y al mantenimiento de la confianza entre los países miembros de la Unión, por las razones que expondré a continuación.

V. AL RESCATE DE LA CONFIANZA MUTUA AMENAZADA

Por tratarse de competencias que se distribuyen de la UE a cada país, en virtud de los tratados comunitarios,⁵⁹ más de una de esas medidas de emergencia económica podrían seguir la suerte de esta resolución PSPP en dos tiempos: un primero en que el TJUE se pronuncie a título consultivo por un recurso iniciado por un tribunal nacional (en este caso el TCF en 2017), con base en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE). De hecho, al desestimar al tribunal alemán en 2018, los jueces de Luxemburgo terminaron por decretar la conformidad de las medidas emprendidas por el BCE. Pero en un segundo momento, en el que el asunto debía ser implementado en sede interna, el TCF decidía que las autoridades de su país no quedarían vinculadas por esta sentencia del tribunal europeo. Con esto, quedaba en entredicho, para un país miembro de la UE, la constitucionalidad (*sic*) de las actuaciones del BCE, a pesar de contar con un pronunciamiento de convencionalidad del máximo órgano interpretativo de la propia UE.

Y esto, ¿en qué puede afectar la confianza mutua en el proceso de integración en el futuro inmediato?⁶⁰ Que a partir de ahora otros tribunales constitucionales nacionales intenten desconocer las acciones de órganos comunitarios, no obstante que sus determinaciones hayan contado con una validación comunitaria, en sede del TJUE.

⁵⁹ En virtud del Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 2 TFUE), existen aspectos de competencia indistinta, que lo son tanto de instancias nacionales como de la Unión Europea. Si bien los Estados parte pueden actuar “en la medida que la Unión no haya ejercido [su competencia] o haya decidido dejar de ejercerla”. No se trata pues de una asignación legal de una esfera competencial o a la otra, sino del ejercicio *efectivo* de la competencia por parte de la UE, que se puede entender también como el acto que priva a los Estados de su competencia, en Dony, M., *Droit de l’Union Européenne*, Éditions de l’Université de Bruxelles, 2014, p. 86.

⁶⁰ La noción de *confianza mutua* se ha construido en el ámbito del derecho penal comunitario, como un prerrequisito del reconocimiento mutuo entre los miembros de la unión, donde confluyen la libertad, la seguridad y la justicia; y donde la cooperación juega un papel central, en Willems, Auke (ed.), *The principle of mutual trust in EU Criminal Law*, London, Hart Publishing, 2020.

Las afectaciones a dicha confianza mutua significan que algunos jueces nacionales podrían erigirse en actores estratégicos, por no decir adalides, de la soberanía nacional frente a posibles excesos del centralismo comunitario. Así que de todo esto surge otra pregunta delicada: ¿Implicaría esta sentencia alemana un signo de ruptura de la confianza mutua?

Hacia mitad del siglo pasado, la Corte Suprema de Estados Unidos había definido que los pactos federales también deben contribuir a “fundir en una nación la colección de estados independientes y soberanos”.⁶¹ Pero cuando el funcionamiento de los mecanismos jurídicos no basta para crear aquella fusión, la política entra al relevo.

Una de las medidas para atenuar la posible desbandada de otros tribunales nacionales frente a la citada resolución alemana fue la anunciada por la dupla francoalemana el 18 de mayo de 2020, incluyendo —en muy pocos días— un pacto de reconstrucción, que acaso podría ser un mecanismo que podríamos entender diseñado contra la propagación de ideales antieuropeos.⁶²

Teniendo como trasfondo la crisis pandémica, este pacto parecía modificar la tradicional frugalidad de los alemanes, para abrazar la tendencia comandada desde Bruselas, de mutualizar las deudas de los países con menores ingresos. Como era de esperarse, las medidas causaron reacciones adversas en los países del Norte, semejantes a las que generó el *Brexit* dentro de la pléyade de partidos antieuropeos.

Y aunque este pacto francoalemán no encontró una respuesta inmediata entre los gobiernos de los presumidos eurofílicos,⁶³ representó ciertamente (en términos simbólicos) un intento por federar de nuevo, y relanzar el proyecto comunitario. No olvidemos que en el proceso de construcción eu-

⁶¹ *Toomer v. Witsell*, 324 US 385 (1948), cit. por Seinfeld, G., “Reflections on Comity in the Law of American Federalism”, *Notre Dame Law Review*, 2015, vol. 90, núm. 3, pp. 1309-1343.

⁶² El 18 de mayo fue presentada, por la canciller alemana y el presidente francés, la iniciativa de crear el *Fondo de reconstrucción europea* por un monto astronómico de 500 mil millones de euros que había que recabar entre los estados miembros para mutualizar el relanzamiento de las economías más afectadas por la crisis del Covid-19, a través de subvenciones directas (no de créditos), Talor, M., “Covid-19: Macron et Merkel proposent à l’UE un «audacieux» plan de relance de 500 milliards”, *Le Soir de Bruxelles*, 19 de mayo de 2020.

⁶³ E incluso, permanece sin una definición clara al momento de escribir estas páginas, las opiniones se dividen entre quienes estiman que la ratificación del pacto, marcaría una nueva etapa a favor de la integración; en el bando opuesto, se subraya que el respectivo proceso de aprobación será por lo menos tortuoso. “Países como Austria, Países Bajos, Finlandia, comparten con Alemania una tradición de parsimonia que acaso podría oponerse al plan”, Karnitsching, M., “Berlin bucles on bonds in €500B Franco-German recovery plan”, *Politico*, 20 de mayo de 2020.

ropea, la Unión había llegado a un punto muerto con la negativa referendaria de 2005 en Francia y los Países Bajos, y llegó a su nivel de mayor tensión con la crisis griega de 2015. Las fricciones generadas plantearían la confrontación entre países del Norte y del Sur; estos últimos, evidenciados por alejarse de administrar responsablemente los fondos comunitarios.⁶⁴ Así, los objetivos de largo plazo, típicamente priorizados por los *frugales* (educación, infraestructura, desarrollo tecnológico), terminaron manchados en los del Sur por evidencias de despilfarro, corrupción y por una muy deficiente armonización territorial, que difícilmente tomaba en cuenta las asimetrías locales. A la postre,⁶⁵ estas disfunciones nutrieron la larga lista de agravios con los cuales ampliar la desconfianza recíproca entre países, e incluso entre regiones, para beneplácito de soberanistas y euroescépticos.

Fue de esta manera cómo, para volver a prevenir rupturas, había que regresar a lo más básico: a la proximidad.⁶⁶ La construcción de esta confianza mutua entre Estados se había dado a partir de medidas de mayor cercanía con el ciudadano europeo.

En una línea de tiempo comunitaria, que va de la Comunidad del Carbón y del Acero a la Comunidad Económica Europea, la cooperación judicial empezó por aspectos de derecho comercial, con los cuales facilitar la homologación del mercado interior europeo a partir del principio de reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales domésticas. Se tuvo que llegar a un acuerdo para hacer eficientes los controles comunitarios a los juicios nacionales. Y como aquello provocó el aumento progresivo de la confianza, fue posible implementar sistemas más simples y económicos; más automati-

⁶⁴ A falta de controles domésticos, los fondos comunitarios que fluyeron a raudales desde los 2000, habían propulsado crecimiento económico en los países del sur; si bien adoleciendo de vicios financieros importantes. Que después de la entrada en circulación del euro, permitieron a los bancos acordar créditos personales sin necesidad de demostrar solvencia ni necesidad, siendo solicitados en buena medida para la compra de segundas residencias. Otorgados a tasas muy bajas, terminaron atribuidos en España o Grecia, para generar una burbuja inmobiliaria que reventaría en la crisis del 2008, Olsen, J., *The European Union: Politics and Policies*, 7a. ed., Londres, Routledge, 2018, pp. 67 y 68.

⁶⁵ Krastev, Ivan, *After Europe*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2017.

⁶⁶ Las herencias históricas, los clivajes culturales, los modelos administrativos y la diferenciación de la acción pública han marcado, durante el pasado medio siglo, el reacomodo de un auténtico caleidoscopio de realidades territoriales, donde la antigua dualidad entre estados federales y unitarios ha dejado de tener sentido. Estados híbridos, también entendidos como plurinacionales o asimétricos (como la Gran Bretaña, Italia o España) reivindican un punto común con la autonomía regional, que postula reconocer derechos culturales y políticos específicos en las regiones. Donde las identidades conforman un elemento de fortaleza al proceso de integración geográfica, en Pasquier, R., *Le Pouvoir Régional: mobilisations, décentralisation et gouvernance en France*, París, Presses de Sciences Po, 2012, p. 331.

zados y abiertos a reconocer la validez de decisiones judiciales de los demás, abatiendo por fin la coexistencia de formalidades legales excluyentes entre Estados miembros.⁶⁷ Y si bien franceses y alemanes pudieron percibir la manera más eficiente de mantener al margen a sus votantes extremos en esta estrategia pactista (que en las pasadas elecciones entre 2016 y 2019 en ambos países, traspasaron la barrera de un preocupante 30% en los comicios), la reciente alianza Merkel-Macron también asestó un golpe mediático a las extremas derechas, que hacía tiempo no veían ninguna confrontación frente al disminuido bloque de los proeuropeos. De ahí que tampoco sorprenda que este anuncio francoalemán se haya dado con tan poco tiempo de distancia de la decisión del TCF del 5 de mayo. Nada podría expresarlo mejor que la frase de la canciller Merkel el día del lanzamiento de dicho pacto: “Alemania no saldrá bien librada [de la pandemia] si no es porque le vaya bien a la Unión”.

Dado que las instancias comunitarias (Comisión y Parlamento Europeo) no se deben pronunciar formalmente sobre la pertinencia política de las medidas adoptadas en el plano doméstico por las autoridades de los Estados miembros, el BCE evitó reaccionar contra la sentencia alemana del 5 de mayo (como sí lo hizo vehementemente el presidente del TJUE). Nuevas tensiones podrían causar estragos, con todo y un probable efecto bola de nieve en continuación al *Brexit*.⁶⁸ Jugando entonces una carta de cautela, los miembros del BCE asumieron que había que evitar a toda costa que se generaran incentivos para una “guerra entre jurisdicciones”.⁶⁹ Veremos entonces que la tarea de contención de los tribunales constitucionales nacionales sirvió para garantizar la estabilidad institucional de los órganos europeos.

Paralelamente, respecto de las políticas monetarias, el desempeño del BCE había sido satisfactorio desde su creación. Sus políticas habían logrado

⁶⁷ Jacqué, J. P., “La confiance mutuelle, un élément fédéral dans l’Union Européenne?”, *Penser le droit à partir de l’individu: Mélanges en l’honneur d’Elisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, p. 87.

⁶⁸ Lo más fácil y rentable, para los euroescépticos, era alimentar un mensaje efectista como el que en su momento difundieron los *Brexiters*, y adaptarlo en tiempos de pandemia, denunciando un temible bloque de países derrochadores confrontado a otro de países virtuosos. Políticamente, aquella confrontación entre países del norte y del sur, era el escenario que más ayudaba a los partidos extremos del continente, que suelen carecer de verdaderas respuestas pero que casi siempre plantean las preguntas correctas, electoralmente hablando; sobre lo que más duele a las democracias liberales.

⁶⁹ Wachsmann, P. “Le dialogue au lieu de la guerre’: le droit comparé à la Cour de Justice des Communautés Européennes”, *Le dialogue des juges: Mélanges en l’honneur de Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1121.

mantener la inflación anual por abajo del 2%, a partir de medidas innovadoras (como la compra de deuda soberana o de deuda empresarial como incentivos económicos permitidos a los gobiernos). Pero luego de la crisis griega de 2015, el mandato ejercido para estabilizar los precios había sobrepasado el objetivo. La estabilidad se empezó a acercar a una inflación de 0%, y las tasas de interés, también. Esto trajo consigo el paradójico efecto del estancamiento económico,⁷⁰ de ahí que todas las piezas del tablero europeo tenían que interactuar en un renovado ánimo cooperativo con el fin de esquivar una recesión de larga duración. En este contexto de crisis, tocaba a sus jueces encontrar soluciones para evitar la ruptura del diálogo entre instancias nacionales y comunitarias.

Dicho lo anterior, porque no todo es política: las tensiones entre órganos nacionales y comunitarios también encontraban un asidero constitucional importante. Con su decisión del 5 de mayo, el TCF alemán no hacía otra cosa que exigir cuentas del BCE. Las variables que los jueces alemanes tomaron en consideración en su sentencia sólo conducían a proteger los derechos políticos de sus connacionales: el *Bundestag* no hacía más que pronunciarse internamente sobre la política presupuestal y económica (que no se podía desligar de la monetaria, para toda Europa), pero también poner el acento sobre la vulneración de derechos fundamentales en sede interna: las libertades económicas de los alemanes.

Adicionalmente, al estar rodeados por el contexto excepcional de la pandemia originada en 2020, este proceso litigioso ofrecía a los jueces nacionales una variedad muy compleja de factores que habrían que combinar y tomar en cuenta con bastante habilidad política para evitar enfrentamientos, así fueran éstos jurídicos.⁷¹ Si no para echar las campanas al vuelo del regreso al proceso de integración, al menos para evitar tapar el sol con un dedo, e intentar defender que el concierto comunitario se encuentra lejos de la tan temida crisis que, luego de tantos episodios, pudiera instalarse durante un período largo.⁷² Con esto, las notas distintivas del derecho comu-

⁷⁰ Machiarelli, C., M. Monti *et al.* (eds.), *The European Central Bank, between the Financial Crisis and Populisms*, Londres, Palgrave MacMillan, 2020.

⁷¹ Que sin ánimo predictivo retomaban los señalamientos que se fueron construyendo desde décadas atrás, en Grewe, C., “A propos de la diversité de la justice constitutionnelle en Europe: l’enchèvement des contentieux et des procédures”, *Mélanges M. Fromont*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 255-266.

⁷² El entonces presidente de la Comisión, J. C. Juncker, no dejaba de acusar recibo de la crisis en que se encontraba la Unión justo después del voto del Brexit, véase en “Towards a better Europe: a Europe that Protects, Empowers and Defends”, Discurso del estado de la UE del entonces presidente de la Comisión Europea, 14 de septiembre de 2016, disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_16_3043.

nitario, como el efecto útil, la primacía y la esencia pluralista del derecho europeo retoman su razón de ser frente a la supremacía de las Constituciones nacionales, pero sin llegar al extremo de considerar que la sentencia PSPP del TCF sea disruptiva de la confianza mutua que funda la voluntad de permanecer unidos.

No deja de llamar la atención la dificultad de cuadrar una política monetaria común para todo un continente, y hasta qué punto las medidas nacionales pueden provocar consecuencias financieras agravadas para toda la región.⁷³ Concluyo estas reflexiones con algunas disyuntivas aportadas por el TCF de Alemania en su decisión PSPP frente al proceso de reagrupamiento del TJUE tras el *Brexit*. Esto, sin dejar de advertir que por primera vez en sesenta años un tribunal nacional determinó una resolución del TJUE como *ultra vires*, y que esto podría alterar la cohesión que propició esta jurisdicción europea desde su fundación. Pero también, que podría servir al proceso de integración de los hoy veintisiete países para replantear los objetivos de las instancias comunes tras el *Brexit*. Sacudir también sirve para poner en movimiento.

VI. CONCLUSIONES. LA NECESIDAD DE HACER PERDURABLE EL DIÁLOGO JUDICIAL

La declaración *ultra vires* del TCF alemán que aquí comentamos no significa que sea la primera vez que un tribunal nacional oponga su jurisprudencia interna a los criterios emanados de las jurisdicciones regionales, como el TJUE.

Aquello tampoco implica que el TJUE o que la CEDH hayan permanecido ajenos a la emisión de criterios susceptibles de chocar con los de las jurisdicciones domésticas de la región. Incluso, vimos cómo con relativa frecuencia los tribunales regionales se han pronunciado sobre reglas europeas aplicables a litigios domésticos, que conducen a considerar la confrontación entre normas nacionales y comunitarias.⁷⁴ También hemos visto en este tra-

⁷³ Entre otras cuestiones, los jueces alemanes otorgaron un plazo de tres meses a la *Bundesbank* para abstenerse de actuar conforme a las instrucciones del BCE en estos aspectos (el presupuestal y el económico); y que aquello debía implicar para Alemania abstenerse de ejercer su derecho al voto dentro del sistema europeo, hasta en tanto la junta de gobernadores del BCE emitiera una nueva determinación, en la que dicho programa del PSPP dejara de ser desproporcionado frente a las políticas presupuestales y económicas de la UE, Ortega, F., “¿La guerra de los jueces?”, *op. cit.*

⁷⁴ Sin embargo, el número de recursos por incumplimiento, detectados en el TJUE contra países en particular, como Alemania, Italia, Holanda, Suecia o España, permanece en cifras muy controladas; que no rebasa las dos sentencias anuales condenatorias por país du-

bajo que los litigios que han producido tensiones entre la UE y los países, han sido útiles para hacer avanzar la interpretación de los tratados comunitarios, engendrando una mejor protección al ciudadano europeo.

Como se advirtió, algunas de esas tensiones han generado criterios, e incluso servido para construir principios. Estos principios son los que han podido urdirse entre países, como el de “proporcionalidad” el de “interpretación evolutiva”, el de “subsidiariedad”, el de “recurso efectivo”, el de “efecto útil” o el de “plazo perentorio” en derecho europeo.⁷⁵ Y, aunque el juez nacional no está obligado formalmente a dialogar con otros jueces ni a conciliar un punto medio entre las posturas comunitarias y las de derecho interno, lo cierto es que se ha normalizado una tendencia dialógica, proclive a encontrar una intención común: la mejor solución posible y aceptable para la Unión, protectora y respetuosa de la diversidad en el territorio; de los principios y los derechos individuales; militante del concierto europeo entre todos los países. Lo contrario sería regresar a nociones soberanistas que, visto por el común de los jueces constitucionales europeos, pondrían en riesgo las razones para permanecer unidos.⁷⁶

Sin embargo, la dinámica interpretativa de los europeos no implica que tengan que esperar a que las decisiones se produzcan en instancias comunitarias; para eso tienen a sus tribunales nacionales. El patrimonio constitucional europeo no se ha construido desde las cúpulas de sus tribunales comunitarios. Son sobre todo las jurisdicciones nacionales (empezando por las del primer contacto con el justiciable) las que le dan sentido de armoni-

rante la pasada década. Cifras semejantes se presentan ante el CEDH (*i. e.*, por terrorismo no comprobado contra presuntos miembros de ETA; caso *Portu y Sarasola c/España*, CEDH del 12 de febrero de 2018). En el mismo registro podemos mencionar un par de casos alemanes en los que la CEDH determinó que las jurisdicciones de ese país habían observado niveles insuficientes de protección interna al aplicar las convenciones europeas sobre derechos humanos: esto es, un profesor de primaria que fue cesado por autoridades nacionales, por haber pertenecido años atrás a las juventudes comunistas en la antigua Alemania Democrática (caso *Vögt vs. Alemania*), o bien el caso de Carolina de Mónaco, a quien no se le había protegido constitucionalmente por la difusión en prensa de unas fotografías que alteraban su ámbito privado (caso *Caroline von Hannover*).

⁷⁵ Costa, Jean-Paul, *op. cit.*

⁷⁶ También ocurrió que la concepción dominante, al final del proceso de integración europea, consistió en asignar a las jurisdicciones ordinarias (de control de legalidad) la aplicación de los tratados europeos en sede interna. Esto propició que los jueces constitucionales (y en ocasiones los del primer contacto) se mostraran desconfiados de las jurisdicciones europeas, pues la apertura de esta opción a las jurisdicciones ordinarias de sus países, podía leerse como abrir la competencia por la última palabra judicial en el orden constitucional interno, en Slaughter, A. M. *et al.* (eds.), *The European Court and National Courts, Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context*, Oxford, Hart Publishing, 1998.

zación a las problemáticas que se presentan cada vez, e incluso cabe aclarar que no sólo sus tribunales terminales. Es en este punto donde la esencia federal de los tribunales europeos recobra actualidad y potencia, reflejada en una idea de diálogo jurisprudencial que no ha perdido su vigencia, a pesar de los posibles inconvenientes de la sentencia sobre el mecanismo PSPP que aquí comentamos.

Tal esquema de diálogo se gesta desde las jurisdicciones del primer contacto; esto es, los tribunales civiles o administrativos, donde se analizan problemas cotidianos tan novedosos y urgentes como el derecho de acceso a un internet con suficiente capacidad de datos; a la defensa del ciudadano en tiempos de transición energética frente al cambio climático; de los derechos sociales frente a los retos de las pandemias; de los derechos de los migrantes impedidos de desembarcar en puertos saturados, o del estado de urgencia en el ejercicio de poderes excepcionales. De ahí que no tengamos que esperar a que las cuestiones de mayor actualidad lleguen a los oráculos de jueces de última instancia para poder encontrar respuestas satisfactorias para los justiciables, que busquen al menos la armonización con lo que ya se ha construido el orden comunitario.

Dicho por un anterior presidente del TJUE, el propósito central de tal armonización dialógica, de esencia federal, también se dirige a reforzar la confianza entre los integrantes del pacto comunitario.⁷⁷ Aunque siempre integrando, como primer interlocutor del diálogo, a las jurisdicciones domésticas.

⁷⁷ Este principio de reconocimiento mutuo, a manera de “trust-enhancing measures”, Lenaerts, K., “La vie après l’avis: exploring the principle of mutual (not yet blind) trust”, *Common Market Law Review*, 2017, vol. 54, núm. 3, pp. 805-840.